



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 672/2011

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de diciembre de 2011.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Resolución del recurso extraordinario de revisión interpuesto por M.P.H., en calidad de Alcalde-Presidente del Iltre. Ayuntamiento de la Villa de El Sauzal, frente a la Orden del Consejero de Empleo, Industria y Comercio nº 813/2010, de 29 de septiembre de 2010, por la que se desestima el recurso de reposición contra la Orden de 9 de julio de 2009, por la que se declara la pérdida del derecho al cobro de las subvenciones concedidas a diversas obras de ahorro energético y auditorías energéticas en instalaciones municipales, según Orden de 19 de junio de 2008 (EXP. 647/2011 RR)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado preceptivamente por la Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio, es la Propuesta de Resolución del procedimiento del recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de El Sauzal contra la Orden del titular de la citada Consejería nº 813/2010, de 29 de septiembre, desestimatoria de recurso de reposición contra la Orden de 9 de julio de 2009 por la que se declara la pérdida del derecho al cobro de subvenciones para obras de ahorro y auditorías de energía en instalaciones municipales.

La legitimación de la Consejera para solicitar el Dictamen, la preceptividad de la solicitud y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los artículos. 12.3 y 11.1.D.b) de la Ley del Consejo Consultivo, en relación este último precepto con el

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

artículo 118 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC-PAC).

2. El recurso se ha interpuesto por persona legitimada para ello y está fundado en las causas primera y segunda del artículo 118.1 LRJPAC-PAC, dentro de los plazos de cuatro años y de tres meses, respectivamente, establecidos en el artículo 118.2 LRJPAC-PAC para los recursos que se funden en aquellas causas, dirigiéndose contra un acto firme en vía administrativa y correspondiéndole resolverlo al titular de la Consejería que lo dictó, según dispone también el precepto legal citado.

II

Los antecedentes relevantes en este asunto, según consta en la documentación obrante en el expediente remitido junto a la solicitud de Dictamen, son los siguientes:

1. Por Orden de 13 de diciembre de 2007 se efectuó convocatoria de subvenciones para el año 2008 en relación con la aplicación de medidas de ahorro energético y realización de auditorias energéticas en instalaciones municipales, de acuerdo con las Bases establecidas en la Orden de 23 de mayo de 2007.

2. Al amparo de dicha convocatoria, el Ayuntamiento de la Villa de El Sauzal presentó solicitud de subvenciones para financiar la reforma de alumbrado público en la Urbanización Sauzalito, Fases I y II, por importes de 34.966,19 euros y 10.768,61 euros, así como para la sustitución y mejora de alumbrado público de las calles Real Orotava y San Cristóbal (Barrio de Ravelo), por importe de 25.583,77 euros.

3. Por Orden de 19 de junio de 2008 se resolvió la antedicha convocatoria, figurando el Ayuntamiento de la Villa de El Sauzal como receptor de las subvenciones solicitadas para las actuaciones antes indicadas en su término municipal.

4. Sin embargo, la Consejería inicia el 6 de abril de 2009 procedimiento de no exigibilidad de abono de las subvenciones concedidas al no presentar los preceptores justificación de la realización de proyectos o no presentar documentación preceptiva relativa a la puesta en servicio de las instalaciones, pero sin especificar la omitida por las Corporaciones afectadas.

Al respecto el Ayuntamiento interesado presentó las siguientes alegaciones:

- Por lo que se refiere a la sustitución y mejora de alumbrado público de las calles Real Orotava y San Cristóbal (Barrio de Ravelo), manifiesta su conformidad a la

decisión habida cuenta que, con fecha 22 de julio de 2008, el propio Ayuntamiento había presentado escrito ante la Consejería renunciando al cobro de la subvención concedida para la financiación de este Proyecto.

- En cuanto a la otra obra para la que se solicitó y concedió subvención, se alega que el 19 de diciembre de 2008 presentó toda la documentación exigida en la Base Undécima de la Orden de Convocatoria antes del vencimiento del plazo dispuesto para justificar la subvención, sin haberse recibido comunicación alguna para subsanación de eventuales deficiencias.

En este sentido, se observa que se recabó del Ayuntamiento la subsanación de deficiencias respecto a la autorización, conexión y mantenimiento de las instalaciones eléctricas en otro expediente, cumplimentándose el requerimiento con la remisión de tres copias del contrato de mantenimiento y certificado de dirección de obra acreditativo de que tales instalaciones se realizaron conforme a las condiciones de evaluación y sus medidas correctoras del Informe del Instituto Astrofísico de Canarias.

