

Boletín informativo de la Intervención General

38
nº

Boletín **informativo**

38
nº

Febrero
1999



JUNTA DE ANDALUCÍA
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
Intervención General

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
INTERVENCIÓN GENERAL

Boletín
informativo
38

CONSEJO DE REDACCIÓN: MAGDALENA ÁLVAREZ ARZA, Consejera de Economía y Hacienda, JOSÉ SALGUEIRO CARMONA, Viceconsejero de Economía y Hacienda. **DIRECTOR:** EDUARDO LEÓN LÁZARO, Interventor General. **REDACTORES JEFES:** ANA ROBINA RAMÍREZ y FRANCISCO OTAL SALVATIERRA, Interventores Adjuntos al Interventor General. **REDACCIÓN:** **Servicio Fiscal:** ROCÍO MARCOS ORTÍZ, Jefa de Servicio, MANUEL IZQUIERDO CUBERO, MARÍA DEL MAR CLAVERO HERRERA, ALFREDO BOLAÑOS RUIZ, FRANCISCO PÉREZ DE AYALA, JOAQUÍN TORRES RUIZ. **COORDINACIÓN:** M^a NIEVES DEL RÍO LÓPEZ. **MECANOGRAFÍA:** MAGDALENA ROMERO CRAMAZOU.

ÍNDICE

DISPOSICIONES NO PUBLICADAS EN B.O.J.A.

II. DE LA INTERVENCIÓN GENERAL Y OTROS CENTROS

II.1. Instrucción conjunta de 2 de Junio de 1.998 de la Dirección General de Presupuestos, de la Dirección General de Planificación, de la Dirección General de Fondos Europeos y de la Intervención General de la Junta de Andalucía, por la que establece reglas para la gestión y coordinación de las intervenciones cofinanciadas con Fondos Europeos en el ámbito de la Junta de Andalucía. 11

SENTENCIA, DICTÁMENES E INFORMES

II. GASTOS

II.1. PERSONAL

II.1.1. PERSONAL EN GENERAL

II.1.1.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía sobre competencia y procedimiento para la declaración de jubilación desde el inicio de la incapacidad temporal 35

II.1.1.2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 15-10-1.998, sobre abono de atrasos de retribuciones reconocidas en sentencia judicial firme. 39

II.1.3. ALTOS CARGOS

II.1.3.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía de 23-10-1.998 acerca de derecho a percibir complemento de antigüedad por Delegados Provinciales, personal laboral. 45

II.1.4. PERSONAL FUNCIONARIO

II.1.4.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía de 23-3-1.998, sobre aplicación en nómina de la Orden de la Consejería de Gobernación y Justicia, de 23



de Enero de 1.998 (BOJA nº 25 de 5-3-1.998), por la que se modifican los complementos de determinados puestos de trabajo de la R.P.T. de la Consejería de Agricultura y Pesca.	51	responsable de no encontrarse el licitador incurso en prohibición de contratar y sobre la interpretación del inciso final del artículo 9.3 del Real Decreto 390/1.996, de desarrollo parcial de la ley de contratos de las administraciones públicas.	77
II.1.4.2. Informe de la Intervención General de fecha 23-7-98, por el que se resuelve reconocimiento de un complemento personal no absorbible con motivo de nombramiento como Delegado Provincial.	53	II.2.1.3. Sentencia de 23 de Febrero de 1.988, del Tribunal Supremo de Justicia del país Vasco, sala de lo Contencioso-Administrativo, sobre adjudicación del concurso convocado para la concertación de los trabajos de conservación y mantenimiento del alumbrado público.	83
II.1.4.3. Informe de la Intervención General de fecha 31-7-98, sobre la procedencia de que la Consejería abone los trienios a los funcionarios de la misma que, estando en la situación administrativa de servicios especiales, desempeñan cargo representativo de Concejal o Diputado Provincial en Corporaciones Locales.	61	II.2.2. CONTRATOS DE OBRAS	
II.1.4.4. Informe de la Intervención General de 31-7-98 sobre reconocimiento de servicios previos mediante prueba testifical.	63	II.2.2.1. 71/97 Dictamen del Consejo Consultivo, expediente sobre modificación del contrato de obras " construcción de un aula para la facultad de informática en el sector Reina Mercedes de la Universidad de Sevilla".	89
II.1.7. OTRO PERSONAL		II.2.2.2. 75/97 Dictamen del Consejo Consultivo sobre " Resolución del contrato suscrito entre el S.A.S. y la firma X, S.A. para la ejecución de las obras del contrato de Salud T-II en Ciudad Jardín (Málaga) ".	97
II.1.7.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía de fecha 29 de Julio, relativo a nombramiento como facultativo interino, especialidad traumatología, al no aportar título alguno ni certificación que justifique la falta de dicho título.	67	II.2.2.3. 142/97. Dictamen Consejo Consultivo acerca del " Expediente sobre formalización de las modificaciones del Contrato de ejecución de obras denominado " Restauración del Convento e Iglesia de Santo Domingo en Ronda (Málaga). Exp. BC.A1.004.29.PC.	105
II.2. CONTRATOS		II.2.2.4. Informe 24/97 Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre revisión de precios en los contratos de obras al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.2 del Decreto-Ley 2/1.964, de 4 de Febrero y su posible vigencia.	113
II.2.1. CONTRATOS EN GENERAL		II.2.2.5. Sentencia de 19 de Febrero de 1.998 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sobre abono de intereses de demora sobre el pago de certificaciones de obra.	119
II.2.1.1. Sentencia de 14 de Octubre de 1.997 del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sobre la Resolución de un Ayuntamiento acordando ejecutar el aval prestado en concepto de fianza-garantía provisional para responder de las obligaciones derivadas de la licitación por no haberse formalizado el contrato en el plazo legal por causa imputables al contratista.	73	II.2.2.6. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 1.998 sala 3 servicio 5 de lo	
II.2.1.2. Informe 2/98 de la Comisión Consultiva de Contratación de 18 de Septiembre sobre la forma de expedición de la declaración			

Contencioso Administrativos de contratos administrativos, de la administración autonómica, contratos de obras. Recepción Provisional y definitiva. Recepción tácita.

121

II.2.2.7. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Junio de 1.998. Contratación administrativa. Contratos de obras. Proyecto de obras sin que se incluya el plan de Seguridad e Higiene de la obra, a efectuar en separata y a liquidar mediante certificación independiente, pago procedente.

123

II.2.2.8. Sentencia de 17 de Junio de 1.998. Contencioso-Administrativo. Sala 3ª. Sección 5ª. Contratación administrativa; Contratos de obras; Certificaciones de obras; endoso denegado por la administración al estar embargada la certificación por órgano sindical competente.

125

II.2.2.9. Sentencia de 25 de Junio de 1.998. Contencioso-Administrativo. Sala 3ª. Sección 5ª. Contratación administrativa. Contratos de obras; Revisión de precios. Cumplimiento de los plazos por el contratista; Independientemente de la prórroga concedida por causa imputable al contratista la priva del derecho a revisión.

127

II.3. SUBVENCIONES Y TRANSFERENCIAS

II.3.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 1 de Junio de 1.998, acerca de la justificación de ayudas a través de factura para abonos parciales ó totales de adquisición por leasing.

131

II.3.2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de fecha 30 de Noviembre de 1.998, sobre concesión de una subvención instrumentada a través de Convenio.

133

III. INGRESOS

III.1. TRIBUTOS

III.1.1. Resolución de 20 de Noviembre de 1.998, de la Dirección General de Tributos, relativa a la exención del impuesto sobre el valor añadido de los contratos de arrendamiento y fletamentos totales de aeronaves utilizadas por entidades para cumplir funciones públicas.

139





DISPOSICIONES NO PUBLICADAS EN B.O.J.A.

II. DE LA INTERVENCIÓN GENERAL Y OTROS CENTROS

- II.1.** Instrucción conjunta de 2 de Junio de 1.998 de la Dirección General de Presupuestos, de la Dirección General de Planificación, de la Dirección General de Fondos Europeos y de la Intervención General de la Junta de Andalucía, por la que establece reglas para la gestión y coordinación de las Intervenciones cofinanciadas con Fondos Europeos en el ámbito de la Junta de Andalucía.



INSTRUCCIÓN CONJUNTA DE 2 DE JUNIO DE 1998 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE PRESUPUESTOS, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE PLANIFICACIÓN, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TESORERÍA Y POLÍTICA FINANCIERA, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FONDOS EUROPEOS Y DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, POR LA QUE SE ESTABLECEN REGLAS PARA LA GESTIÓN Y COORDINACIÓN DE LAS INTERVENCIONES COFINANCIADAS CON FONDOS EUROPEOS EN EL ÁMBITO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Los Fondos Estructurales, el Fondo de Cohesión y los demás instrumentos financieros comunitarios existentes han adquirido una gran trascendencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, tanto por su volumen presupuestario, como por sus efectos positivos sobre el crecimiento y los niveles de desarrollo. La constatación de estos hechos motiva el diseño de mecanismos y procedimientos que faciliten la gestión y el pleno aprovechamiento de tales recursos.

La reciente adopción por la Comisión Europea de normas reguladoras de los distintos instrumentos financieros (Decisión de la Comisión de 23 de abril de 1997; Reglamento 2064/97 de la Comisión de 15 de octubre de 1997; o Correcciones Financieras Netas del art. 24 del Reglamento 4253/88 de 15 de octubre de 1997), más exigentes que la normativa precedente, induce a la realización de un esfuerzo suplementario de adaptación, seguimiento y control de la gestión que asegure una traslación eficaz y adecuada al ámbito interno de la Junta de Andalucía.

En el mismo sentido, dicha adaptación debe alcanzar al conjunto de actuaciones realizadas desde el inicio del vigente período de programación (1994-1999). Lo cual implica, dada la proximidad del cierre del citado período, que esta adaptación abarcará a un porcentaje significativo de las actuaciones programadas. Y, también, que dicha adaptación deberá realizarse en un breve lapso de tiempo a fin de facilitar la realización de las operaciones propias de la finalización del período con la agilidad necesaria.

El cierre de las distintas formas de intervención comunitarias comporta una acumulación de actividades coincidentes en el tiempo, para el conjunto de tales intervenciones. Se hace así preciso adoptar medidas que configuren un sistema eficaz y ágil para realizar tales operaciones, acordes con las nuevas exigencias de la normativa comunitaria y con el máximo rigor.

Por otro lado, la pluralidad de Fondos Europeos mediante los cuales se instrumentan financieramente las ayudas de la Unión Europea, así como la existencia de una normativa comunitaria específica en cada uno de ellos, exigen mantener un esfuerzo de coherencia,



máxime cuando tales instrumentos financieros se articulan en una amplia diversidad de formas de intervención. Por ello, es preciso adoptar medidas específicas de coordinación que intensifiquen su complementariedad y el aprovechamiento de las sinergias entre los distintos instrumentos financieros.

Asimismo, en los documentos de programación y seguimiento de las intervenciones cofinanciadas, aparecen órganos ejecutores de determinadas actuaciones que no necesariamente coinciden con los centros directivos u Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía responsables de los programas presupuestarios que contienen tales acciones, los cuales, a su vez, no son necesariamente los beneficiarios finales conforme a la normativa comunitaria. Esta configuración de la gestión, en la que participan diversos órganos con distintas funciones, da lugar a procesos de gestión diferenciables, permitiendo su simplificación mediante la formulación de procedimientos específicos coordinados.

Los factores antes referidos: la modificación normativa, más exigente ahora; la proximidad del cierre del período de programación; la pluralidad de instrumentos financieros y formas de intervención, junto a la experiencia adquirida en su gestión, recomiendan la elaboración de una Instrucción que abarque todas aquellas cuestiones específicas exigidas por la normativa europea y la programación, y que resulte útil como guía para los distintos gestores, a la vez que sirva para reordenar las labores de seguimiento y control a fin de posibilitar una adaptación correcta y un adecuado cierre del actual período de programación.

A tal efecto, y en virtud de las competencias reconocidas a la Dirección General de Presupuestos como centro directivo a cuyo cargo están las competencias que atribuye la normativa vigente a la Consejería de Economía y Hacienda en materia presupuestaria; a la Dirección General de Planificación, a la que corresponden las funciones de programación, análisis, seguimiento y evaluación de los programas de inversiones públicas de la Comunidad Autónoma; a la Dirección General de Tesorería y Política Financiera, como órgano directivo al que corresponden las funciones encomendadas a la tesorería de la Comunidad Autónoma; a la Dirección General de Fondos Europeos, como centro directivo al que corresponde la programación, coordinación, seguimiento y evaluación de las intervenciones de los Fondos Estructurales, Fondo de Cohesión, programas e iniciativas establecidos por la Unión Europea y la gestión de los ingresos provenientes de dichas intervenciones europeas; y a la Intervención General de la Junta de Andalucía, como centro de control interno de la actividad económico-financiera de la Junta de Andalucía, se dictan las siguientes reglas:

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Regla 1. Ámbito material

La presente Instrucción será de aplicación al conjunto de actuaciones responsabilidad de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos cofinanciadas con Fondos Europeos.

