



Audiencia de Cuentas de Canarias

**INFORME DE FISCALIZACIÓN DE
DIVERSAS ÁREAS DEL AYUNTAMIENTO
DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA,
EJERCICIO 2004**





Audiencia de Cuentas de Canarias

El Pleno de la Audiencia de Cuentas de Canarias, en el ejercicio de la función fiscalizadora establecida en el artículo 5.1 de la Ley 4/1989, de 2 de mayo, y a tenor de lo previsto en el artículo 18 de la misma disposición y concordantes del Reglamento de Organización y Funcionamiento, ha aprobado, en su sesión de 28 de junio de 2007, el Informe de fiscalización de diversas áreas del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana (Gran Canaria), ejercicio 2004. Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la Ley 4/1989, ha acordado su elevación al Parlamento de Canarias y su remisión al Tribunal de Cuentas, al Pleno de la Corporación, así como al anterior Presidente de la misma, quien ostentaba su representación durante el periodo fiscalizado.



Audiencia de Cuentas de Canarias

INFORME DE FISCALIZACIÓN DE DIVERSAS ÁREAS DEL AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA (GRAN CANARIA)

EJERCICIO 2004

ÍNDICE

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN	3
1.1. Justificación	3
1.2. Objetivos	3
1.3. Alcance	3
1.4. Descripción de la Entidad y marco jurídico	4
1.5. Trámite de alegaciones	4
2. OPINIÓN Y CONCLUSIONES	6
2.1. Opinión	6
2.2. Conclusiones	6
3. EXPEDIENTE DE RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITO	8
4. ANEXO: ALEGACIONES RECIBIDAS	19



Audiencia de Cuentas de Canarias

SIGLAS

- RPL** Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo primero del Título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.
- TRLRHL** Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas locales.
- TRLCAP** Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.



Audiencia de Cuentas de Canarias

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 4/1989, de 2 de mayo, a la Audiencia de Cuentas de Canarias le corresponde la fiscalización externa de la gestión económica, financiera y contable del sector público de la Comunidad Autónoma de Canarias, del que forman parte las Entidades Locales, según el artículo 2 de la misma Ley. Por otra parte, según dispone el artículo 8.1 de la Ley 4/1989, de 2 de mayo, y el artículo 9.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Audiencia de Cuentas de Canarias, la iniciativa fiscalizadora corresponde a la Audiencia de Cuentas y al Parlamento de Canarias.

Como consecuencia de una denuncia presentada ante la Audiencia de Cuentas, relativa a presuntas irregularidades e ilegalidades detectadas en el expediente de reconocimiento de crédito nº 1/2004, aprobado por el Pleno Corporativo Municipal en fecha 26 de marzo de 2004, el Pleno de esta Institución, en Sesión celebrada el día 14 de julio de 2005, acordó incluir en el Programa de Actuaciones para 2006, una actuación fiscalizadora específica en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana sobre los hechos denunciados, que se concretó en el referido Programa bajo la denominación de “Fiscalización de diversas Áreas del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana (Gran Canaria), ejercicio 2004”.

1.2. Objetivos.

La actuación fiscalizadora realizada es de legalidad limitada a los aspectos de que se indican en el alcance, con el objetivo de verificar si la actividad económico-financiera se ha desarrollado de conformidad con las normas, disposiciones y directrices que le son de aplicación.

1.3. Alcance.

La fiscalización abarca el ejercicio 2004 e incluyó las pruebas y procedimientos precisos para verificar las actuaciones llevadas a cabo por la Corporación con relación a los gastos objeto del expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito 1/2004.



Audiencia de Cuentas de Canarias

Debemos señalar la colaboración prestada por el personal del Ayuntamiento.

El trabajo de campo concluyó el 13 de octubre de 2006.

1.4. Descripción de la Entidad y marco jurídico.

El Municipio de San Bartolomé de Tirajana es el más extenso de la Isla de Gran Canaria. Situado zona sur de la isla, posee una superficie total de 333,13 kilómetros cuadrados y una población de derecho, según el censo a 1 de enero de 2004, de 44.155 habitantes.

La legislación que regula los reconocimientos extrajudiciales de crédito por las Entidades Locales se contiene, fundamentalmente, en las siguientes disposiciones:

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.
- Real Decreto 1174/ 1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen Jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.
- Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, que desarrolla el Capítulo primero del Título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales.
- Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

1.5. Trámite de alegaciones.

En cumplimiento del artículo 23 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Audiencia de Cuentas, el Proyecto de Informe fue remitido en fecha 14 de noviembre de 2006 a la Entidad y a D. Marco Aurelio Pérez, Alcalde-Presidente de la Corporación durante el periodo fiscalizado, a fin de que formularan alegaciones y presentaran, en el plazo de 30 días hábiles a partir de su recepción, los documentos y justificantes que estimasen pertinentes. Fuera del plazo concedido, con



Audiencia de Cuentas de Canarias

fecha 26 de diciembre de 2006, tuvo entrada en esta Audiencia de Cuentas el escrito de alegaciones del anterior Alcalde-Presidente la Entidad, cuya información fue tenida en consideración, sin que modificara el contenido del Proyecto remitido para alegaciones. Por parte de la Entidad no se formularon alegaciones.

En el Anexo se incorpora el texto íntegro de las alegaciones presentadas.



