



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 5 / 2 0 0 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 18 de mayo de 2007.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Santa Brígida en relación con la *Propuesta de Resolución, con forma de Acuerdo del Pleno, por la que se pretende revisar de oficio el Acuerdo plenario de 7 de junio de 2003 (EXP. 186/2007 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 17 de abril de 2007, el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Brígida interesa preceptivamente y por el procedimiento ordinario, al amparo de los arts. 11.1.D.b), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, Dictamen en relación con la Propuesta de Resolución, con forma de Acuerdo del Pleno, por la que se pretende revisar de oficio "en su caso" el Acuerdo plenario de 7 de junio de 2003, por el que se acordó autorizar la "ejecución de la obra pública (...) de la que es concesionaria la U.T.E. "S.B." (...) condicionado, como requisito de validez y eficacia, al pago de la tasa por licencias urbanísticas e impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras".

Este procedimiento revisor pretende fundar la revisión de oficio en el art. 62.1. c), d) y e) de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), según los cuales incurren, respectivamente, en vicio de nulidad radical aquellos actos "que tengan un contenido imposible", los que "sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta", y los "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido".

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

2. Antes de entrar a analizar el grado de adecuación jurídica de la Propuesta que se ha sometido a la consideración de este Consejo, se hace preciso efectuar un relato, siquiera breve, de los hechos que han determinado la necesidad de incoar el procedimiento revisor del que trae causa la solicitud de Dictamen.

El 5 de junio de 2002 se adjudicó a la Unión Temporal de Empresas "S.B." la concesión administrativa de obra pública para la construcción de un edificio de aparcamientos subterráneos, plaza pública, locales comerciales, multicines y parque urbano, así como para la redacción de todos los documentos de trabajos necesarios para la ejecución del mismo y posterior explotación del inmueble; todo ello, de conformidad con los pliegos que rigieron la licitación, sin que en los mismos se hiciera referencia alguna al carácter condicionado de la adjudicación.

En la cláusula 6.13 del Pliego de condiciones técnicas y condiciones económicas administrativas particulares que regirían el procedimiento negociado sin publicidad que se aplicaría a la adjudicación del contrato de referencia, se disponía que el concesionario "se sujetará a las siguientes condiciones generales: (...) con la sola excepción de la exención del pago de tasas y del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, en cuanto edificación de titularidad municipal, el concesionario no gozará ante la Hacienda Municipal de ningún privilegio fiscal".

El 19 de noviembre de 2002 se firmó el contrato, expresivo de la adjudicación a la empresa contratista "con arreglo al proyecto técnico y pliego de prescripciones técnicas y pliego de cláusulas económico administrativas particulares (...) documentos contractuales que acepta plenamente", sin que en el contrato se haga referencia alguna a su eficacia condicionada.

En sesión extraordinaria de 6 de junio de 2003, el Pleno corporativo aprobó el proyecto de obra, acordándose asimismo en sesión de igual carácter de 7 de junio de 2003 "autorizar las obras, condicionando como requisito de validez y efectividad del acuerdo, a la comprobación de la Oficina Técnica (...) de que el proyecto visado corresponde [al] que sirvió de base a la licitación (...), como asimismo al pago de los tributos (tasas e impuesto sobre construcciones) a que hace referencia el informe de la Intervención de Fondos", de 2 de abril de 2003, y según el cual, "la obra no está destinada a ninguno de los fines que determinan la exención del tributo".

(...)¹

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

II

Como se ha dicho anteriormente, la pretensión revisora se pretende fundar en tres causas legalmente previstas como son la imposibilidad del contenido del acto [art. 62.1.c) LRJAP-PAC], que el acto sea constitutivo de infracción penal o se dicte como consecuencia de ésta [art. 62.1.d) LRJAP-PAC], y que el mismo se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [art. 62.1.e) LRJAP-PAC].

Antes de entrar a analizar el concurso de las causas de revisión alegadas, debemos precisar algunas cuestiones preliminares sobre lo acordado, lo instruido y, sobre todo, lo no instruido en relación con la adjudicación de referencia, debiendo significarse que la cuestión está *sub iudice*, aunque no nos consta, por no haberse remitido con el expediente, copias de la demanda contenciosa presentada y de las diligencias previas instruidas, desconociéndose asimismo si uno o ambos procesos tienen o no relación directa con los hechos sobre los que se pretende construir el procedimiento revisor.