A tales efectos, se entenderán por Fondos Europeos los siguientes: Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER); Fondo Social Europeo (FSE); Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola - Sección Orientación (FEOGA - O); Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca (IFOP); Fondo de Cohesión; y Programas e Instrumentos Financieros específicos no estructurales de la Comisión Europea.

Regla 2. Ámbito subjetivo

Los centros directivos gestores de los programas presupuestarios que contengan actuaciones cofinanciadas con Fondos Europeos reciben, en el ámbito de la presente Instrucción, la denominación de órgano responsable.

Cuando en los documentos de programación o seguimiento dichos órganos responsables estén designados como órgano ejecutor de la actuación cofinanciada, ajustarán directamente el desarrollo de ésta a lo establecido en la presente Instrucción. Cuando en los mencionados documentos se designe como órgano ejecutor a uno diferente del órgano responsable, éste velará, en coordinación con la Dirección General de Fondos Europeos, para que dicho órgano ejecutor –ya sea empresa pública, privada u otro ente– desarrolle la actuación de acuerdo a las reglas que se establecen en la presente Instrucción.

REPROGRAMACIÓN

Regla 3. Procedimiento de reprogramación

Corresponde a la Dirección General de Fondos Europeos la elaboración definitiva, tramitación y presentación a la Comisión Europea, a través de las Unidades Administradoras de los Fondos, de las propuestas de reprogramación de los Programas Operativos y cualquier otra forma de intervención.

Para ello, la Dirección General de Fondos Europeos tendrá en cuenta las propuestas formuladas por los distintos órganos responsables de los Fondos Europeos, las cuales se presentarán formalmente en sus aspectos financieros a través del sistema integrado J/PI-TER, subsistema informático de programación, ejecución, seguimiento y control de los Fondos Europeos (EUROFON en adelante). A tal fin, se dotará a los órganos responsables de los medios técnicos necesarios.

Excepcionalmente, siempre y cuando no coincidan con los órganos responsables, serán los órganos ejecutores los que presenten las propuestas por escrito a la Dirección General de Fondos Europeos, que solicitará, a su vez, la conformidad al órgano responsable.

Asimismo, los órganos responsables y, en su caso, los órganos ejecutores facilitarán a la Dirección General de Fondos Europeos aquella información que se requiera durante el proceso de reprogramación y, específicamente, la justificación y contenido de ésta, objetivos e indicadores, en el momento de su presentación formal.

PRESUPUESTACIÓN

Regla 4. Determinación de la envolvente financiera

La presupuestación se hará de acuerdo con la envolvente financiera determinada conforme a la programación aprobada por la Comisión Europea y los créditos presupuesta-



rios que se hayan consumido en desarrollo de la citada programación.

Regla 5. Desglose de la envolvente financiera

Con anterioridad al 1 de junio de cada año, la Dirección General de Fondos Europeos remitirá a los órganos responsables la envolvente financiera correspondiente a los Fondos Europeos que gestionan, a nivel de acciones.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LGHPA), según la redacción dada por la Ley 8/1997 de 23 de diciembre, y previamente a la remisión de los correspondientes estados de gastos que debe hacerse antes del 1 de julio de cada año, los órganos responsables enviarán a la Dirección General de Fondos Europeos, en papel y soporte informático, grabando en el Banco de Proyectos, el desglose de la envolvente financiera de Fondos Europeos a nivel de proyectos de inversión. En dicho desglose se definirán las actuaciones a realizar en cada proyecto, con indicación de su adecuación a la elegibilidad de la correspondiente acción. Igualmente, se indicará el desglose por aplicaciones presupuestarias para los gastos corrientes.

La Dirección General de Fondos Europeos validará en fase previa dichos proyectos, remitiéndolos a la Dirección General de Planificación, que procederá a la validación definitiva de los proyectos en el Banco de Proyectos, para permitir la posterior inclusión en el Anteproyecto de Presupuestos.

Igualmente, la Dirección General de Fondos Europeos validará en fase previa los créditos correspondientes a gastos corrientes, remitiéndolos a la Dirección General de Presupuestos para su validación definitiva y posterior inclusión en el Anteproyecto de Presupuestos.

Los proyectos y créditos no validados serán devueltos, con detalle del motivo de la devolución, al órgano responsable para su corrección y nuevo envío a la Dirección General de Fondos Europeos.