2. OPINIÓN Y CONCLUSIONES

2.1. Opinión.

La actividad económico-financiera llevada a cabo por el Ayuntamiento en las áreas objeto de la presente fiscalización no se ha ajustado, en el periodo analizado, a la normativa de aplicación.

2.2. Conclusiones.

1.- El reconocimiento de obligaciones sin crédito presupuestario supuso el incumplimiento de los procedimientos establecidos en el Real Decreto 500/1990 y las mismas Bases de Ejecución del Presupuesto.

Esta práctica comporta un incumplimiento de lo establecido en el artículo 173.5 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales según el cual, cualquier acuerdo, resolución o acto administrativo que originase un compromiso de gasto por importe superior al de los créditos autorizados en los estados de gastos, será nulo de pleno derecho.

Si bien, de la interpretación de los artículos. 26.2.c) y 60.2 del Real Decreto 500/1990 puede desprenderse que, previo reconocimiento por parte del Pleno, pueden aplicarse al Presupuesto vigente gastos realizados en ejercicios anteriores, debe entenderse que esta excepción se contempla para convalidar situaciones puntuales irregulares y no como una posibilidad regulada para realizar sistemáticamente gastos sin la suficiente consignación presupuestaria, debido que esta práctica vulnera el principio general presupuestario respecto al carácter limitativo de los créditos para gastos.

2.- Entre las obligaciones sin crédito reconocidas figuraban dos grandes grupos de facturas: a) las que no superan individualmente las cifras que se establecen para los contratos menores, para los que no consta que se hubiere incoado en su momento expediente alguno ni acto interventor de fiscalización formal y material del gasto y b) las que superan individualmente las cifras que se establecen para contratos menores, para las que tampoco consta que se hubiere incoado en su momento expediente de contratación ni efectuado acto interventor de fiscalización previa.



Audiencia de Cuentas de Canarias

3.- La inexistencia de informes de valoración de las prestaciones recibidas conllevó el que no se fijaran de forma objetiva los límites del resarcimiento para evitar el enriquecimiento injusto.

4.- De los resultados del trabajo realizado se puede concluir sobre la existencia, al menos, de alguna de las notas indiciarias de la responsabilidad contable, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, si bien con las limitaciones que se derivan, entre otras, de la no determinación efectiva, con carácter general, de menoscabo, así como de alguno de los elementos de aquella responsabilidad, cuya efectiva determinación correspondería examinar, al Tribunal de enjuiciamiento contable. Asimismo, cabría concluir sobre la existencia de causa determinante de responsabilidad administrativa y disciplinaria por parte de quienes han intervenido irregularmente en el procedimiento de asunción y adquisición indebida de estos compromisos de gastos.



3. EXPEDIENTE DE RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITO

El Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en sesión ordinaria celebrada el 26 de marzo de 2004 aprobó, de acuerdo con el artículo con el artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990 (en adelante RPL), el expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito 1/2004, relativo a deudas contraídas en ejercicios anteriores, por un importe total de 4,7 millones de euros, que básicamente correspondían al ejercicio 2003 y se referían a gastos de diversa índole.

Las deficiencias puestas de manifiesto en el expediente se agrupan, fundamentalmente, en dos grandes apartados:

- a) El reconocimiento de obligaciones sin crédito presupuestario.
- b) La existencia de carencias en el soporte documental, motivadas básicamente por la existencia de contratación verbal.

Ambos grupos de irregularidades suponen el incumplimiento de los principios básicos de derecho presupuestario y de los criterios que enmarcan la contratación administrativa.

Entre las obligaciones sin crédito reconocidas figuraban dos grandes grupos de facturas:

1.- Las que no superan individualmente las cifras que se establecen para los contratos menores en la normativa general sobre contratación administrativa recogida por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), circunstancia por la cual y en su momento procedimental los contratos por las obras y servicios prestados deberían haberse calificado de menor y haber seguido los trámites previstos en el artículo 56 del TRLCAP, así como lo previsto, en materia de fiscalización y de contabilidad, por la el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante TRLRHL). No constando que se hubiere incoado en su momento expediente de contratación.

Tampoco consta que se hubiere efectuado, en el momento procedimental oportuno, acto interventor de fiscalización formal y material del gasto contemplada en el artículo 219 del TRLRHL, que determina que dichos expedientes no están sujetos a la fiscalización crítica o previa regulada en los artículos 214, siguientes y concordantes



Audiencia de Cuentas de Canarias

del citado Cuerpo legal, aunque sí a la fiscalización formal y material del gasto y del pago regulada en el artículo 214.2 del propio TRLRHL.

2.- Las que superan individualmente las cifras que se establecen para contratos menores en la normativa general sobre contratación administrativa recogida por el TRLCAP, circunstancia por la cual y en su momento procedimental los contratos por las obras y servicios prestados deberían haber seguido los trámites previstos en el TRLCAP, así como lo previsto en materia de fiscalización y contabilidad por el TRLRHL.

No constando que se hubiere incoado en su momento expediente de contratación por los servicios gestores con las formalidades que para los mismos prevé el TRLCAP.