La documentación requerida se aportó el 22 de enero de 2009, dentro del plazo de diez días concedido al efecto, que vencía al día siguiente. Lo que es manifiestamente contradictorio con lo comunicado telefónicamente meses después señalando que, por cierra de ejercicio presupuestario, podía presentarse la documentación hasta el 15 de ese mes y año.

5. Por Orden de 9 de julio de 2009 la Consejería resuelve la pérdida del derecho al cobro de subvenciones concedidas, con inclusión del Ayuntamiento de la Villa de El Sauzal respecto a la de referencia, siendo la causa de la pérdida la no presentación de la documentación de puesta en servicio en el plazo previsto en la Orden de concesión.

Así, se cita como aplicable al efecto el art. 2.1.d) de la Orden de 13 de noviembre de 2008, por la que se regulan las operaciones del cierre del ejercicio 2008 de la contabilidad pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, disponiendo el 15 de enero de 2009 como fecha límite de entrada en Intervención de documentos que correspondiesen a adquisiciones, obras, servicios, prestaciones o gastos en general realizados antes de la expiración del ejercicio presupuestario y con cargo a los respectivos créditos. Consecuentemente, al no constar en el expediente con anterioridad a la citada fecha la documentación justificativa exigida, no cabe declarar justificadas las subvenciones concedidas.

6. Contra esta Orden el Ayuntamiento presentó el 13 de agosto de 2009 recurso potestativo de reposición que fue desestimado mediante Orden de la misma Consejería de 29 de septiembre de 2010.

La desestimación, con aparente incongruencia, se fundamenta ahora en el hecho de que, entre la documentación requerida en la Orden de convocatoria para justificar la concesión de la subvención y proceder a su cobro, está la solicitud de puesta en servicio de la instalación, acompañada del contrato de mantenimiento y de los requisitos para la autorización de aquella en este tipo de instalación eléctrica. Y resulta que el contrato de mantenimiento aportado por la Administración municipal el 22 de enero de 2009 había terminado el día 1 anterior, habiendo transcurrido el plazo máximo de cuatro años desde su inicio, incluidas las prórrogas, establecido por el artículo 198 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

7. En todo caso, está acreditado que el alumbrado público a subvencionar, en la Urbanización Sauzalito, Fases I y II, está ejecutado en su totalidad por la entidad mercantil contratada al efecto por la Administración municipal, tras adjudicárselo la contratación por el pertinente procedimiento. Justamente, de acuerdo con la Base Decimoséptima de la Convocatoria, la subvención con derecho al cobro por el Ayuntamiento se abonaría a dicha empresa.

III

1. El 15 de octubre de 2010 se interpone por el Ayuntamiento el presente recurso extraordinario de revisión contra la Orden de 29 de septiembre de 2010, en los términos antes expuestos.

El Ayuntamiento alega que, antes de notificársele tal Orden el 5 de octubre de 2010, no consta requerimiento de aclaración documental sobre la vigencia del contrato de mantenimiento y que, al día siguiente de la recepción de la notificación, presentó diversa documentación, que adjunta nuevamente. Esta documentación es la siguiente:

- Certificado emitido por la Secretaría del Ayuntamiento, con fecha 1 de octubre de 2010, acreditativo de la emisión de informe técnico de la misma fecha en relación con la continuidad en la prestación del servicio de mantenimiento y conservación del alumbrado público exterior e instalaciones correspondientes por la empresa V.V.O.M.A., S.L., desde el 31 de diciembre de 2008 hasta la formalización de contrato con la empresa E.N., S.A., aduciéndose al respecto que, por razones obvias de

interés general y no habiendo podido el Ayuntamiento proceder a la adjudicación de una nueva contratación del servicio previamente a la finalización del contrato antes vigente, ha de entenderse prorrogado éste tácitamente. Al respecto cabe advertir enseguida que lo reconocido es que la contrata anterior siguió prestando el servicio de mantenimiento y conservación sin contratación, al no realizarse ésta como era debido, alegándose imposibilidad por razón no indicada y, por tanto, desconocida.

- Contrato relativo al servicio formalizado el 24 de noviembre de 2004 con la empresa V.V.O.M.A., S.L., iniciándose su ejecución el 1 de enero de 2005.

- Decreto de la Alcaldía de 20 de diciembre de 2006 por el que se procede a la prórroga del contrato por dos años hasta el 31 de diciembre de 2008.

- Documentación acreditativa de la alegada prórroga tácita del contrato, incluyendo escritos de 21 de octubre de 2009 a la contrata, requiriéndole entrega de documentación para proceder a la entrega del servicio, y de 28 de octubre de 2009, emplazándola para tal entrega dos días más tarde, en orden a efectuar la recepción formal conforme dentro del mes siguiente.