En el Pliego, ley del contrato, el contratista no tenía privilegio fiscal alguno, "con la sola excepción del pago de las tasas y del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras". Por lo tanto, si el Pleno adjudicó el contrato el 6 de junio de 2003, no se entiende en modo alguno que el mismo Pleno en sesión celebrada el 7 de junio de 2003 autorizara la ejecución de las obras pero condicionándola, "como requisito de validez y efectividad del acuerdo" al pago de los citados tributos, con arreglo a un informe de Intervención de 2 de abril de 2003 que, sin embargo, no fue tenido en cuenta en la adjudicación. Según tal informe, "la obra no está destinada a ninguno de los fines que determinan la exención del tributo" (art. 100.2 de la Ley de Haciendas Locales, Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo LHL), lo que es cierto, pero desconoce, también el Pleno, pero no el informe favorable de la Secretaría a los Pliegos durante la licitación, que el apartado 1 del mismo precepto dispone que el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras es un tributo cuyo hecho imponible "está constituido por la realización (...) de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no la licencia". Y también ignora que el art. 166.4 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales prescribe que "cuando los actos de construcción (...) sean promovidos por el Ayuntamiento (...) el acuerdo municipal que los autorice o apruebe

estará sujeto a los mismos requisitos y producirá los mismos efectos que la licencia urbanística a los efectos de este Texto Refundido (...)" ; y conforme al apartado 5 del indicado precepto, entre otros, el procedimiento deberá contener como actos de instrucción los informes técnico y jurídico de los Servicios municipales sobre la conformidad del acto con la ordenación urbanística aplicable.

Es decir, que las obras promovidas por los Ayuntamientos en su territorio no están sometidas a licencia y, en consecuencia, tampoco al impuesto de referencia, por lo que se trataría de obra no sujeta. La Intervención informó en su momento de que procedía la liquidación porque no se trataba de una obra exenta y, en efecto, en el art. 100.2 LHL no se contempla la exención de la que se adjudicó; pero la cuestión es que no se trataba de una cuestión de exención, sino, en su caso, de no sujeción.

El Pleno del Ayuntamiento, ciertamente, resuelve a la vista de lo actuado y, particularmente, de todos los informes que se han emitido. Cabe por lo demás que en la instrucción haya informes contradictorios, pero es el órgano de contratación, sin perjuicio del derecho que asiste a la minoría de cuestionar el Acuerdo ante los Tribunales, el que decide valorando los pros y contras, los informes de uno y otro sentido. Y decidió en su momento, teniendo a la vista, no se olvide, el informe contrario de la Intervención. No se entiende pues cómo al día siguiente de la adjudicación libre condicionó la ejecución de las obras al pago de unos tributos que no resultaba obligatorio conforme al Pliego. Desde esta perspectiva, la Administración modificó peyorativamente el contrato, sin audiencia de parte, en contravención directa del acuerdo de adjudicación, rompiendo por extensión el equilibrio financiero de la concesión, quebrando los principios de buena fe y de confianza legítima que han de regir no solo la actuación administrativa general sino la contractual en particular.

Al margen de que el Acuerdo del Pleno es manifiestamente contradictorio con el previo de adjudicación de la concesión, la argumentación que subyace en ese Acuerdo y en el previo informe de la Intervención en que se funda es incorrecta.

Para el Acuerdo del Pleno que se revisa y ese informe, la obra es propiedad del adjudicatario; para los informes de la Secretaría General y los anteriores Acuerdos del Pleno, es del Ayuntamiento. Titularidad que es importante a los efectos del devengo de las tasas y tributos que correspondan, a la vista de lo que al respecto dispongan los Pliegos. Ya vimos que los Pliegos reconocían que el adjudicatario tenía derecho a no ser gravado por tasas ni por el impuesto de construcciones y obras. Luego, se rectificó por Acuerdo del Pleno, en el sentido ya conocido.

Sin perjuicio de otras consideraciones que serán objeto posterior de este Dictamen, tal pretensión no es acertada, pues la concesión de obra pública “es una concesión mixta e híbrida de servicio público y de construcción (...) muy diferente [a] un proyecto particular que se presenta al Ayuntamiento a efectos de obtener licencia (...). Por ello, “resultaría tautológica la autoexigencia de licencia por el Ayuntamiento, porque sería contraria al concepto mismo de licencia [cuyos] fines se subsumen o quedan ínsitos en el otorgamiento de la concesión (...)”. Así se ha reconocido por esta Sala en Sentencias, entre las más recientes de 19 de abril de 1999 y 14 y 21 de febrero de 2000”, conforme a las cuales “no es necesaria la exigencia de una previa licencia de obras, ni es factible la liquidación, por tal motivo de una tasa (...)”. Tales obras “deben ser consideradas como si fueran realizadas por el propio ayuntamiento. [Es] evidente que si otra cosa no dice el título concesional, [la obra no puede considerarse] como si se tratara de una obra privada” (STS de 18 de abril de 2000, teniendo por objeto, precisamente, la construcción de un aparcamiento subterráneo).

