

UNF. 9/3/11

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
NUMERO 1 DE ALMERIA**

C/ CANONIGO MOLINA ALONSO, 8 - 4ª Pta.  
04005

Tel.: 950-00-26-93 Fax: 950-00-26-97

N.I.G.: 0401345020070001166

Procedimiento: Procedimiento ordinario 537/2007. Negociado: 5

Recurrente: JUAN ANTONIO ALMANSA ALMANSA Y OTROS

Letrado: JUAN MANUEL LLERENA HUALDE

Procurador:

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE GADOR

Representante: MANUEL ALCOBA SALMERON

Letrados: MANUEL ALCOBA SALMERON

Procuradores: CARMEN GALLEGO ECHEVERRIA

Codemandado/s: CONSTRUCCIONES GICUGA, S.L. y ANDRES SANCES FERNNADEZ

Letrados: JUAN MANUEL SALMERON GARCIA y JOSE ANTONIO GALDEANO PEÑA

Procuradores: MARIA DOLORES JIMENEZ TAPIA

Acto recurrido: contra decreto y resol. de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gador, de fecha 17/07/07 y 20/07/07 respectivamente que acuerdan hacer efectivos pagos de facturas en obras ejecutados para Escuela de Musica y Danza de dicha localidad por importe total de 156.062'43 euros.

**SENTENCIA Nº 85/2011**

En ALMERIA, a veintiuno de febrero de dos mil once.

En nombre de S. M. El Rey, el Ilmo. Sr. Don Tomás Cobo Olvera, Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 1 de los de Almería, ha visto los presentes autos de recurso contencioso administrativo núm. 537/07, tramitados por las normas del procedimiento ordinario, en cuantía 148.722,52 euros, en la que ha sido parte demandante D. Juan Antonio Almansa Almansa y Otros representado y asistido por el letrado D. Juan Manuel Llerena Hualde, y siendo parte demandada el Ayuntamiento de Gádor, representada y dirigida por el Letrado D. Gabriel Alcoba Salmerón; y parte codemandada GICUGA S.L. representada y asistida por el letrado D. Juan Manuel Salmerón García; sobre materia de Contratación urbanística.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la actora se anunció recurso contencioso administrativo en fecha 26/09/07, contra decreto y resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gador, de fecha 17/07/07 y 20/07/07 respectivamente que

acuerdan hacer efectivos pagos de facturas en obras ejecutados para Escuela de Música y Danza de dicha localidad por importe total de 156.062'43 euros.

**SEGUNDO.-** Por providencia de 1/10/07, se requirió a la Administración demandada a fin de que remitiera el expediente administrativo objeto de recurso. Recibido el expediente por providencia de 29/01/08 se ordena su entrega a la recurrente para deducir demanda, trámite que cumplimentó con fecha 5/3/08, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que declarara nulas y no conformes a derecho las resoluciones impugnadas.

**TERCERO.-** Por providencia de 6/3/08, se da traslado del expediente administrativo y de la demanda a la representación procesal de la parte demandada para que la contestara. Trámite que cumplimentó con fecha 4/6/08, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se desestime la demanda.

**CUARTO.-** Por auto de 24/11/08, se abrió período de prueba, declarándose pertinentes las propuestas por las partes, practicándose, cuyo resultado consta en autos.

**QUINTO.-** Por providencia de 5/11/09 se acordó el trámite de conclusiones, requiriendo a las partes para su evacuación.

**SEXTO.-** Por providencia de 18/02/11, se tienen por evacuado el trámite de conclusiones, quedando los autos conclusos para sentencia.

**SEPTIMO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El objeto del presente recurso lo constituye la impugnación de las siguientes resoluciones de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gádor:

- De 19 de julio de 2007, de abono de facturas de Aluminios Juan Francisco S.L.U., ITESA Control Energético S.A., Fontanería Salcás S.L., Fontanería

Salcás S.L., Construcciones GIGUCA SLU, Juan López Rodríguez e Hijos S.L., Francisco Latorre Moya, Juan Cruz Díaz, e Instalaciones Casajust S.L., por un importe total de 156.062,43 €.