- Contrato de servicio formalizado el 12 de noviembre de 2009 con la empresa E.N., S.A.

El Ayuntamiento, en suma, considera que la Orden recurrida ha incurrido en error porque existía contrato de mantenimiento y conservación con la empresa V.V.O.M.A., S.L. en el momento de la presentación de la documentación requerida por la Consejería, el 22 de enero de 2009 como se infiere de dicha documentación, que debía conocer la Consejería al dictar tanto la Orden de 9 de julio de 2009, como la de 29 de septiembre de 2010.

Añade que cumple a su entender todos los requisitos exigidos legalmente para tener derecho al cobro de la subvención concedida, sin estar incurso en causa alguna prevista normativamente de reintegro de subvenciones. Además, aduce falta de proporcionalidad entre la medida adoptada por la Administración autonómica y el fin que se pretende alcanzar, citando al efecto el art. 37 de la Ley General de Subvenciones, así como diversa jurisprudencia sosteniendo que ha de estarse al cumplimiento de la inversión para la que se otorgó la subvención y al de la finalidad de su concesión, con preferencia a criterios formalistas, como el incumplimiento de plazos.

2. La Propuesta de Resolución estima el recurso al entender que concurre en el presente caso la causa 2ª del artículo 118.1 LRJAP-PAC; esto es, que existe al efecto el error alegado por la Corporación, pues, aunque el contrato del servicio de mantenimiento y conservación del alumbrado eléctrico había finalizado el 1 de enero de 2009, es lo cierto que, según los documentos aportados, está probado que el servicio siguió prestándose por la empresa anteriormente contratada al respecto, tras realizar la reforma de las instalaciones con el fin de ahorro del que se trata, en la Urbanización El Sauzalito I y II, hasta que se formalizó el nuevo contrato administrativo con fecha 12 de noviembre de 2009.

En este orden de cosas, justifica también esta decisión en la doctrina antiformalista de los Tribunales de Justicia en materia de subvenciones, siendo lo relevante para su abono o no devolución la realización de la actividad objeto de subvención y que, por ende, el dinero público percibido o a percibir se haya destinado a la finalidad de la actividad subvencional de la Administración, primando sobre cuestiones formales.

IV

1. El recurso de revisión es expresamente adjetivado como extraordinario por el art. 118.1 LPAC. Por eso, cabe únicamente contra actos administrativos firmes en vía administrativa, que no pueden ser impugnados en esta vía mediante recursos administrativos ordinarios, y no cabe que, como éstos, se funden en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (art. 107 LRJAP-PAC, en relación con los arts. 62 y 63 de ésta), sino que han de serlo exclusivamente en las causas tasadas del art. 118.1 LRJAP-PAC. Consecuentemente, en coherencia con estas previsiones y su finalidad, es exigible la interpretación restrictiva de estas, tratándose de destruir la firmeza de un acto administrativo, y, por ende, en su presentación no cabe suscitar cuestiones propias de los recursos ordinarios.

En esta línea, de justificarse el recurso en la circunstancia reseñada en el primer apartado del art. 118.1 LRJAP-PAC, debe tratarse de un hecho en el sentido propio y exclusivo del término, como realidad independiente de toda opinión o criterio particular, y que resulte, con toda evidencia e incuestionabilidad, del expediente y en referencia desde luego a los presupuestos fácticos determinantes de la decisión administrativa. Por ello, no cabe argüir al respecto cuestiones jurídicas, incluyendo la apreciación de la trascendencia o alcance jurídico de los hechos, la valoración de las pruebas o la interpretación de normas aplicables, sin poder aducir como tal errores jurídicos por más que sean importantes y patentes, pues se debe determinar

su existencia sin traer a colación en ningún momento el Derecho de aplicación al caso o argumentación jurídica para apreciarlo o sostenerlo.

En cambio, el error de derecho consiste en la incorrecta aplicación de normas jurídicas a los hechos, que se representan y aprecian de modo congruente con la realidad, pero se han calificado jurídicamente de modo equivocado, se ha deducido equivocadamente su relevancia o trascendencia jurídica o, en fin, se les subsume en el supuesto de hecho diferente, correspondiente a una norma no aplicable a los mismos.

