



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 357/2016

(Sección 2ª)

La Laguna, a 25 de octubre de 2016.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo, acordado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 15 de septiembre de 2015, respecto al abono a la entidad mercantil P.M.I., S.A. de un importe ascendente a 8.176,59 euros en concepto de gastos generales por la resolución del contrato de ejecución de la obra «Escaleras de conexión y acondicionamiento de espacios libres entre la calle Mocán y calle El Pino y entre la calle El Drago y la calle La Galletana, T.M. Mogán» (EXP. 327/2016 RO)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

El objeto del presente dictamen, solicitado por escrito el 19 de septiembre de 2016 (registrado de entrada el 22 de septiembre de 2016) por la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio a fin de declarar la nulidad del acto administrativo acordado por la Junta de Gobierno Local el 15 de septiembre de 2015, respecto al abono a la entidad mercantil P.M.I., S.A. de un importe ascendente a 8.176,59 € en concepto de gastos generales por la resolución del contrato.

La legitimación de la Alcaldesa-Presidenta para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los artículos 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo, en relación el primer precepto con el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), ley aplicable en virtud de lo que dispone la disposición transitoria

---

\* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

tercera, letra a), en relación con la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Además, de conformidad con lo previsto en este precepto y en garantía de los principios de legalidad y seguridad jurídica, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida.

## II

Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

- El 21 de octubre de 2014, la Junta de Gobierno Local acuerda, entre otras cuestiones, aprobar el proyecto de la obra «Escaleras de conexión y acondicionamiento de espacios libres entre la calle Mocán y calle El Pino y entre la calle El Drago y la calle La Galletana, T.M. Mogán», aprobándose, el 2 de diciembre de 2014 el pliego de cláusulas administrativas particulares.

- Por Decreto de la Alcaldía nº 1074/2015, de 8 de abril de 2015, se declara válido el acto de licitación proponiendo como adjudicataria a la entidad P.M.I., S.A., por un importe SIN I.G.I.G de CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (198.597,44 euros), correspondiendo un IGIC del 0%, que asciende, consecuentemente, a CERO EUROS, una vez reconocida tal aplicación por Resolución de la Administración de Tributos Interiores y Propios de la Administración de Las Palmas, de 21 de noviembre de 2014. Se considera la oferta presentada por dicha entidad como la más ventajosa, de conformidad con el orden decreciente en que han quedado clasificadas las ofertas presentadas y admitidas, atendiendo a las fases y criterios de selección señalados en el pliego.

- La adjudicación del contrato a la citada entidad se adoptó en virtud del Decreto de la Alcaldía nº 1225/2015, de 22 de abril de 2015.

- El 5 de mayo de 2015, la Junta de Gobierno Local acuerda, entre otros asuntos, designar al técnico municipal D.º A. S. L. (arquitecto) como Director de Obra y a F.J.R.B. (ingeniero técnico municipal) coordinador en materia de seguridad y salud).

- El contrato se formalizó el 14 de mayo de 2015, firmándose el acta de comprobación del replanteo, viable, de la obra el 12 de junio del mismo año, siendo

remitido al Servicio de Intervención, junto con el pliego de cláusulas administrativas, firmado por el contratista, el 20 de mayo de 2015.

- Mediante Providencia de la Alcaldía de 16 de junio de 2015, se dispone que se emita informe jurídico sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para llevar a cabo la resolución del contrato al ser «necesario por el interés público modificar la redacción del proyecto de obra (...) y, por ende su ejecución, es por lo que se insta la resolución del contrato (...)». Tal informe se emite el 17 de junio de 2015, por la técnico de Administración General.

- Por Decreto N° 1904/2015 de 17 de junio, se acordó la incoación de procedimiento de resolución del contrato, dando audiencia al contratista, lo que se le notifica el 25 de junio de 2015. Asimismo, se solicitó informe de los servicios municipales sobre la valoración de los daños, perjuicios y aspectos económico a liquidar, así como informe de la Intervención sobre los aspectos económicos del procedimiento en cuanto a la liquidación e indemnizaciones y perjuicios al contratista, en su caso.

- El 24 de junio de 2015 se emite por la Intervención General informe (folio 169) en relación con la resolución del contrato en el que se señala, entre otras cuestiones:

«El expediente de resolución no está sometido a fiscalización previa ni a informe de Intervención», considerando que «sólo es preceptivo el informe jurídico y el dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la respectiva Comunidad Autónoma en caso de que se formule oposición por el contratista», entendiéndose, asimismo, que «al ser la decisión sobre la resolución del contrato una cuestión jurídica y técnica, la fiscalización de intervención se ha considerado innecesaria en la normativa en vigor», e informando que «tanto la liquidación del contrato como la indemnización en el punto cuarto se imputaría al saldo del crédito disponible por la parte del contrato no ejecutado».