- De 20 de julio de 2007, de resolución de discrepancias entre la Intervención Municipal y el Ordenador de Pagos, y de pago de facturas a Aluminios Juan Francisco S.L.U., ITESA Control Energético S.A., Fontanería Salcças S.L., Construcciones GIGUCA SLU, Juan López Rodríguez e Hijos S.L., Francisco Latorre Moya, Juan Cruz Díaz, e Instalaciones Casajust S.L., por un importe total de 156.062,43 €.

**SEGUNDO.-** Alega la parte codemandada la inadmisibilidad del recurso por haber quedado firme en vía administrativa el acuerdo del Pleno municipal del Ayuntamiento de Gádor de fecha 7-8-2007, a través del cual se ratificaban las resoluciones de la Alcaldía objeto de este recurso, ya que la codemandada considera que dicho acuerdo plenario no ha sido impugnado.

Para dar respuesta a esta causa de inadmisibilidad conviene recordar que en la Administración local existen tres órganos con competencias bien propias o delegadas, el Alcalde o Presidente, Junta de Gobierno y Pleno Corporativo, con la excepción de los municipios de gran población.

Las competencias vienen atribuidas de forma expresa a cada órgano, y cuando una determinada materia no venga atribuida a órgano alguno, corresponde al Alcalde. Así viene previsto en el art. 21.2,s de la ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen local.

En la Administración local no existe jerarquía orgánica, sin perjuicio que el legislador haya atribuido las competencias de mayor relevancia en el Pleno.

El Pleno municipal tiene asignada en el art. 22 LBRL unas determinadas competencias específicas, y la genérica de control y fiscalización de los órganos de Gobierno (art. 22.2,a). Este control y fiscalización de la actuación de los demás órganos, como es el caso del Alcalde, no supone que asuma y avoque las competencias del mismo, sino que se refiere más a un control político o para permitir una actuación procesal.

El régimen de los reparos formulados por el interventor se encuentra regulado en lo siguientes preceptos del RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo, texto refundido de la Ley de Haciendas Locales:

Artículo 215. Reparos.

Si en el ejercicio de la función interventora el órgano interventor se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados, deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución.

#### Artículo 216. Efectos de los reparos.

1. Cuando la disconformidad se refiera al reconocimiento o liquidación de derechos a favor de las entidades locales o sus organismos autónomos, la oposición se formalizará en nota de reparo que, en ningún caso, suspenderá la tramitación del expediente.

2. Si el reparo afecta a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, se suspenderá la tramitación del expediente hasta que aquél sea solventado en los siguientes casos:

a) Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea adecuado.

b) Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.

c) En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.

d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

#### Artículo 217. Discrepancias.

1. Cuando el órgano a que afecte el reparo no esté de acuerdo con éste, corresponderá al presidente de la entidad local resolver la discrepancia, siendo su resolución ejecutiva. Esta facultad no será delegable en ningún caso.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, corresponderá al Pleno la resolución de las discrepancias cuando los reparos:

a) Se basen en insuficiencia o inadecuación de crédito.

b) Se refieran a obligaciones o gastos cuya aprobación sea de su competencia.

#### Artículo 218. Informes sobre resolución de discrepancias.

El órgano interventor elevará informe al Pleno de todas las resoluciones adoptadas por el presidente de la entidad local contrarias a los reparos efectuados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos.

Es claro, por tanto, que el objeto del reparo no se incluye en ninguno de los supuestos previstos en el art. 217.2 reproducido, razón por la cual la competencia la tiene atribuida el Alcalde para resolver la discrepancia. El informe elevado al Pleno que dio lugar al Acuerdo de 7-8-2007, no se efectúa con el fin de que dicho órgano resuelva en definitiva sobre la discrepancia, sino para el control y fiscalización de la actuación del Alcalde. Sin que tenga relevancia a los efectos que tratamos los términos en que se pronunció el Pleno acordando ratificar las resoluciones de la Alcaldía, ya que en realidad el punto

del orden del día no podía tener otra finalidad que la de dar cuenta de dichas resoluciones. Es evidente, que tal conocimiento del Pleno de las mismas no quiere decir que no tenga ningún resultado práctica, pues éste órgano puede decidir actuar con el fin de dejar sin efecto aquellas resoluciones de la Alcaldía, pero no a través de su anulación como si se tratara de una propuesta de resolución. En el sentido contrario, el hecho de ratificar las resoluciones de la Alcaldía, no quiere significar que asume como suyo el acto administrativo del Alcalde, sólo puede significar que la decisión del Pleno es la de no actuar contra las mismas.