Queda lógicamente un cierto margen para que el Pliego disponga cosa distinta en el contexto del equilibrio de la concesión, pero si no dijera nada -menos aún si dijera lo contrario, como es el caso- *la obra es del Ayuntamiento y ni tiene que tener licencia, ni devenga tasa o tributo alguno por tal concepto.*

La acción inicial fue, pues, cuestionable desde el punto de vista formal. Si se entendía que el Pliego contenía una cláusula ilegal, debió tramitarse el procedimiento revisor del acto o modificador del contrato adjudicado, con audiencia de la parte y sin que el incidente suponga para ninguna de las partes un indebido enriquecimiento injusto. Pero esta acción fue seguida de una generalizada inacción que ha motivado que el Juzgado de lo contencioso que conoce del asunto haya requerido al Ayuntamiento en fecha tan tardía como el corriente año sobre si se ha procedido a la liquidación de los mencionados tributos, lo que no ha sido el caso.

Los actos administrativos son ejecutivos y gozan de la presunción de legitimidad. Si el acto es nulo o anulable, la Ley dispone de mecanismos para sanar la situación; y en el contexto de un contrato, el órgano de contratación dispone de la facultad de interpretar y modificar el contrato. El 7 de junio de 2003, el Pleno no debió autorizar la ejecución condicionada de las obras, sino abrir un procedimiento contradictorio sobre la exigibilidad de los tributos, conforme al pliego y a la Ley. No puede haber cláusulas *contra legem*. O la cláusula era legal o era ilegal. Y si lo era, el

procedimiento no era acordar cosa distinta de lo adjudicado quebrando el equilibrio financiero de la concesión, sino depurar la legalidad de los pliegos y contrato.

Resulta evidente del expediente que el Ayuntamiento, que contaba con informes contradictorios de sus propios Servicios, optó por no actuar. Y así, el Ayuntamiento no anuló la cláusula que liberaba al contratista del abono de los tributos; pero tampoco anuló el acto por el que imponía la ejecución condicionada de las obras; y, en consecuencia, no procedió a la liquidación de los tributos. Dada su inacción, fue el interesado el que el 17 de julio de 2003 presentó escrito (que no se halla en las actuaciones) mediante el que interesaba la *exención tributaria*. Escrito que aun sigue sin respuesta.

III

Nos encontramos con un procedimiento revisor y, de forma simultánea, la pendencia de un proceso penal y un proceso contencioso administrativo. Marginando la vía penal -que atañe a la concurrencia de una presunta conducta típica y antijurídica en quienes han intervenido en el procedimiento de referencia- la misma discurre de forma paralela a la administrativa y a la contenciosa, sin interferirlas, salvo la prejudicialidad que la Ley otorga al juez penal. El Juez penal analizará los hechos desde su relevancia para la determinación del tipo, independientemente de su valoración en vía administrativa o contenciosa.

La vía contenciosa, sin embargo, y en la medida que uno de los motivos del recurso deducido afecta a la validez del acto, sí interfiere o puede interferir en la revisión de oficio que se ha iniciado, pues pudiera darse el caso de una litispendencia, que debe ser interpretada, como este Consejo ha precisado en diversas ocasiones, y caso por caso. Y así, en nuestro DCC 129/2004, entre otros, señalábamos que aunque cuando de procedimiento revisor se trata, la litispendencia debe hacerse de forma ponderada y casuística, pues la Ley no prohíbe expresamente la simultaneidad de ambas vías.

Habrà de determinarse en el presente supuesto si concurre o no la triple identidad que es consustancial a la litispendencia, con la particularidad de que en esta ocasión no existen terceros afectados perjudicados por la posible revisión del acto que se pretende, salvo el propio Ayuntamiento que, como se ha dicho, entiende que no procede la liquidación de los tributos a los que se había condicionado la ejecución de las obras. Ambas partes estiman que no procede tal liquidación; la

Administración, porque se trata de unas obras no sujetas; el contratista, porque se hallan exentas.

IV

Sin perjuicio de lo expuesto en el Fundamento precedente, tres han sido las causas de nulidad alegadas por la Administración actuante, y son las contempladas en los apartados c), d) y e) del art. 62 LRJAP-PAC: acto imposible, constitutivo de infracción penal y dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Analicemos los hechos y su contraste con estas causas de revisión.

A. Acto de contenido imposible.

Esta causa de nulidad debe ser apreciada con "suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia (...) a fin de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado" (STS de 19 de mayo de 2000).