Tampoco consta que se hubiere efectuado, en el momento procedimental oportuno, acto interventor de fiscalización previa en los términos contenidos en los artículos 11 del TRLCAP y 214, siguientes y concordantes del TRLRHL; así en el informe de la Interventora Municipal, de fecha 19 de marzo de 2004, previo a la aprobación del reconocimiento extrajudicial, que se examina, se hace constar: “...*Pero además, como quiera que este tipo de deuda se origina al margen del presupuesto y de cualquier procedimiento, la Intervención de Fondos no ha realizado la fiscalización previa de la autorización del gasto, por cuyo motivo se han asumido, indebidamente, compromisos de gastos que, no obstante, hay que atender bien voluntariamente o vía reclamación judicial...*”

Junto a ellas, también figuraban facturas y gastos correspondientes a: suscripciones a revistas, avión, hoteles y almuerzos autorizadas por la Alcaldía y Concejalías, subvenciones, actuaciones musicales y gastos varios.

Adicionalmente, en el momento de la realización o prestación de los servicios contenidos en las facturas indicadas, de acuerdo con lo recogido en el expediente, no existía crédito adecuado y suficiente, lo que en el momento de finalización del trabajo de campo no fue posible verificar por no figurar en el expediente la fecha de tal ejecución o realización.

Por ello, los compromisos de gastos que se derivan de las actuaciones anteriores no pueden entenderse incluidos en el artículo 176.2) del TRLRHL y artículo 26.2) del RPL, motivo por el que la Corporación procedió al reconocimiento extrajudicial de créditos previa conversión administrativa de las actuaciones a efectuar por el órgano administrativo correspondiente.



Audiencia de Cuentas de Canarias

No obstante lo anterior, la Resolución administrativa de reconocimiento extrajudicial debió sujetarse a la exigencia de responsabilidades a que se refiere el Real Decreto 429/1993, de 26 de Marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. Dicha exigencia de responsabilidad puede ser previa, simultánea o posterior a la Resolución administrativa adoptada.

En cuanto al hecho de que las facturas carecieran de consignación presupuestaria, debe tenerse en cuenta el principio de anualidad presupuestaria, recogido con carácter general en el artículo 176.1 del TRLRHL, admite la excepción prevista en el apartado 2.b) de dicho artículo, y teniendo en cuenta que se trata de gastos sin consignación presupuestaria, debe analizarse el sentido de la expresión “debidamente adquiridos” contemplado en el mismo y la incidencia que sobre la misma hace el artículo 176.1 en relación con el 173.5 del TRLRHL y 25.2 del RPL, pues de acuerdo con estos preceptos, las obligaciones contraídas sin crédito presupuestario, con exclusión de aquellas nacidas de la Ley, están afectadas por un vicio de nulidad absoluta.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 173.5 del TRLRHL *"no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar"*.

Así, de acuerdo con este precepto, las obligaciones contraídas sin crédito presupuestario, con exclusión de aquéllas nacidas de la Ley, están afectadas por un vicio de nulidad absoluta.

Ahora bien, los compromisos adquiridos en virtud de un acto voluntario de la Administración con contravención del artículo 173.5, si bien no hacen nacer la obligación, tienen ciertos efectos jurídicos.

En efecto, el particular que se ha relacionado con ella de buena fe no puede quedar en indefensión por esta causa, entrando en juego los principios de responsabilidad de la Administración.

En este sentido, puede afirmarse que, afectada una obligación por lo dispuesto en el artículo 173.5 y declarada la nulidad de tal compromiso de gasto procede reponer las actuaciones al momento anterior a la producción de tal vicio. Bien puede ocurrir que el particular que actúa de buena fe, haya cumplido la prestación a su cargo, en cuyo caso habría que restituirle, de ser posible, la misma, por lo que, en tal supuesto, la



Audiencia de Cuentas de Canarias

obligación, en un principio de carácter voluntario, se convertiría en una obligación ex lege a través del mecanismo de la responsabilidad, traduciéndose en una reclamación de indemnización por daños y perjuicios.

Pudiera suceder, asimismo, que la prestación ejecutada por el particular que actúa de buena fe no fuera restituible, en cuyo caso podría significar incluso una acción por enriquecimiento sin causa.

De todo lo anterior puede desprenderse que si bien la obligación voluntaria adquirida con contravención del artículo 173.5 del TRLRHL no puede entenderse debidamente adquirida, la obligación ex lege en que se transforma a instancias del acreedor de buena fe sí puede considerarse debidamente adquirida y, en consecuencia, las nacidas en ejercicios anteriores pueden imputarse al corriente.

Las consideraciones y argumentos anteriores, basados en el criterio jurisprudencial de que: “...*el inadecuado proceder de la Administración no puede oponerse por ésta al tercero que, guiado por la apariencia de una actuación ajustada a la legalidad, se halla amparado por el principio de la buena fe contractual sin que, por otra parte, el defecto de formalización afecte a la existencia y validez del contrato...*” (Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1999). Asimismo: “...*Surgido el vínculo jurídico por el encargo, la inobservancia de aquéllos por la administración no puede acarrear la ineficacia del mismo pues a ello se oponen, como obstáculos insalvables, los principios generales que se derivan de los artículos 1.288 y 1.302 del Código Civil, el de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, así como la teoría del enriquecimiento injusto...*” En consecuencia, la necesidad de que el particular que se halla amparado por la buena fe y que se relaciona con la Administración no se vea perjudicado por una actuación que es a ella imputable, resultan ociosos en el supuesto de que ésta haya cumplido la prestación a su cargo efectuando el pago correspondiente.

En estos supuestos, razones de economía procesal aconsejan la consideración de las obligaciones adquiridas sin cobertura presupuestaria, como obligaciones válidamente adquiridas, por lo que podrían imputarse al ejercicio corriente, y sin que ello implique vaciar de contenido el artículo 173.5 del citado texto, por cuanto subsiste la posibilidad de exigir responsabilidades disciplinarias o contables.