En definitiva, el objeto de este recurso son las resoluciones de la Alcaldía y no el Acuerdo del Pleno dando cuenta de las mismas, razón por la cual el recurso judicial esta interpuesto en plazo.

**TERCERO.-** Tanto el Ayuntamiento como la parte codemandada alegan la falta de legitimación activa de los concejales actores.

Es evidente que hay que circunscribir dicha legitimación en relación con las resoluciones de la Alcaldía que son los actos recurridos, y no al acuerdo plenario de 7-8-2007, aunque si este fuera el acuerdo impugnado, como en el mismo consta, los actores, concejales del PSOE, votaron en contra, aunque no se especifique sus nombres, ya que se saben quienes son de forma clara.

En cuanto a la legitimación de los Concejales que no forman parte del órgano que dicta el acto, la STC 173/2004, de 18 de octubre, sentó lo siguiente: *“Más bien lo lógico es entender lo contrario: que el concejal, por su condición de miembro –no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido “mediante sufragio universal, libre, directo y secreto” de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación. ”*

Criterio que se ha mantenido en otros pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional, como ha sido en sentencia nº 108/2006 y nº 210/2009.

**CUARTO.-** Entrando en el análisis del fondo del asunto, que no es otro que la decisión del Alcalde de Gádor de abonar determinadas facturas a un contratista que había realizado unas obras; pagos a los que el interventor había puesto reparos a su legalidad.

Conviene precisar que la cuestión no debe resolverse atendiendo a la cuestión del enriquecimiento injusto, que justificaría el pago de los trabajos realmente ejecutados. El contratista por supuesto que tiene derecho a percibir el precio de obra realizada. Reconocimiento de tal derecho recogido en muchas sentencias del tribunal Supremo. Así la ST de 23-4-2002, decía: *“Acreditada la existencia de las obras ejecutadas se imponía, como estimó la sentencia recurrida, la obligación de pagar el coste de las obras, en virtud del principio del enriquecimiento injusto, aplicable a los contratos administrativos (como ha reconocido la jurisprudencia de esta sala, en sentencias, entre otras, de 16 de octubre de 2.000 (RJ 2000/8249) y 26 de febrero de 2001 (RJ 2001/1831).*

*Así, la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que la obligación de pago por parte de la Administración implica el importe también de aquellas obras que tengan carácter accesorio o complementario no incluido en el proyecto durante el curso de las obras principales si se estime conveniente ejecutar, bien hayan sido objeto de contrato independiente o bien se hayan confiado al contratista de la principal, de acuerdo con los precios fijados en el contrato contradictoriamente”.*

Este derecho del contratista le viene reconocido en el art. 99.1 del R.D.Leg. 2/2.000, de 16 de junio, vigente cuando se llevaron a cabo las obras, que decía que “el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato y con arreglo al precio convenido”. Precio que debe ser abonado cuando el contratista haya cumplido el objeto del mismo (art. 110 R.D.Leg. 2/2.000).

Cuestión distinta es la relativa a si las resoluciones de la Alcaldía son o no ilegales administrativamente, así como los efectos que puede tener dicha ilegalidad en cuanto a algún tipo de responsabilidad o nulidad de determinadas actuaciones.

Para dar respuesta a esta cuestión es esencial partir del informe que emite el Interventor municipal, en su función interventora, efectuando reparo a la actuación del Alcalde:

“A) ANTECEDENTES:

1º En el citado Decreto del Alcalde se hace referencia a Informe emitido por el Arquitecto D. Juan José Benavides Real, en el que se recomienda que se realice la obra por el sistema de Administración. Esta Secretaría-Intervención no tiene constancia de la designación de tal técnico y además los argumentos aludidos para tal recomendación no se ajustan a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2º Que los trabajos han sido adjudicados fraccionados por unidades de obra, al presupuesto más ventajoso de las 3 ofertas presentadas. En ésta

Secretaría-Intervención no consta expediente de contratación alguno para terminación de las obras de "Escuela de Música y Danza" y si existió sería verbal.

3º En ésta Secretaría-Intervención no consta documento alguno designando a técnico director de las obras. Tampoco se acredita la buena ejecución de los trabajos mediante la correspondiente certificación de obras.

#### B) LEGISLACIÓN APLICABLE:

La propuesta de la Alcaldía consiste en ordenar los pagos de las facturas por ejecución de obras de nueva planta (Escuela de Música y Danza) y para que se produzca la Intervención de la Ordenación como favorable y por tanto sin reparo debería haberse seguido el siguiente procedimiento:

1º Dado que el proyecto de "Ejecución de Escuela de Música y Danza" está previsto en el presupuesto ascendiendo a 178.256,39 € y no supera el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto fijados en 237.410,85 € conforme al art.21.1 apartado o), el Alcalde es el órgano competente para la Contratación y aprobación del Gasto (Art. 21.1 f).

2º Cumplir los requisitos para celebración de los contratos regulados por el Art. 11 de la L.C.A.P a saber:

#### Artículo 11. Requisitos de los contratos.

1. Los contratos de las Administraciones públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.
2. Son requisitos para la celebración de los contratos de las Administraciones Públicas sal que expresamente se disponga otra cosa en la presente Ley, los siguientes:
  - a. La competencia del órgano de contratación.
  - b. la capacidad del contratista adjudicatario.
  - c. La determinación del objeto del contrato.
  - d. La fijación del precio.
  - e. La existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración.
  - f. La tramitación de expediente, al que se incorporarán los pliegos en los que la Administración establezca las cláusulas que han de regir el contrato a celebrar y el importe del presupuesto del gasto.
  - g. La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, relativos a los contratos, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas sujetas a esta Ley.
  - h. La aprobación del gasto por el órgano competente para ello.

i. La formalización del contrato.

3° Dar cumplimiento al art. 67 de la LCAP que dispone:

Artículo 67. Expediente de contratación.

1. A los contratos cuya adjudicación se rige por la presente Ley precederá la tramitación del expediente de contratación que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, con precisión del plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes.

2. Al expediente se incorporarán, siempre que el contrato origine gastos para la Administración, el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización de la Intervención y la aprobación del gasto, salvo en el supuesto excepcional previsto en el artículo 85, letra a), en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas presupuestarias de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley.

Así como al Art. 69 de la precitada Ley que dispone:

Artículo 69. Aprobación del expediente.

1. Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución comprenderá también la aprobación del gasto, salvo el supuesto excepcional previsto en el artículo 85, letra a), o que las normas de desconcentración, en su caso, hubiesen establecido lo contrario.

4° Adjudicado el contrato y formalizado procede la designación de director de las Obras, nombramiento de Coordinador del Plan de Seguridad y Salud y hasta tanto no se apruebe el Plan de Seguridad y Salud por el Órgano de contratación competente (el Alcalde) y firmada el Acta de Comprobación de Replanteo no podrán iniciarse las obras.

5° Acreditar la ejecución de la obra mediante la correspondiente certificación suscrita por el Técnico director de las Obras y conforme al Art. 189 del RDL 2/2004 de 5 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

C) ADECUACIÓN A LA NORMATIVA.- De la lectura del Decreto de la Alcaldía se deducen las siguientes irregularidades:

-No se cumple el art. 11 de la LCAP sobre requisitos de los contratos.

-Se incumple el Art. 67 de la LCAP ya que no ha sido tramitado

expediente de contratación y se ha realizado contratación verbal expresamente prohibida por el art. 55 de la LCAP.

- Porque se utiliza incorrectamente el procedimiento negociado cuando lo procedente hubiese sido el concurso, con el consiguiente incumplimiento del Art. 75 LCAP.

- Porque entiendo que se ha producido un fraccionamiento del contrato expresamente prohibido por el Art. 68 de la LCAP.

- Porque la ordenación del pago se dictaría prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido y por tanto conforme al art. 62 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre el acto sería nulo de pleno derecho.

Por lo anterior entiendo que no procede ordenar los pagos.