En este caso, el concepto *contenido imposible* debe ser perfilado a fin de que no se amparen bajo el excepcional procedimiento de la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho irregularidades que son constitutivas de simple invalidez. Y así, la mencionada imposibilidad no puede ser una cualquiera; debe ser de "carácter material o físico", ya que una imposibilidad jurídica "equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto que suele comportar anulabilidad" (STS cit.), o de "naturaleza lógica" (STS de 17 de enero de 2005, RJ 2005/711). Son también imposibles los actos "inadecuados en forma total y originaria", ya que si fuera "sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto" (STS de 19 de mayo de 2000); los que encierran una "contradicción interna"; aquellos dotados de "indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad" (STS cit., con cita de las SSTS de 6 de noviembre de 1981, y de 9 de mayo de 1995).

El acto del Pleno es contradictorio e ilógico, pero no internamente sino respecto del inmediatamente anterior, por lo que no puede hablarse aquí de un acto de contenido imposible. Dicho de otra manera, no estamos en presencia de un acto que, respecto de un determinado asunto (devengo de tributos), sea simultáneamente libre

y condicionado (en cuyo caso sí se incurriría en una contradicción intrínseca); por el contrario, se han dictado consecutivamente dos actos, de contenido contrapuesto, lo que es cuestión diferente. Por lo tanto, no puede apreciarse la causa de nulidad prevista en el apartado c) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

B. Acto constitutivo de infracción penal.

La competencia para calificar unos hechos como delito corresponde exclusivamente al Juez penal de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.3 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, siendo la materia penal la única de la que un orden jurisdiccional distinto no puede conocer a efectos prejudiciales, según el art. 10 de la misma Ley. Consecuentemente, es la sentencia penal la que determina la nulidad de pleno derecho del acto constitutivo de delito, siempre que este acto en efecto constituya delito.

Como se ha expresado, existen unas diligencias previas incoadas en razón de los hechos descritos. No sabemos qué calificación jurídica han merecido los mismos, ni en qué momento procesal se encuentran tales diligencias. En todo caso, a los efectos del presente procedimiento revisor, sólo la Sentencia penal condenatoria será título suficiente para plantear y resolver, en su caso, la nulidad de pleno derecho del acto cuya revisión se pretende. Por tanto, sin dicha Sentencia, además determinante de infracción penal, no procede argumentar la incidencia de la causa de nulidad pretendida.

C. Acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

El art. 62.1.e) LRJAP-PAC dispone que son nulos de pleno derecho los actos dictados "prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"; vicio que concurre tanto cuando se da una ausencia total de trámite alguno (STS de 6 de diciembre de 1985) como seguir un procedimiento distinto del legalmente exigible (STS de 11 de julio de 1990).

El acto a revisar no constituye una modificación del contrato y de los previos actos de adjudicación y de aprobación de los Pliegos. Efectivamente, el acto examinado no está dentro de los supuestos de modificación contractual legalmente previstos. El Ayuntamiento no se plantea aquí, en puridad, la modificación del contrato adjudicado, permaneciendo vigente la cláusula contractual afectada, sino que más bien lleva a cabo su incumplimiento.

En efecto, el acto adoptado, sin ser tampoco un acto de gravamen *strictu sensu*, es contrario a la determinación de la cláusula 6.13 del Pliego de condiciones técnicas y condiciones económicas administrativas particulares (Pliego que se integra en el contrato a efectos de su ejecución, no se olvide, como auténtica ley del mismo). Por lo tanto, estamos en presencia de un acto revocable, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 105 LRJAP-PAC, al tratarse de un acto desfavorable y no declarativo de derechos, sin que en este caso concurren las limitaciones que se recogen en el precepto mencionado (“siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes o sea contrario al principio de igualdad, al interés público o al Ordenamiento jurídico”).

Ninguna de estas limitaciones se dan en este caso. La Ley no lo prohíbe; antes bien, es perfectamente legal y es lo que la Ley quiere; no contraría el principio de igualdad, sino que sirve para devolver a la concesión a su equilibrio; no vulnera el interés público, más aún, se trata de una obra pública de titularidad municipal; y, finalmente, es plenamente conforme con el Ordenamiento jurídico, como hemos visto.

El acto, pues, debió revocarse, no siendo posible la declaración de nulidad de pleno derecho mediante la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio.

C O N C L U S I O N E S

1. El acto debió ser revocado con arreglo a lo dispuesto en el art. 105 LRJAP-PAC).

2. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la Propuesta de Resolución examinada no es ajustada a Derecho, manifestando este Consejo, en consecuencia, su parecer desfavorable a la declaración de nulidad de la Propuesta de Resolución, con forma de Acuerdo del Pleno, por la que se pretende revisar de oficio “en su caso” el Acuerdo plenario de 7 de junio de 2003, por el que se acordó autorizar la “ejecución de la obra pública (...) de las que es concesionaria la U.T.E. “U.S.” (...) condicionado, como requisito de validez y eficacia, al pago de la tasa por licencias urbanísticas e impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras.