



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 0 8 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 28 de junio de 2016.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de revisión de oficio (parcial) de la Orden n.º 190, de 20 de abril de 2015, por la que se encomienda a la sociedad mercantil pública G.P.T.M., S.A., la actuación denominada «Planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad del sector turístico»; así como de las Órdenes n.º 91, de 12 de noviembre de 2015, y n.º 118, de 27 de noviembre de 2015, modificativas de la primera (EXP. 176/2016 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la encomienda otorgada a la sociedad mercantil pública G.P.T.M., S.A. para la redacción de diversos documentos técnicos relacionado con las distintas fases de la tramitación de los Planes de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad del Sector Turístico (PMMI).

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Consejera para solicitarlo resulta de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

3. Los actos que se pretenden revisar fueron dictados por el titular de la extinta Consejería de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial. Por su contenido, firmeza y efectos, se trata de actos en los que concurren los requisitos exigidos por el art. 102.1 LRJAP-PAC para que puedan ser revisados de oficio.

4. La Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad es la competente para incoar y resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos de su Departamento, de conformidad con lo previsto en el art. 29.1.g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, en relación con el art. 7 del Decreto 103/2015, de 9 de julio, del Presidente, por el que se determinan el número, denominación y competencias de las Consejerías.

5. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impida un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, constando haberse realizado la audiencia a G.P.T.M., S.A., parte interesada de la relación jurídica que ha mostrado su conformidad con la nulidad parcial de los actos que se pretende; asimismo, se ha recabado el informe del Servicio Jurídico respectivo.

II

1. Del examen de los antecedentes que se exponen en la Orden de la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, firmada electrónicamente el día 27 de noviembre de 2015, se desprende la siguiente secuencia:

«1º.- Con fecha 26 de marzo de 2015, se formuló propuesta por el Jefe de Servicio Técnico de Planeamiento Urbanístico Oriental con el visto bueno del Director General de Ordenación del Territorio para elevar al titular de la extinta Consejería de Obras Públicas, Transporte y Política Territorial la Resolución para encomendar a la empresa pública G.P.T.M., S.A. la realización de la encomienda PMMI.

2º.- Con fecha 6 de abril de 2015, se emite informe jurídico en sentido favorable del borrador de la Orden nº190 al titular de la extinta Consejería de Obras Públicas, Transporte y Política Territorial de dicha encomienda.

3º.- El presente expediente está sujeto a función interventora, tal y como dispone el Acuerdo de Gobierno de 23 de diciembre de 2014, por el que se suspende durante el ejercicio 2015, para determinadas actuaciones, el Acuerdo de Gobierno por el que se sustituyó la función interventora por el control financiero permanente y se adoptan medidas de seguimiento sobre la ejecución del presupuesto de gastos del sector público con presupuesto

limitativo para contribuir a su racionalización y al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria.

4º.- El expediente fue remitido a la Intervención Delegada con fecha 7 de abril de 2015, emitiéndose el informe de fiscalización previa de la Intervención General con fecha 29 de abril, formulando unos condicionamientos que, de no cumplirse, conllevarían al correspondiente reparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento de organización y funcionamiento de esa Intervención General.

5º.- Una vez cumplidos los condicionamientos establecidos, la Intervención General emite informe favorable del expediente, emitiéndose con fecha 30 de abril de 2015 Orden nº 190 de encomienda a G.P.T.M., S.A. denominada el PMMI».

2. Por lo que respecta las actuaciones realizadas tras la formalización de la encomienda, cabe resaltar las siguientes:

A) Con fecha 19 de junio de 2015, se emite Resolución nº 215/2015, del Director General del Tesoro y Política Financiera, por la que se concede un anticipo de Tesorería a la empresa pública G.P.T.M., S.A., por importe de 1.897.702,00 euros.

B) Por parte de la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad y de la empresa pública G.P.T.M., S.A., se realizó un estudio real de la ejecución de los PMMI para el ejercicio correspondiente al año 2015, constatando que era conveniente y necesario realizar cambios y, en consecuencia, modificar actuaciones y reajustar económicamente la encomienda, resultando la modificación de la Orden nº190, de 30 de abril de 2015, por la Orden nº91, de 12 de noviembre de 2015. Se realizó un ajuste en el precio de la encomienda en la cantidad que asciende a 1.660.375,00 euros.

C) Mediante las Resoluciones números 82/2015, 113/2015 y 215/2015, del Director General del Tesoro y Política Financiera, se le conceden a G.P.T.M., S.A. tres anticipos de tesorería por importe de 3.813.377,00 euros, con cargo a varias encomiendas de gestión.

D) El Decreto 103/2015, de 9 de julio (BOC nº133 de 10 de julio) del Presidente, dispone que la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad asuma las competencias que en materia de política territorial tenía atribuidas legal y reglamentariamente la Consejería de Obras Públicas, Transporte y Política Territorial.

E) La interesada, G.P.T.M., S.A., solicita ampliación del plazo para la finalización de los trabajos hasta el día 15 de diciembre de 2015, constatando por parte de la Consejería competente que es conveniente y necesario realizar dicha ampliación, por

lo que se modificó la Orden nº190 de 30 de abril de 2015, señalando que los trabajos deberán estar finalizados el 15 de diciembre de 2015.

F) Con fecha 16 de diciembre de 2015, G.P.T.M., S.A. presenta en formato electrónico las facturas correspondientes a la citada encomienda, así como una relación detallada de los trabajadores que han participado en la encomienda con el número total de horas imputadas al mes por cada uno. La Jefa de Servicio Económico constata que en dichas facturas figuran trabajadores con horas realizadas con anterioridad a la Orden de la encomienda.

G) Con fecha 15 de enero de 2016, mediante informe-propuesta se realiza el pago por compensación del anticipo de tesorería, líquido 0, de las facturas correspondientes a dicha encomienda de los trabajos realizados a partir de la Orden de la encomienda, que ascienden a un total de 1.156.625,00 euros, quedando sin compensar aquellas facturas con trabajos realizados con anterioridad a dicha Orden. El total de las facturas de la encomienda que quedaron sin compensar con el anticipo de tesorería asciende a 503.750,00 euros.

H) Por tales razones, el antedicho informe-propuesta se elevó a la Consejería competente por si consideraba oportuno incoar el procedimiento de revisión de oficio de parte de la encomienda que quedó sin compensar. Por lo que el Jefe de Servicio de apoyo a la Secretaría General Técnica, mediante nota de régimen interior de 29 de enero de 2016, solicita de la Jefa de Servicio Económico la relación detallada de los trabajadores que han participado en la encomienda, con el número total de horas imputadas al mes por cada uno, indicando que dicho documento es fundamental para acreditar la nulidad de la encomienda. El mismo es remitido el 2 y 5 de febrero de 2016, respectivamente.

3. Registrado electrónicamente el 13 de abril de 2016, se propone la incoación del procedimiento de revisión de oficio invocándose en ella la vulneración del art. 62.1.c) LRJAP-PAC, e indicando la nulidad parcial de la Orden nº190 así como de las Órdenes nº91 y nº118, modificativas de la primera, ya que al incluir en dicha encomienda actuaciones cuyos trabajos ya estaban realizados y entregados se contraviene lo dispuesto en el art. 32.4 de la Ley 4/2012, de 25 de junio, de Medidas Administrativas y Fiscales, que exigen que la formalización de la encomienda sean anteriores al inicio de los trabajos encargados, por lo que la encomienda nació viciada, pudiendo ser nula al concurrir en ella una imposibilidad de contenido original. Todo ello con base en los siguientes hechos verificados que se exponen a continuación.

En efecto, tal como se desprende del expediente analizado y consta en la Propuesta resolutoria de este procedimiento de revisión de oficio (véase su consideración jurídica tercera), algunos de los trabajos facturados por G.P.T.M., S.A. con cargo a la Orden nº 190 ya habían sido entregados con anterioridad a la emisión de dicha Orden de encomienda. Concretamente, han sido acreditadas las siguientes fechas de entrega en la extinta Consejería de Obras públicas, Transporte y Política Territorial:

a) en relación con el PMMI de Morro Jable, documento para la segunda información pública y contestación de alegaciones (factura nº 202), 29 de enero y 29 de abril de 2015, respectivamente; b) en el PMMI de la Caleta de Fuste, documentos inicial y subsanado para la información pública (factura nº 204), 1 de diciembre de 2014 y 29 de enero de 2015, respectivamente; c) el PMMI de Caleta de Fuste, Memoria Ambiental (factura nº 206), de fecha 29 de abril de 2015; d) el PMMI de Arona (factura nº 208), documentos inicial y subsanado, de fecha 26 de noviembre de 2014 y 29 de enero de 2015, respectivamente; el PMMI de Costa del Silencio-Tembel, documento para la información pública, inicial y subsanado (factura nº 211), de fecha 4 de diciembre de 2014 y 28 de enero de 2015, respectivamente; e) el PMMI de Adeje, documentos para la información pública, inicial y subsanado (factura nº 214), de 27 de noviembre de 2014 y 29 de enero de 2015, respectivamente; f) el PMMI de La Caleta, Playa Paraíso-Callao Salvaje, documentos para la información pública, documentos inicial y subsanado (factura nº 218), de fechas 28 de noviembre de 2014 y 29 de enero de 2015, respectivamente; g) el PMMI de Costa de San Miguel, documentos para la información pública, documentos inicial y subsanado (factura nº 222), de 28 de noviembre de 2014 y 27 de enero de 2015, respectivamente; h) y el PMMI de Costa Mogán, memoria ambiental (factura nº 230), de 29 de abril de 2015.

Con todo, y como se señaló anteriormente, la incoación del procedimiento de revisión de oficio tiene un alcance parcial, referido exclusivamente al encargo de aquellos trabajos que estaban ya realizados y entregados a la fecha de la formalización de la encomienda, que ascienden al importe de 503.750,00 euros. Por lo que, en coherencia con lo dicho, la invalidez no se transmite a los trabajos restantes que sí fueron llevados a cabo con posterioridad al 30 de abril de 2015 y que fueron definitivamente abonados por importe de 1.156.625,00 euros.

Sin embargo, en la citada Propuesta se indica asimismo que no procede la restitución de prestaciones ni la fijación de indemnización, ya que los trabajos

hechos por G.P.T.M., S.A. por importe de 503.750,00 euros fueron entregados en su día a la Administración correspondiente, por lo que la nulidad del encargo no puede llevar aparejada la restitución de dicha prestación a G.P.T.M., S.A., al tratarse de un trabajo intelectual -redacción de planes urbanísticos- y porque el mismo ya reportó utilidad inmaterial a la Administración autonómica. Asimismo, se entiende que tampoco ha generado enriquecimiento injusto a favor de la Administración implicada porque G.P.T.M., S.A. recibió un anticipo de tesorería en contrapartida a la realización de los trabajos, por lo que tampoco procede indemnizar a la citada sociedad mercantil. Por lo demás, no se le han irrogado daños efectivos, evaluables económicamente e individualizados, por lo que tampoco procede indemnizar en concepto de responsabilidad patrimonial.

4. El 14 de abril de 2016, se acuerda conceder a la entidad interesada el preceptivo trámite de audiencia, notificado oportunamente. Por su parte, G.P.T.M., S.A., mediante escrito de 25 de abril de 2016, manifiesta que «no procederá a realizar alegaciones ni aportará documento alguno dado que estamos de acuerdo con lo argumentado, por lo que, dado que no puede realizarse la restitución, no procede por tanto la devolución de los 503.750,00 euros, puesto que el trabajo fue realizado».

5. En consecuencia, se emite la Propuesta de Resolución de la Secretaría General Técnica, del procedimiento de revisión de oficio (parcial) de la Orden nº 190, de 30 de abril de 2015, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial, así como de las Órdenes núms. 91 y 118, modificativas de la primera.

Finalmente, se emite la Propuesta de Orden de la Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa, previamente informada favorablemente por el Servicio Jurídico, de acuerdo con el art. 20 e) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

III

1. En resumen, la Propuesta de Resolución de dicho procedimiento concluye efectivamente declarando la nulidad parcial de la Orden nº190, de 30 de abril de 2015, del entonces Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial, por la que se encomienda a G.P.T.M., S.A., la actuación denominada «Planes de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad del Sector Turístico»; así

como de las Órdenes nº91, de 12 de noviembre de 2015, y nº 118, de 27 de noviembre de 2015, modificativas de la primera, exclusivamente en los trabajos señalados, e indicando que la nulidad declarada no lleva aparejada la restitución de las prestaciones de ambas partes, y, por tanto, no conlleva el reintegro del importe anticipado a G.P.T.M., S.A., porque los trabajos realizados por la citada entidad por importe de 503.750,00 euros fueron entregados en su día a la Administración correspondiente, por lo que tampoco lleva aparejada la restitución de dicha prestación a G.P.T.M., S.A.

Al no exigirse la restitución de las prestaciones, no se genera enriquecimiento injusto a favor de la Administración autonómica, no procediendo indemnizar por tales motivos a G.P.T.M., S.A., sin que tampoco se le haya irrogado otro tipo de daños efectivos, evaluables económicamente e individualizados, no procediendo en consecuencia indemnizar a dicha sociedad mercantil en concepto de responsabilidad patrimonial extracontractual.

2. Abordando el fondo del asunto, procede la revisión de oficio parcial de tres actos administrativos por los hechos expuestos, relativos a la Orden nº 190 y las Órdenes posteriores núms. 91 y 118, al transmitirse la nulidad parcial que concurre en la primera a las dos últimas que a su vez dependen de la validez de la primera, y porque las dos Órdenes modificativas redundan en la mencionada incongruencia temporal al venir referidas a todos los trabajos -inclusive los entregados-, y por fijar nuevo plazo para la entrega de unos trabajos que ya habían sido entregados y aprovechados por la Administración autonómica, plazo evidentemente irreal en los términos expuestos.

3. Por lo que se refiere a la causa de nulidad de la Orden nº 190, de 30 de abril de 2015, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial, por la que se encomienda expresamente dicha actuación a G.P.T.M., S.A., la Propuesta de Resolución considera que la misma contraviene lo dispuesto en el art. 32.4 de la Ley 4/2012, de 25 de junio, de Medidas Administrativas y Fiscales, que exige que la formalización de la encomienda y su notificación sean anteriores al inicio de los trabajos encargados, pues la comunicación del encargo supone la orden de inicio de la encomienda. Ello hace que la referida Orden y por consiguiente las Órdenes modificativas de la misma estén incursas en vicio de nulidad al tener un contenido imposible desde el punto de vista jurídico y físico-temporal [art. 62.1.c) LRJAP-PAC], ya que el 30 de abril de 2015 se encomendó la realización de un trabajo que ya

estaba finalizado y entregado con anterioridad, confiriendo incongruentemente a dicha sociedad mercantil un plazo de entrega que finalizaba el 15 de diciembre de 2015.

4. La determinación de la casuística de los de actos nulos por su contenido imposible ha sido apreciada con prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, para evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico.

En palabras del Tribunal Supremo, «Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La Jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de este (...)» (STS de 3 de diciembre de 2008, con cita de las Sentencias de 6 de noviembre de 1981 y 9 de mayo de 1985).

El Consejo de Estado, en su Dictamen 246/2007, de 15 de marzo, que se remite al Dictamen 1.531/1996, de 30 de mayo- señala que «la revisión de oficio, sobre todo si es por causa de nulidad de pleno derecho, es una medida tan drástica e implica una potestad tan exorbitante que debe aplicarse con mucho tiento. Así lo viene advirtiendo este Consejo, con apelación a la Jurisprudencia, en numerosos dictámenes (como el 42.107/1979, de 23 de marzo; el 297/1993, de 22 de julio; o el 1.387/1994, de 21 de septiembre) (...). Este rigor, que no admite interpretaciones extensivas ni aplicación a supuestos de hecho dudosos, es más exigible si cabe cuando -como ocurre en el presente caso- se invoca como causa de nulidad del acto su contenido imposible, por la razón que se expone en el Dictamen 45.742, de 7 de junio de 1984, donde se dice: “El Consejo de Estado se ha mostrado cauteloso a la hora de apreciar la causa de nulidad consistente en el contenido imposible de los actos administrativos, tratando de evitar en concreto que a través de tal causa se canalice todo supuesto de ilegalidad o prohibición”. Así pues, la imposibilidad del contenido apunta más al aspecto material que al legal. Es imposible lo que materialmente no se puede realizar, bien sea porque va contra las leyes físicas o bien porque parte de un supuesto de hecho irreal o inexistente».

Por otra parte, este Consejo Consultivo ha mantenido la línea que acaba de ser reproducida en relación con esta causa de nulidad. Así, en los DDCCC 376/2011, 599/2012 y 12/2016 se señaló lo siguiente:

«El Tribunal Supremo (Sentencias de 31 de mayo de 2012, 3 de diciembre de 2008, 17 de enero de 2005 y 19 de mayo de 2000, entre otras) señala que la nulidad de pleno Derecho de actos administrativos que tengan un contenido imposible prevista en el artículo 62.1.c) de la LRJAP-PAC es trasunto en el régimen de dichos actos del principio que expresa el artículo 1.272 del Código Civil para los contratos. La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado.

La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de Procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, pero no imposibilidad legal con carácter general, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (arts. 63 LRJAP-PAC y 83.2 de la LJCA), lo que podría ocasionar que por esta vía se llegase a considerar que cualquier acto contrario a la ley es nulo de pleno derecho por tener un contenido imposible por incompatible con la ley; la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto.

Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La Jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de este (Sentencias de 6 de noviembre de 1981 y 9 de mayo de 1985)».

5. Resulta pues evidente que, en aplicación de la mencionada doctrina jurisprudencial y consultiva sobre el acto de contenido imposible, este Consejo ha de concluir, al igual que lo hace la Propuesta de Resolución, que concurre en la Orden nº 190 la causa de nulidad esgrimida, ya que es obvio que estamos ante una imposibilidad de orden físico o material, puesto que se ordena la realización de un encargo que ya se había efectuado y recibido a satisfacción por la Administración, por lo que la realización del mismo encargo y a la misma entidad hace que el acto por el que tal encargo se efectúa esté afectado por una contradicción lógica, resulte totalmente inadecuado y parta de un supuesto irreal.

6. Por lo que se refiere al carácter parcial de nulidad pretendida, existiendo la conformidad de G.P.T.M., S.A., se considera ajustada a Derecho por cuanto en puridad los trabajos, aunque fueran realizados y entregados por la citada Sociedad con anterioridad a la encomienda, fueron aprovechados y utilizados justamente por la Administración autonómica al haber concedido a G.P.T.M., S.A. el anticipo de tesorería por los trabajos ya realizados, no pudiendo exigirse el reintegro del mismo. Actuar de forma contraria generaría un enriquecimiento injusto en favor de la Administración Pública y en perjuicio de la indicada Sociedad, que además no tendría el deber jurídico de soportar por lo que podría reclamar, en su caso, por la responsabilidad en la que incurriría la Administración implicada.

No obstante, no es ese el caso porque no se ha irrogado daño alguno a G.P.T.M., S.A. que pudiera deducirse de los arts. 102.4 y 139.2 LRJAP-PAC, sino que incluso la citada entidad muestra su conformidad con la decisión que se pretende, no apreciándose elemento injusto alguno que se derive de la declaración de la nulidad en los términos referidos. En definitiva, no concurre responsabilidad patrimonial.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de revisión de oficio (parcial) de la Orden nº 190, de 20 de abril de 2015, por la que se encomienda a la sociedad mercantil pública G.P.T.M., S.A. la actuación denominada «Planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad del sector turístico»; así como de las Órdenes nº 91, de 12 de noviembre de 2015, y nº 118, de 27 de noviembre de 2015, modificativas de la primera.