Entre las facturas figuran las expedidas por la sociedad “*PERFALER CANARIAS, S.A.*”, por un importe de 1,8 millones de euros, situación que, de acuerdo con el informe de Intervención que figura en el expediente “*se viene repitiendo y aumentando todos los años*”, supone la contratación de personal “*sin consignación plenaria y sin procedimiento*” para prestar servicio en el Ayuntamiento y “*con visos de*



Audiencia de Cuentas de Canarias

continuidad, en la que no es predicable siquiera la buena fe del contratista, como dijimos cuando se inició este tipo de gasto, porque éste es plenamente consciente de la irregularidad de la actuación". Por lo que cabría concluir sobre la ausencia de buena fe del tercero (a juicio, incluso, de la propia Intervención Municipal), es decir de la justificación subjetiva, o lo que es lo mismo, de la causa última del enriquecimiento injusto, esto es, la protección de la apariencia de la buena fe, que a su vez constituye el fundamento del propio expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito, y el consiguiente abono de las facturas, en este supuesto, a la Entidad Mercantil PERFALER CANARIAS, S.A. Quedando excluida, al menos, la aplicación del enriquecimiento injusto, como causa de justificación del destino o aplicación dado, por parte de la Corporación, a aquel importe. Sin perjuicio de que pudiera haberse hecho efectivo el procedimiento de responsabilidad patrimonial previsto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, o en su caso, se hubiera acudido por el interesado a la vía del reconocimiento judicial de la prestación realizada, posibilidad ésta prevista en el propio Informe de la Intervención referido.

Por otra parte, el apartado tercero del artículo 196 del TRLCAP, define a los contratos de servicios como aquellos en los que la realización de su objeto sea: de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en algunos de los regulados en otros Títulos del Libro II de la Ley; complementario para el funcionamiento de la Administración; de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones. A su vez, también considera como contratos de este tipo los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma --letra d) del artículo 196.3--, la realización de encuestas, toma de datos y otros servicios análogos --letra e), añadida por la Ley de 1999--, y los contratos de gestión de los sistemas de información que comprenda el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de los equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas --letra f), añadida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y que no incluye, por tanto, la contratación de personal. Estableciendo expresamente el artículo 3.1.a) de la Ley que quedan fuera de su ámbito la relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral.

También figuran 6 facturas correspondientes a comidas, por un importe global de 1.816 euros de la empresa CUMAR S.L, de la que es administrador único un concejal del equipo de gobierno.



Audiencia de Cuentas de Canarias

La incompatibilidad de Alcaldes y Concejales viene establecida en el artículo 20, apartado e) de la TRLCAP, y que, por remisión al artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, existe, respecto de los Alcaldes y Concejales para los contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes, por lo que, a partir de la entrada en vigor de la Ley. Dicho artículo extiende la incompatibilidad a las personas físicas y a los administradores de personas jurídicas, por lo que en este último supuesto, también procederá apreciar la incompatibilidad que determina la prohibición de contratar.

La aplicación del criterio anterior al presente supuesto puede ser establecida sin dificultad, pues si se trata de contrataciones celebradas entre el Ayuntamiento y empresas de las que el Concejal es administrador, existe la incompatibilidad y causa de prohibición de contratar prevista en el TRLCAP, en relación con el artículo 178 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y, por tanto, el contrato o los contratos celebrados podrían ser nulos de pleno derecho, con las consecuencias previstas en los artículos 22 y 65 del TRLCAP.

Por otra parte, el apartado 3 del artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, establece que "cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad".

En cuanto a los efectos de la nulidad sobre el pago de facturas habrá que tener en cuenta las prescripciones de los citados artículos 22 y 65 del TRLCAP, en cuanto a la continuidad de efectos, por razones de interés público, del contrato nulo, la obligación de indemnizar a la parte no culpable de la nulidad, etc.

Para las mismas, no se acompaña certificación comprensiva de los motivos que justifican la realización del gasto, con expresión de las personas o grupos a los que va destinado.

No obstante, la facturación de la empresa se corresponde, en su mayoría, con comidas servidas a personal del Ayuntamiento que prolonga su jornada laboral y no con contrataciones por actos institucionales.

En relación a los supuestos, de ausencia o deficiencia en la justificación del destino o aplicación de los fondos públicos, si bien las Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 10/05,3/05,32/04, 27/04, 14/04, se han venido pronunciando en el sentido de considerar que la vulneración de la normativa y las irregularidades en



Audiencia de Cuentas de Canarias

los procedimientos de contratación no implican por sí misma la existencia de responsabilidad contable, puesto que son exigibles todas las notas configuradoras de este tipo de responsabilidad. No obstante, constituye una línea constante en la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, el entender que, puesto que el contenido de la responsabilidad contable es el de una responsabilidad patrimonial no sancionadora, una inexistencia de justificación, o una justificación deficiente en una cuenta de fondos públicos puede determinar un supuesto de alcance de fondos públicos, o al menos la existencia de indicios de responsabilidad contable (Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de 14 de julio de 2005).