- El 15 de julio de 2015, la entidad P.M.I., S.A. presenta escrito en el que reclama al Ayuntamiento la cantidad de 25.248,32 € por los gastos derivados y por el lucro cesante ocasionados por la cancelación del contrato.

- Requerido informe técnico el 24 de abril de 2015, emitido el 30 de julio de 2015, el técnico municipal, A.S.L., entre otras cuestiones expone que, puesto que NO SE HA EJECUTADO NINGUNA OBRA, propone, literalmente:

«(...) que las cantidades a abonar sean de 9.929,87 €, que equivale al 6% en concepto de beneficio industrial y la cantidad de 8.176,59 € en concepto de gastos generales repercutidos desde la firma del contrato a la resolución de éste y computando ambos sobre el presupuesto

de ejecución material de las obras dejadas de ejecutar con deducción de la baja de licitación correspondiente, y que entre las dos suman la cantidad de 17.647,59 €». [La suma de ambas cantidades es 18.106,46 euros].

- El 3 de agosto de 2015 se concede trámite de audiencia al contratista, por un plazo de 10 días naturales, de lo que recibe notificación el 5 de agosto de 2015, adjuntándose el informe del técnico municipal citado, sin que se presenten alegaciones.

- El 15 de septiembre de 2015 se emite informe Jurídico (folio 176) que concluye:

«(...) siendo la causa de resolución el desistimiento de la Administración de ejecutar la mentada obra, considerándose que es una prerrogativa de la Administración el acordar o no la resolución del contrato, así como determinar los efectos de dicha resolución, deberá acordarse por la Junta de Gobierno Local, como órgano competente, en el caso de resolverse el contrato, las cantidades a abonar al contratista por las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, pronunciándose expresamente respecto a la devolución de la garantía definitiva depositada por la entidad P.M.I., S.A., a favor de esta Administración por importe de 9.929,87 euros, (carta de pago nº 320150001207 de fecha 21 de abril de 2015), para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mentado contrato, al no considerarse imputable al contratista la resolución del contrato».

- A la vista del mismo, se propone por el Concejal Delegado, el 15 de septiembre de 2015, a la Junta de Gobierno Local, resolver el referido contrato, así como:

«SEGUNDO.- Abonar a la entidad P.M.I., S.A. la cantidad de 17.647,59 €, atendiendo a la propuesta emitida por el Técnico Municipal designado como Director de la Obra.

TERCERO.- Proceder a la devolución de la garantía definitiva depositada por la entidad P.M.I., S.A., a favor de esta Administración por importe de importe de 9.929,87 euros, carta de pago nº 320150001207 de fecha 21 de abril de 2015, para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mentado contrato».

- El 16 de septiembre de 2015, se remite el expediente por la Unidad de Contratación a la Unidad Administrativa de Mantenimiento y Obras Públicas, con la correspondiente propuesta a la Junta de Gobierno Local, en los términos del informe técnico.

- El 30 de noviembre de 2015, se emite informe de Intervención, solicitado con objeto de fiscalizar el pago de la indemnización por la resolución del contrato, resultando tal informe desfavorable. Detecta error aritmético al que antes nos hemos referido, y fundamenta un reparo en la falta de fiscalización del acto que dio origen

a la orden de pago, considerando que la propuesta de resolución que se aprobó por la Junta de Gobierno Local no fue objeto de fiscalización previa, refiriéndose sólo y exclusivamente al punto segundo de dicho acuerdo -reconocimiento de obligación y ordenación de pago que debió ser objeto de fiscalización previa-, no afectando al resto de la resolución «que no está sometido a fiscalización previa». Informa que su ausencia «se considera como uno de los supuestos que conlleva la suspensión del procedimiento (art. 216.2.b) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo).

Dado que en el ámbito local no existe una regulación sobre como actuar cuando se produce esa omisión de fiscalización previa, se debe aplicar con carácter subsidiario lo previsto en el art. 32 del R.D. 2188/1995 por el que se desarrolla el régimen interno de la Intervención General de la Administración del Estado» (sic), según el cual, «en los supuestos en los que, con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo.