#### D) CONCLUSIÓN.-

1. Por formulado el presente reparo y como quiera que afecta a disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos conforme al art. 216 del RDL 2/2004 de 5 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales ha de suspenderse la tramitación del expediente hasta que sea solventado ya que se está en el caso de los apartados: b) No haber sido fiscalizados los actos que dieron origen a los apartados: b) No haber sido fiscalizados los actos que dieron origen a las ordenes de pago y c) Omisión en el expediente de requisitos y trámites esenciales, del citado artículo a lo que se ha hecho referencia en el apartado C) de éste escrito.

2. Si la Alcaldía no está de acuerdo con el presente reparo, le corresponderá resolver la Discrepancia, siendo su resolución ejecutiva, sin que pueda ser delegable esta facultad en ningún caso, todo ello en base al art. 217 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales precitada.

3. Si el Alcalde resuelve el reparo y ordena los pagos de las facturas mediante Resolución inscrita en el libro de resoluciones del Alcalde, tanto el interventor como el tesorero estamos obligados a atender dicho pago quedando exonerados de toda responsabilidad, conforme al Art. 39 de la Ley Orgánica 2/1982 de 12 de Mayo del Tribunal de Cuentas.

4. Por último, y en cumplimiento del Mandato del art. 218 de la LRHL esta intervención está obligada a elevar informe al Pleno de la Corporación de las Resoluciones que se dicten contrarios a los reparos efectuados”.

Pues bien, del informe del Interventor municipal se deriva que el Alcalde llevó a cabo la contratación objeto del reparo sin sujetarse al procedimiento que tal contratación exigía. El Ayuntamiento justificó el sistema de contratación por tratarse de ejecución por fases. Sin embargo el art. 125 del RD

Ley 781/1986, de 18 de abril, TRRL, permitía que el objeto de los contratos se fraccionaran en partes o grupos, cuando fueran susceptibles de utilización independientes o pudieran ser sustancialmente definidos. En el presente caso no consta en las actuaciones administrativas que concurra alguna de dichas circunstancias. En este sentido el art. 68 del RD Ley 2/2000, TRLCAP, determinaba que:

"Fraccionamiento del objeto del contrato.

1. El expediente deberá abarcar la totalidad del objeto del contrato y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para ello.

2. No podrá fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda.

3. Cuando el objeto admita fraccionamiento, justificándolo debidamente en el expediente, podrá preverse en el mismo la realización independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto."

La imposibilidad legal de fraccionamiento impedía utilizar el procedimiento negociado sin publicidad previsto en el art. 141 TRLCAP que preveía esta posibilidad cuando el presupuesto del contrato era inferior a 60.101,21 €.

Esta normativa, unida al contenido del informe del Interventor reproducido, se llega a la conclusión de la ilegalidad de la contratación llevada a cabo por el Alcalde.

En definitiva, se omitió el expediente de contratación y no se fiscalizaron los actos que dieron origen a las ordenes de pago.

**QUINTO.-** Por tanto, procede desestimar las causas de inadmisibilidad y estimar el recurso, sin que existan motivos que justifiquen una condena en costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLO

Desestimo las causas de inadmisibilidad alegadas por los demandados y estimo el recurso Contencioso-administrativo interpuesto por D. Juan Antonio Almansa, D<sup>a</sup> Carmen Auilar Trujillo, D. Fernando Jesús Martínez Saldaña y D<sup>a</sup> Rosario del Carmen Castillo Pérez, frente a las resoluciones impugnadas por no ser conformes a derecho, declarando su nulidad. Sin costas.

Notifíquese el presente recurso a las partes haciéndoles saber que frente a la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de QUINCE DÍAS.

De conformidad con lo dispuesto en la LO 1/2009 de 3 de noviembre, para la interposición de recursos ordinarios o extraordinarios deberá acreditarse la consignación del preceptivo depósito, salvo las personas físicas y jurídicas que por ley estén exentas (50 euros recurso de apelación, 25 euros recurso de súplica) en la Cuenta de Consignaciones del Juzgado en Banesto nº 0277.0000.85.0524/09, no admitiéndose a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, la pronuncio, mando y firmo.