Por otro lado, la importancia de las formas en la contratación administrativa es capital no sólo por la necesidad de que los actos administrativos negociales precisen de procedimiento administrativo formalizado, sino por la absoluta preeminencia del principio de transparencia en el manejo de fondos públicos. Por tanto, las consecuencias de la existencia de vicios en el nacimiento de los contratos administrativos tiene suma importancia. La inobservancia de la Administración del procedimiento a seguir para elegir el contratista tiene carácter vinculante, y la existencia de vicio que afecte al procedimiento, afecta capitalmente a la validez del mismo. Máxime cuando el vicio consiste, no en la ausencia de alguno de los trámites esenciales o indispensables del procedimiento a través del cual se realiza la adjudicación del contrato, sino en la ausencia completa de este procedimiento. Ello comporta la nulidad absoluta de pleno derecho de la relación comercial que pudiera presuponerse de tipo verbal o tácito entre la Administración y las empresas que, por este medio, ejecuten obras, suministros o servicios, por encargo de aquella.

En este sentido, existe desde antiguo una amplia línea jurisprudencial que ha venido a declarar que los contratos administrativos, precisan de forma escrita para su celebración, por lo que un convenio celebrado sin formalidad alguna, por gestión directa verbal entre el Ayuntamiento y una Sociedad Anónima no es un verdadero contrato administrativo, sino un pacto nulo a tenor del artículo cuarto del Código Civil e inoperante, por lo tanto, para servir de base a reclamaciones administrativas fundadas en él (sentencia del Tribunal Supremo, 4 de julio de 1950). En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1976; expresa que ante: “Un contrato concertado por una Corporación Local con ausencia de trámites, no puede hablarse de efectos de él dimanantes directamente, y de haberse producido cualquier tipo de prestaciones entra las partes, nunca sería permisible sujetarlas en la regulación de sus efectos a la Ley de Contratos, sino al juego de los principios generales del ordenamiento jurídico, en su caso al del enriquecimiento injusto”.

En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1989, al configurar la contratación administrativa como eminentemente formal, entiende que la



Audiencia de Cuentas de Canarias

verbal ostenta el carácter de pacto radicalmente nulo, y no produce en consecuencia efectos derivados de su inexistencia jurídica; conclusión jurídica, que no puede desconocer la real existencia de prestaciones, cuyas consecuencias, si bien no pueden ampararse ni justificarse legalmente en ninguna figura contractual, si encuentra apoyo lógico y jurídico en la aplicación de los principios generales del Derecho, y básicamente en el sistema de “enriquecimiento injusto”, “enriquecimiento torticero” o “condictio sine causa”, debiendo de restituirse en tales casos al tercero, el valor de la prestación efectivamente realizada, en la cuantía en que coincide el provecho o enriquecimiento obtenido por la Administración y el correlativo empobrecimiento para aquél a cuya costa se realizó la prestación, criterio aplicado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 22 de enero de 1975, 21 de Abril de 1976, 3 de noviembre de 1980, 9 de noviembre de 1999, 27 de diciembre de 1999, 11 de julio de 2005 y 25 de octubre de 2005. Todas ellas parten de la existencia en tal caso de irregularidades en el trato precontractual.

Sin embargo, esta nulidad de pleno derecho predicada de cualquier relación negocial entre la Administración y terceros interesados, tiene consecuencias jurídicas para ambas partes, ya que, existe una obra o suministro real, cuya propiedad corresponde a la Administración, por lo que de no ser pagada se producirá un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento.

En cuanto al montante de la cantidad debida, pueden haber dudas de si las facturas o certificaciones de obra presentadas al cobro se corresponden con la contraprestación real efectivamente recibida, por lo que sería preciso la emisión previa a su pago de informes por parte de los técnicos nombrados por las autoridades municipales sobre el importe de los obras ejecutadas o los suministros recibidos, toda vez que la existencia del enriquecimiento injusto exige el cumplimiento de una serie de requisitos, que se concretan, según la doctrina sentada por la jurisprudencia contencioso-administrativa en:

- Adquisición de una ventaja patrimonial traducida en aumento del patrimonio de una parte y un correlativo empobrecimiento de la otra . Exigiéndose además que el desequilibrio esté constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, es decir que haya actuado de buena fe, con el fin de que estas situaciones no sean un fácil medio de eludir las exigencias formales y procedimentales establecidas para asegurar los principios de igualdad y libre competencia que rigen en la contratación.
- Que se demuestre relación de causalidad entre el enriquecimiento y empobrecimiento de las partes.



Audiencia de Cuentas de Canarias

- Se prueba la legitimidad de la reclamación por el tercero integrante de la relación negocial.
- Falta de una causa justificativa de dicho enriquecimiento. Esto es, que la prestación realizada por terceros no derive de una relación contractual u obligación legal.
- La reclamación tiene un límite, y esta es la cantidad máxima constitutiva del empobrecimiento, expresado en la cuantificación de los gastos efectuados para la ejecución de la obra o suministro.

En consecuencia, en aquellos expedientes en los que concurrían los requisitos señalados, la Intervención debió de emitir informe en el que lo pusiera de manifiesto, correspondiendo a la Alcaldía la instrucción del expediente en el que se debieron de contener, con el fin de garantizar que la contraprestación económica que debe abonarse satisfaga una prestación real y necesaria y que se rija por criterios de cálculo similares a los que han de ser observados cuando las obras y servicios se adquieran regularmente respetando los cauces procedimentales establecidos, a fin de evitar que pueda ocasionarse un perjuicio a los fondos de la Corporación, los siguientes documentos:

- a) Memoria justificativa suscrita por el Técnico responsable del Servicio y conformada por el Concejal correspondiente, sobre los siguientes extremos:
 - Justificación de la necesidad del gasto efectuado y causas por las que se ha incumplido el procedimiento jurídico-administrativo correspondiente.
 - Fecha o periodo de realización.
 - Importe de la prestación realizada.
 - Garantías que procedan o dispensa motivada de las mismas.
- b) Informe técnico de valoración en el que se haga constar que las unidades utilizadas son las estrictamente necesarias para la ejecución de la prestación y que los precios aplicados son correctos y adecuados al mercado o se contienen en cuadros de precios aprobados.
- c) Factura detallada de la prestación realizada debidamente conformada por los responsables del Servicio y, en su caso, certificación de obra.
- d) Informe del Servicio correspondiente, en los casos de imputación al Presupuesto del ejercicio corriente, de que no existe impedimento o limitación



Audiencia de Cuentas de Canarias

- alguna a esta aplicación del gasto en relación con las restantes necesidades y atenciones de la partida durante todo el año en curso.
- e) Informe del Servicio correspondiente, cuando no exista dotación en el presupuesto inicial, sobre la tramitación de la modificación de crédito necesaria.
 - f) Informe jurídico-administrativo del Servicio correspondiente.
 - g) Documento contable “ADO” (Autorización, Disposición de Gasto, Reconocimiento y Liquidación de la Obligación).
 - h) Informe de la Intervención.
 - i) Cualquier otro documento que se estime necesario para una mejor justificación del gasto.

Sin que en el expediente tramitado por la Corporación conste la documentación relativa a los apartados a), b), d), e) y f) anteriores, por lo que no se fijaron de una manera objetiva los límites del resarcimiento para evitar el enriquecimiento injusto.

Al respecto en el informe de la Intervención Municipal, de fecha 19 de marzo de 2004: *“...la deuda extrapresupuestaria puede modificar nuestra situación con los proveedores por cuanto este tipo de gasto no se puede atender puntualmente; en consecuencia, nos hace perder solvencia, puede producir la retirada de crédito con las distintas empresas, y termina encareciendo los servicios si no podemos negociar precios por pronto pago...”*

Si teniendo en cuenta los vicios antes indicados, se hubiera decidido no someter el asunto al Pleno de la Corporación para su reconocimiento, podría haberse producido una reclamación de daños y perjuicios del tercero como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto o un incumplimiento de la obligación a cargo de la Administración.

En este sentido, a título de ejemplo, el Consejo de Estado, en dictamen nº 3617/2000, se pronuncia en sentido favorable a la concesión de una indemnización tramitada en un procedimiento de responsabilidad patrimonial, al considerar que, no habiendo existido expediente o procedimiento contractual previo sino una simple contratación verbal no amparada por el carácter de emergencia, la Administración estaba obligada, para evitar un enriquecimiento injusto, a indemnizar los trabajos realizados por el tercero, todo ello sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de las autoridades o funcionarios que realizaron la prohibida contratación verbal.

Asimismo, el Tribunal Supremo en sus sentencias de 15 de julio de 1985, 21 de marzo de 1991 y 24 de julio de 1992, entre otras, reconoce la obligación de indemnizar a cargo de la Administración con fundamento en el enriquecimiento injusto.



Audiencia de Cuentas de Canarias

En consecuencia, si, atendiendo a las anteriores circunstancias analizadas, el Pleno se pronunció favorablemente sobre el asunto, tal pronunciamiento afectará únicamente a la eficacia de la obligación.

No obstante, debe concluirse que, por su propia configuración y funcionamiento, el planteamiento del incidente que estamos analizando debería resultar excepcional.

En definitiva, habría que tener en cuenta la confluencia de intereses de la Administración, que no puede ignorar su autocontrol, y de los terceros que con ella se relacionen, aunque sea a través de un negocio jurídico con posibles defectos. Todo ello sin olvidar la posibilidad de exigencia efectiva de responsabilidades a las autoridades o funcionarios que actuaron irregularmente.

Por último, hay que destacar como aspecto reseñable que la confianza depositada en los registros contables y extracontables del Ayuntamiento, como consecuencia de la existencia de deuda no contabilizada, ha de ser considerada como no representativa en cuanto a los importes adeudados.

Santa Cruz de Tenerife, a 28 de junio de 2007.

EL PRESIDENTE,

Fdo.: Rafael Medina Jáber



Audiencia de Cuentas de Canarias

A N E X O:
ALEGACIONES RECIBIDAS



EXCMO SR. PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA DE CUENTAS DE CANARIAS

DON MARCO AURELIO PEREZ SANCHEZ, mayor de edad, con domicilio a estos efectos en las Oficinas Municipales de San Bartolomé de Tirajana, sitas en la Plaza de la Constitución s/n, y provisto de DNI nº 43.647.829Q, comparezco ante esa Audiencia, y, como mejor proceda, DIGO:

Que el pasado día 23 de noviembre me fue notificado el escrito de la Presidencia de la Audiencia de Cuentas de 14 de anterior, por el que se me dio traslado del "Proyecto de Informe de Fiscalización de diversas Áreas del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, ejercicio 2004" a fin de que, en mi calidad de Alcalde de esta Corporación durante el periodo fiscalizado, efectuara las alegaciones que tuviera por conveniente.

Y que, haciendo uso de ese trámite de audiencia, a medio del presente escrito formulo en el plazo concedido al efecto las siguientes

ALEGACIONES:

PRIMERA.- Es cierto que el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en sesión ordinaria celebrada el 26 de marzo de 2004, aprobó el expediente de reconocimiento de crédito 1/2004, relativo a deudas contraídas en ejercicios anteriores, pero, básicamente, durante el año 2003, que obedecían a obras, servicios y suministros que fueron demandados esencialmente para el funcionamiento de los servicios municipales.

Esta actuación que, reconocemos, no se ajusta exactamente al procedimiento, se repite no obstante en todas las Administraciones Pública, sobre todo en las Locales, y, desde luego, también en las de nuestra Comunidad Autónoma, que cada año aprueban su deuda extrapresupuestaria para hacer frente a los compromisos de gastos asumidos al margen del presupuesto.

Así, por ejemplo, la deuda extrapresupuestaria del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, según información obtenida en la página www.e-siroco.com, ascendió en el año 2002, a 1.255.003,06, € y, en el año 2003, a 7.164.013,03 €, y la Corporación de Garachico contrajo el año 2004 una deuda extrapresupuestaria superior a los 300 millones de las antiguas pesetas, según información facilitada por la página www.diariodeavisos.com.

SEGUNDA.- Esta forma de actuar, que, insisto, se practica en todas las Corporaciones Locales, ha ido adquiriendo incluso un importante grado de normalidad como lo adveran las Ordenes de la Consejería de la Presidencia del Gobierno Autónomo, por las que se aprueban la documentación necesaria para la realización de las auditorias de gestión previstas en la Ley del Fondo Canario de Financiación Municipal, en todas las cuales figura la relativa a los compromisos de pago adquiridos por la Corporación sin existir consignación presupuestaria, con desglose de tales gastos por capítulos. Ello evidencia que el Gobierno Canario es plenamente consciente de que en todos los Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma existe una deuda contraída al margen del presupuesto y por ende al margen de los procedimientos legalmente establecidos. Por ello debe incorporarse a las actuaciones la información con que cuenta la Consejería de la Presidencia del Gobierno Canario, relativa a la deuda extrapresupuestaria de las Corporaciones Locales.

TERCERA.- Pero aún más: la actuación fiscalizadora a que se refiere el expediente que me ocupa se inició por denuncia de Concejales del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, que en su día ostentaron responsabilidades de gobierno. Y en el ejercicio de esas responsabilidades ellos también produjeron, asumieron, reconocieron y pagaron deudas que habían contraído al margen del procedimiento legalmente establecido y sin consignación presupuestaria.

Así, por ejemplo, en el año 2000, en la sesión plenaria de 28 de abril, presidida por Don José Juan Santana Quintana, uno de los concejales que encabeza la denuncia, se aprobó un reconocimiento de crédito de 991.289,59 €, y, en el año 2001, en la sesión plenaria de 29 de junio, presidida también por Don José Juan Santana Quintana, se aprobó una deuda extrapresupuestaria por importe de 1.063.408 € .

CUARTA.- Todo lo anterior lo digo para insistir en el hecho de que la deuda extrapresupuestaria se ha convertido en una práctica habitual de todas las Administraciones

Públicas, que se produce, mayormente, por la insuficiente financiación de los municipios, y, en especial de los turísticos, que hace imposible contabilizar presupuestariamente todos los gastos que origina el funcionamiento de los servicios, lo que obliga a contraerlos al margen del presupuesto.

Además la deuda extrapresupuestaria genera a su vez mas deuda de igual naturaleza ya que parte del presupuesto del ejercicio corriente se tiene que dedicar a sanear los débitos generados en años anteriores, produciéndose algo así como una renovación de deuda de esta naturaleza.

QUINTA.- Probablemente, por todo lo expuesto, es por lo que creo que se ha creado una especie de tolerancia con este tipo de deuda, ya que, a pesar de su carácter irregular, sin embargo, no ha sido objeto de una especial persecución en ninguna Administración y por ningún Órgano ni Tribunal, o al menos no tenemos conocimiento de que así se haya hecho. Tampoco me consta que la Audiencia de Cuentas haya intervenido en otros expedientes de reconocimiento extrajudicial de crédito porque entonces tendría que haber auditado a todas los Ayuntamiento canarios.

SEXTA.- Con independencia de lo anterior, y entrando ya en las consideraciones que se contienen en el Proyecto de Informe, he de señalar que si la deuda extrapresupuestaria se origina precisamente porque no existe crédito en el presupuesto del ejercicio de que se trata, la consecuencia lógica de ello es que, además no haya ningún procedimiento formal de licitación pública, ni, por tanto, un expediente de contratación que se inicia con la consulta sobre la existencia del crédito preciso para autorizarlo.

Ahora bien esto sólo puede decirse de los gastos que están sujetos al procedimiento de licitación (mínimos en el expediente que nos ocupa), ya que, en los demás casos, aunque efectivamente no se pudo hacer la preceptiva reserva de crédito porque no había consignación presupuestaria para hacerla, sin embargo ello no fue óbice para que la municipalidad actuara con esta deuda con los mismos criterios que con la presupuestaria ya que se originó con los mismos proveedores que suministran con habitualidad los bienes y servicios corrientes que demanda el Ayuntamiento y a los mismos precios, por cuya razón no puede afirmarse sin más que la actuación municipal ocasionara un quebranto patrimonial al Ayuntamiento.

SEPTIMA.- Por otra parte, el acuerdo que aprueba la deuda extrapresupuestaria no puede considerarse radicalmente nulo por el hecho de que lo sea el gasto que allí se reconoce, ya que la finalidad de aquel acuerdo no es más que reparar una parte de la actuación; es decir, habilitar crédito para que el acreedor municipal cobre el servicio, suministro u obra que haya realizado, porque, con independencia de la irregularidad de la actuación, se ha contraído una deuda que hay que pagar so pena de producir un enriquecimiento totalmente injusto para la Administración Municipal y un daño económico para los proveedores, quienes en bastantes ocasiones, al concedernos crédito, nos han permitido sacar adelante servicios esenciales que tenían que haberse suspendido por la falta de consignación presupuestaria. Así resulta, por ejemplo, con el gasto extrapresupuestario producido en las áreas de Alumbrado Público, Vías y Obras, Salvamento en Playas, Servicios Generales, Parque Móvil, Asesoría Jurídica, Parques y Jardines, que tuvo que asumirse para el normal funcionamiento de los servicios públicos.

OCTAVA.- Y, precisamente, como la deuda extrapresupuestaria existía, la Alcaldía adoptó enseguida una serie de medidas dirigida a cortarla e incluso tendentes a exigir responsabilidades a ediles y trabajadores que en lo sucesivo la produjeran. En ese sentido, la Presidencia elaboró un escrito que se dirigió a los responsables técnicos y políticos de las distintas área, recordándoles el procedimiento del gasto, la necesidad de ajustarse a los créditos del presupuesto y las responsabilidades que podían reclamarse por su incumplimiento, y otro que se mandó a los distintos proveedores del Ayuntamiento, señalándoles que no suministraran bienes, ni servicios sin que a la concreta petición se acompañara la oportuna reserva de crédito.

Como consecuencia de lo anterior, la deuda extrapresupuestaria originada en el 2004, fue de 1.300.000 € y sólo para aquellos servicios que se tuvieron que realizarse inexcusablemente.

NOVENA.- Por otra parte, interesa también destacar que la deuda extrapresupuestaria no afectó de un modo significativo a la situación económico financiera del ejercicio en que se devengó (casi toda corresponde al 2003, como se dijo antes), ya que la liquidación del presupuesto de esa anualidad arrojó economías presupuestaria en el gasto

corriente por importe de mas de 3.397.000 €, de las cuales 1.528.000 € correspondieron al Capítulo 2. Lógicamente si se hubiera llevado un mejor control en la ejecución del presupuesto esas economías se hubieran podido reutilizar, vía modificación de presupuesto, en crédito disponible para los servicios que lo necesitaban, con lo cual se hubiera rebajado sensiblemente la deuda que hubo que reconocer en 2004.

DECIMA.- Por lo que respecta a la facturación de la empresa Curmar S.L., por servicios prestados en el restaurante de su titularidad. "La Casa Vieja", interesa desde luego destacar que la misma obedece mayormente a comidas servidas a trabajadores municipales que tuvieron que prolongar su jornada, y que, en ningún caso, se trata de servicio contratados con el Ayuntamiento para algún acto institucional. Es decir no existía por parte de concejal que ostentaba la Delegación de Hacienda ningún actuación encaminada a obtener algún provecho especial del Ayuntamiento; así lo demuestra el importe de las distintas facturas objeto de reconocimiento (91,98 €, 19,10 €, 34,60 €, 23,52 €, 26,04 €, 22,73 €, 19,35 €), lo que evidencia que no existió siquiera un trato preferente con el restaurante de aquella empresa; al contrario, más bien se podría decir que casi se le "castigó" por el hecho de su relación con un concejal, ya que, sin duda, "La Casa Vieja", es un negocio que lleva toda la vida en la zona turística ofreciendo calidad y buenos precios y donde su horario continuo hace que los trabajadores lo usaran cuando prolongaban su jornada. De más está decir pues que no existió entonces ninguna consigna para que el personal del Ayuntamiento acudiera a aquel establecimiento pero en absoluto iba a dictar, por absurda, una prohibición para hacerlo. Ya que de toda la vida los trabajadores municipales con trabajos fuera de jornada comen en los restaurantes Aeroclub, Viuda de Franco y Casa Vieja, al ser los únicos que tienen horario continuo.

UNDÉCIMA.- Sobre la deuda extrapresupuestaria a que se refiere este escrito también conoció el Juzgado de Instrucción Número 2 de San Bartolomé de Tirajana, en virtud de denuncia formulada por los mismos concejales que acudieron a esa Audiencia, lo que motivó que se instruyeran las Diligencias Previas nº 849/2005. Practicadas las actuaciones de rigor y oídos especialmente los denunciados aquel Tribunal entendió que no existían responsabilidades penales por cuya razón, con fecha 10 de marzo de 2006, se dicto auto de sobreseimiento que es ya firme por no haberse recurrido ni siquiera por los propios denunciantes.

En su virtud

Solicito de V.E., que habiendo por presentado este escrito se digne admitirlo y tener por hecha las alegaciones que contiene. Es de justicia.

San Bartolomé de Tirajana a 11 de diciembre de 2006.



FDO: MARÍA AURORA PÉREZ SÁNCHEZ

REGISTRO DE ENTRADA	
Presidencia	
Area Ayuntamientos	<input checked="" type="checkbox"/>
Area Cabildos Insulares	
Area otros Entes Públicos	
Area C. A.	
Secretaría Gral.	

El Secretario General,