(...)

A los efectos de lo dispuesto en el apartado de dicho artículo 32, se informa lo siguiente:

“a) Independientemente del error aritmético que se ha detectado y que podría ser corregido como tal sin mayor problema, la propuesta del técnico para que se abone 8.176,59 € en concepto de gastos generales no tiene ningún fundamento (...) careciendo de fundamento legal que la Administración le reconozca un derecho a ser indemnizado por los gastos generales ya sea en todo o en parte como hace el técnico en función del tiempo transcurrido.

b) No estamos ante unas prestaciones que se hayan realizado como consecuencia de la resolución del contrato, sino ante la incorrecta determinación de una indemnización con arreglo a lo establecido en la normativa.

c) La revisión es posible mediante los procedimientos de revisión de oficio previstos (...). Respecto a la conveniencia de la revisión, se justifica para evitar un quebranto a la Hacienda Pública por abonar una indemnización por un importe superior a la que fija la normativa y para la que el contratista carece de derecho.

(...)

Por tanto, cabe a entender de esta intervención dos opciones:

1. El Departamento que tramitó el expediente se muestra de acuerdo con la Intervención de Fondos y se procede a la subsanación del acto mediante su revisión a través del procedimiento establecido.

2. El Departamento discrepa de lo informado por la Intervención de Fondos y se deberá someter la resolución a la discrepancia al Alcalde-Presidente.

En el resto de la indemnización, por importe de 9.929,87 euros en concepto de beneficio industrial, no existe reparo por esta intervención, entendiéndose que existe un derecho del contratista a su percepción, y en aplicación del principio de eficacia de la Administración (*procede*) proseguir con su tramitación y pago.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 216 y 217(sic) del R.D.L. 2/2014, se SUSPENDE la tramitación del expediente y se devuelve el expediente para su subsanación (...).

Finalmente, el informe jurídico emitido el 17 de junio de 2016, propone la revisión de oficio del acto combatido. Matiza que «en el caso de iniciarse el procedimiento, el transcurso del plazo desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo»; y se extiende en describir el procedimiento para llevar a cabo la revisión.

### III

1. A la vista de los informes de Intervención y del Servicio Jurídico antes referenciados, el 19 de julio de 2016 la Junta de Gobierno Local acordó incoar procedimiento de revisión de oficio «respecto al abono a la entidad P.M.I., S.A. de un importe ascendente a 8.176,59 € en concepto de gastos generales por la resolución del contrato, pudiendo estar dicho acto incurso en causa de nulidad de pleno derecho por prescindirse de las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado, al omitirse en la tramitación del expediente el informe de fiscalización y, resultando que se trata de un acto expreso por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición, suspendiéndose la ejecución del acto».

- Se concede trámite de audiencia al contratista, de lo que recibe notificación el 28 de julio de 2016, sin que conste en el expediente remitido la presentación de alegaciones.

- Mediante Decreto 2396/2016, de 14 de septiembre, se resuelve, entre otras cuestiones, lo siguiente:

«(...) SEGUNDO.- Suspender el cómputo del plazo del expediente de revisión de oficio del acto administrativo acordado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada en fecha 15 de septiembre de 2015, respecto al abono a la entidad mercantil P.M.I., S.A. de un importe ascendente a 8.176,59 € en concepto de gastos generales por la resolución del contrato, iniciándose el cómputo del plazo de la suspensión con la petición del dictamen al Consejo Consultivo de Canarias».

2. Con carácter previo, y puesto que por Decreto de la Junta de Gobierno Local, de 14 de septiembre de 2016, se acuerda la suspensión del procedimiento revisor entre la remisión del expediente para ser dictaminado por este Consejo Consultivo y la recepción del dictamen, en virtud del art. 42.c) LRJAP-PAC debemos reiterar lo expuesto repetidamente por este Consejo en relación con este tema y las revisiones de oficio.

Ciertamente, el art. 42.5.c) LRJAP-PAC, permite suspender el plazo máximo previsto para resolver y notificar los procedimientos. Ahora bien, establece el art. 102.5 LRJAP-PAC, respecto de los procedimientos de revisión de oficio iniciados de oficio, como es el caso, que el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin haberse dictado resolución producirá la caducidad del mismo, como bien advierte el Servicio Jurídico municipal.

La declaración de caducidad pretende evitar la dilación indebida de la Administración actuante en el procedimiento, lo que supone una garantía del ciudadano por la certeza de su duración de la actuación administrativa y del tiempo de respuesta. Por la misma razón, el procedimiento no puede ser artificialmente alargado mediante la suspensión infundada para, de esta manera, impedir la caducidad del mismo.

Los dictámenes preceptivos que emite el Consejo Consultivo de Canarias (institución que no tiene la consideración de Administración activa ni asesora de las Administraciones o del Gobierno) en los procedimientos en los que interviene en defensa de la legalidad no son en puridad informes determinantes del contenido de la resolución que se dictamine, fundamento de la suspensión.

Por ello, este Consejo ha venido manteniendo la doctrina de no avalar la suspensión del plazo de resolución durante el transcurso del tiempo previsto para la emisión del correspondiente dictamen, con la consecuencia de considerar caducado el procedimiento tramitado, si bien, con la excepción del cómputo del plazo del mes de agosto y sus efectos conforme la disposición adicional primera, apartado 1, del

Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, que prevé que durante el mes de agosto de cada año se suspendan sus actividades, salvo para los supuestos expresamente señalados en dicho precepto, no siendo computable a estos efectos el mes de agosto, por no poderse disponer del dictamen preceptivo a causa de esa suspensión de la acción consultiva durante dicho período de tiempo.

## IV

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, fundamenta la Propuesta de Resolución la revisión de oficio en las causas de nulidad establecidas en los apartados e) y f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, al considerar la Administración actuante que se trata de un acto que se ha dictado «prescindiendo de reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado, al omitirse en la tramitación del expediente el informe de fiscalización y, resultando que se trata de un acto expreso por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición, suspendiéndose la ejecución del acto, con el efecto de no reconocerse el derecho del contratista de ser indemnizado por un importe de 8.176,59 € en concepto de gastos generales por la resolución del contrato, al amparo del criterio mantenido por la Intervención municipal».

2. Pues bien, como se ha señalado en repetidos dictámenes de este Consejo, las causas de revisión de oficio son las tasadas en el art. 62 de la LRJAP-PAC, cuya interpretación debe realizarse restrictivamente.

En este caso, no cabe invocar la causa del art. 62.1 e) LRJAP-PAC, no estamos ante la actuación de un órgano colegiado cuyas reglas de funcionamiento se hayan vulnerado, pues, en su caso, el informe de Intervención constituye un requisito procedimental, si bien puede comportar determinadas consecuencias.

En este sentido, se debe señalar que nos encontramos en la fase de liquidación de un contrato que se ha resuelto, en este caso, por desistimiento unilateral de la Administración. Son causas de resolución del contrato de obras, además de las señaladas en el art. 223 de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), las siguientes: c) El desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración (art. 237 TRLCSP).

Por otra parte, se ha de recordar que para la aplicación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC se requiere que el interesado haya



adquirido, en virtud del acto administrativo firme y antijurídico, facultades o derechos sin tener los requisitos que la norma vulnerada establece para su adquisición con carácter esencial.

Así pues, no basta que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieran en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento Jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, no cualesquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos sean necesarios para la adquisición del derecho.

Por ello, se habrá de discernir entre requisitos necesarios y requisitos esenciales, de forma que sólo serán esenciales aquellos que constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto, irreconocible sin ellos, o bien, que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada.

3. En el presente caso, y sin perjuicio de la eventual intervención para la ordenación del pago a la que se refiere el informe de Intervención de 30 de noviembre de 2015, en virtud del cual se inicia el procedimiento de revisión de oficio, lo cierto es que nos hallamos ante una liquidación contractual en la que se pretende abonar al contratista 8.176,59 euros en concepto de «gastos generales por la resolución del contrato». Tal pretensión no tiene amparo en el ordenamiento jurídico de aplicación (art. 239 TRLCSP), y, sobre todo, tampoco se trata de obras ejecutadas pendientes de abonarse, puesto que en el informe técnico de fecha 30 de julio de 2015 se afirma que «NO SE HA EJECUTADO NINGUNA OBRA». Es claro y esencial que presupuesto ineludible para la existencia de una obligación de pago para la Administración es la existencia de un servicio previamente recibido y no abonado.

Por lo tanto, resulta que el contratista adquiriría un derecho de cobro para el que carece de los requisitos esenciales para su adquisición, situación esta subsumible en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho, por lo que se dictamina favorablemente la revisión de oficio instada, por haber incurrido el acto revisable en la causa prevista en el art. 62.1 f) LRJAP-PAC, como se razona en Fundamento IV.