Podría aducirse que esta tesis es también aplicable a la circunstancia del apartado segundo del art. 118.1 LRJAP-PAC, pero, a diferencia de la anterior, solo se habla aquí de error de la resolución, sin calificarlo de hecho. Además, los documentos que lo evidencian, debiendo conectarse con el asunto desde luego porque han de ser esenciales para su resolución, pueden ser tanto posteriores como anteriores a que se dicte ésta. No obstante, el error ha de referirse también a los presupuestos o antecedentes en los que se basa el resuelvo, incluido el fundamento jurídico en cuanto demostradamente inutilizable de forma clara y sin esfuerzo argumentativo o disparidad de criterio jurídico utilizable. En este sentido, los documentos en cuestión o el hecho al que se refieren no pueden ser conocidos por el recurrente, pues entonces debió usarlo en su momento.

En definitiva, como ha señalado la STS de 9 de octubre de 2007, el recurso de revisión está concebido para remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción y, desde luego, no puede promoverse como consecuencia únicamente de un error iuris.

2. Pues bien, a la vista las circunstancias alegadas, puede en principio discutirse que se trate de cuestiones fácticas y no jurídicas, sin poderse subsumir en las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 118.1 LRJAP-PAC.

Así, aun suponiendo que en efecto errase la resolución desestimatoria de la reposición, se debería a que se fundó en argumentos erróneos por razones exclusiva, fundamental o mayormente jurídicas, incluyendo tanto la supuesta prórroga tácita del contrato de mantenimiento, por más que, en realidad, no cabe sostener tal argumento porque no existe legalmente prórroga táctica y, en este caso, tal prórroga sería ilegal. Y lo mismo cabe decir de la desproporción en la medida respecto al fin a alcanzar con la subvención o la relevancia finalista de ésta, con cita de

jurisprudencia, primando el objetivo o resultado frente a elementos formales de la concesión de la subvención por su naturaleza antiformalista.

No obstante, cabría obviar esta objeción respecto a la causa segunda que, de hecho, es la seguida en la Propuesta de Resolución estimatoria que se analiza. Y ello, en cuanto que, siendo el Ayuntamiento el solicitante y beneficiario formal de la subvención y, por ello, legitimado para interponer el recurso que trae causa, la realidad es que existe documentación que acredita un hecho esencial al caso y es que se prestaba el servicio de mantenimiento por el Ayuntamiento, aunque fuese indirectamente y no legalmente mediante la empresa de referencia, siendo lo determinante al respecto, especialmente en relación con el titular de la subvención, tal prestación.

En otras palabras, antes de la interposición del recurso de reposición desestimado contra la Orden de exclusión del cobro, pero sobre todo después, la Consejería conocía, al haberse presentado la documentación pertinente, que no sólo se había realizado por contrata la obra de reforma del alumbrado afectada, sino que existía contratación para el mantenimiento y conservación del mismo y sus instalaciones con tal empresa, previamente a tal obra y también después de culminarse. Por eso, tras informarse al efecto, consta como hecho incuestionable la prestación del servicio correspondiente, que es la condición esencial para el otorgamiento de la subvención para la obra de reforma por decisión, ciertamente lógica, de la Administración concedente, aunque su realización sea indirecta sin base legal. Y, puede añadirse que a pesar de que el argumento de prórroga tácita sea cuestionable y, además, inservible a efectos de fundar la revisión.

3. En todo caso, es patente que la circunstancia primera alegada en el recurso no es acogible no solo por lo antes expresado, sino porque la documentación que permite aducirla no estaba incorporada al expediente de la concesión o del recurso de reposición, pese a que, ciertamente y como se dijo, solo se aduce la falta de contrato de mantenimiento al resolverse éste, no advirtiéndolo antes la Consejería al Ayuntamiento.

Por lo que se refiere a la circunstancia asumida por la Propuesta de Resolución, la segunda del art. 118.1 LRJAP-PAC, cabe aducir, por más que con dificultad como se advirtió, que el hecho que pudiera considerarse esencial para conceder y cobrar la subvención es la prestación efectiva del servicio de mantenimiento. Pero sucede que los documentos esenciales para resolver que demuestran el error de la resolución, aunque puedan ser posteriores como aquí ocurre, se refieren a actuaciones que

conocía el Ayuntamiento recurrente y que, por eso precisamente, los manifiesta uno de sus Servicios, de modo que podría advertirse que pudo alegarlo en la reposición o incluso antes.

La jurisprudencia en relación con esta causa ha venido estableciendo de manera constante que la circunstancia 2ª del artículo 118.1 está referida a nuevos documentos y solamente merecen esta consideración aquellos cuya obtención no estaba al alcance del interesado en el momento en que fue dictada la resolución impugnada (STS de 26 de octubre de 2005), de tal manera que no procede la estimación del recurso cuando tales documentos han podido ser presentados por el interesado en el curso del procedimiento por ser conocidos al estar a su disposición (SSTS de 26 de abril de 2004, 16 de febrero de 2005, 31 de octubre de 2006, 26 de septiembre de 2008, 29 de abril de 2009, y 22 de mayo y 21 de octubre de 2009) o cuando sean documentos posteriores referidos a hechos previos conocidos por el interesado.

Consecuentemente y de acuerdo con lo antes observado, tras la reposición por el Ayuntamiento no parecen cumplir las exigencias del precepto aplicable según jurisprudencia reiterada al respecto. Así, siendo posteriores a su resolución pero con incidencia en el caso, como puede y ha de ser, sin embargo los produce el propio interesado y conciernen a una cuestión por él conocida y mantenida en el tiempo que pudo alegar durante la tramitación del recurso de reposición, habiendo antes remitido en el propiamente subvencional, documentación relativa a un contrato de mantenimiento ya finalizado y, por tanto, sin poderse conocer, en principio, por la Consejería que el servicio se continuaba prestado en 2008.

Es más, cabría sostener que la existencia de la prestación del servicio de conservación, acreditada ahora documentalmente del modo indicado, no supone error en la Orden resolutoria de la reposición porque ello no significa la incorrecta aplicación de la Orden de Convocatoria al exigir, como justificante de la concesión o, en su caso, cobro de la subvención, la existencia de un contrato para realizar tal servicio en caso de prestarse indirectamente por el Ayuntamiento, conservándose debidamente la obra realizada a subvencionar como condición discrecionalmente puesta por el concedente pero que es razonable para garantizar la finalidad subvencional, aunque el objeto directo fuese otro.

Y es que no sólo el contrato remitido al efecto había finalizado definitivamente, sin posibilidad legal de continuar en forma alguna, y mucho menos tácita, sino que la

prestación se realizaba, por consiguiente, irregularmente al no existir contratación, no habiendo contrato que remitir y conociendo tal circunstancia sólo el Ayuntamiento, sino que la causó y toleró sin justificación posible, que ni siquiera se aduce debidamente, y sin que en esta situación pueda sostener que es exigible a la Consejería que requiera al Ayuntamiento algún tipo de subsanación.

Sin embargo, siendo todo lo antedicho irrefutable, en lo que aquí importa ha de tenerse en cuenta el real cumplimiento, aunque de modo inadecuado, de la prestación del servicio de referencia, de modo que se han cumplido, en efecto, las condiciones exigidas para la concesión y el subsiguiente cobro de la subvención de carácter esencial y determinante, cuales son la obra realizada y su mantenimiento.

Y también que, aunque el Ayuntamiento no ha actuado debida y diligentemente, perjudicando además con ello a la empresa beneficiaria finalmente de la subvención, que ha cumplido satisfactoriamente con sus obligaciones frente al mismo, a causa de una irregular fundamentación de la Orden resolutoria de la reposición, en cuanto incongruente, como se dijo, la Administración municipal no tuvo ocasión de reaccionar contra el presupuesto fáctico fundamental de tal Orden hasta después de serle notificada, cobrando sentido que entonces justifique documentalmente que el mantenimiento se continúa realizando en el período exigible, cumpliéndose la antedicha condición y, por tanto, no procediendo la desestimación resuelta, pese a no hacerse contractualmente.

Por consiguiente, en los términos expuestos y solamente de acuerdo con ellos, cabe estimar el recurso extraordinario de revisión presentado, con incidencia de la circunstancia segunda del art. 118. LRJAP-PAC en este supuesto, en cuanto que se evidencia error en la desestimación del recurso de reposición presentado por el Ayuntamiento a la luz de un documento esencial para resolver aparecido cuando tempestivamente pudo serlo, sin proceder además la estimación por las razones aducidas en la PR adicionalmente en todo caso.

Cabe añadir que, de conformidad con lo previsto en el art. 118.2 LRJAP-PAC, siendo estimatoria la Resolución del procedimiento tramitado, el órgano competente ha de pronunciarse también sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido, de modo que ha de hacerlo sobre el cobro de la subvención, acordando su abono a la empresa beneficiaria.

C O N C L U S I Ó N

Procede estimar el recurso presentado exclusivamente por las razones expresadas en este Dictamen, sin ser por ello plenamente conforme a Derecho la Propuesta de Resolución analizada, y, de resolverse estimatoriamente, ha de efectuarse pronunciamiento sobre el cobro de la subvención de referencia.