CERTIFICACIÓN

Regla 6. Elaboración y remisión de las certificaciones de gasto

La Dirección General de Fondos Europeos remitirá a la Comisión Europea, a través de las Unidades Administradoras de los Fondos, las certificaciones de los pagos materializados en cada una de las actuaciones cofinanciadas con Fondos Europeos, elaboradas con arreglo a los procedimientos descritos en las Reglas 7, 8 y 9.

Regla 7. Procedimiento de certificación directa (Tipo 1)

En el caso de acciones cuyo órgano responsable, órgano ejecutor y beneficiario final coincidan, la certificación se emitirá a través del sistema integrado JUPITER, subsistema informático EUROFON, por la Dirección General de Fondos Europeos, remitiéndose informe (listado de pagos materializados por proyectos y acciones) a cada órgano responsable o unidad que tenga atribuida tales competencias en cada Consejería, para que en el plazo

máximo de 30 días sea verificado y devuelto con las posibles incidencias que, en su caso, se hubieran producido. Caso de no recibirse contestación en el plazo indicado, se entenderá que se presta conformidad a la información remitida.

Este procedimiento será de aplicación para la certificación de los gastos que, en relación al proyecto aprobado, se realicen directamente por las empresas públicas de la Junta de Andalucía en desarrollo del proceso productivo o de prestación de servicios de la propia organización empresarial, a través de sus medios personales y materiales sin acudir a la contratación de terceros ajenos a dicha organización.

La determinación de los gastos a los que será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior se efectuará previo informe de la Dirección General de Fondos Europeos.

Las posibles discordancias que pudieren plantearse entre las necesidades de gestión y las disponibilidades presupuestarias habrán de resolverse planteando la correspondiente modificación presupuestaria. La gestión de créditos de gastos correspondientes a una determinada acción con créditos asignados en la Ley de Presupuestos a otra acción comunitaria, podrán originar las correspondientes responsabilidades, conforme a lo establecido al respecto en la Ley General de Hacienda Pública.

Si la Dirección General de Fondos Europeos apreciase que determinado órgano responsable, ejecutor y beneficiario final ha gestionado gastos de una acción con créditos de otra o, en general, que hubiese gestionado gastos no elegibles, procederá a poner en conocimiento de la Intervención General de la Junta de Andalucía tal circunstancia, al objeto de que ésta practique retenciones de crédito en créditos autofinanciados por el importe necesario para cubrir la cuantía de los gastos improcedentemente gestionados.

Regla 8. Procedimiento de certificación combinada (Tipo 2)

En el caso de acciones cuyo órgano responsable coincida con el órgano ejecutor y sea distinto del beneficiario final, la certificación se realizará en los modelos I y II del Anexo 1 de esta Instrucción, debiendo adjuntarse un fichero con formato ASCII, con extensión *.TXT, que deberá tener un nombre compuesto que identifique a la empresa pública, privada u otro ente u organismo y al número de envío realizado. El formato de los campos será el siguiente:



CAMPO	FORMATO	DESCRIPCIÓN
CODIAC	A10	<ul style="list-style-type: none"> • Código de acción comunitaria
COEMPU	A13	<ul style="list-style-type: none"> • Código de la empresa pública, privada, ente u organismo: <ul style="list-style-type: none"> – (A01) = 'M' Tipo de Tercero – (A09) = CIF de la empresa – (A01) = ' ' – (A02) = '00'
CODTER	A13	<ul style="list-style-type: none"> • Código del perceptor del pago. • (A01) = 'M' (si es empresa pública), '1' (si es persona física), '2' (si es persona jurídica). '3' si es extranjero • (A09) = CIF de la empresa/NIF de la persona • (A01) = ' ' • (A02) = '00'
DECOMT	A30	<ul style="list-style-type: none"> • Nombre del perceptor
EJERCI	A4	<ul style="list-style-type: none"> • Año del pago
FEPAMA	A8	<ul style="list-style-type: none"> • Fecha del pago con formato YYYYMMDD
IMPDOC	A14	<ul style="list-style-type: none"> • Importe del documento con formato S9999999999999, donde S es el signo, y 9 se refiere a que no lleva blancos.
DERDOC	A30	<ul style="list-style-type: none"> • Concepto Resumido.

Dicha certificación (Modelo I del Anexo 1) deberá ser suscrita por el Director, Gerente o Presidente de cada empresa u organismo, en cuanto a la relación de los gastos acometidos y su consideración de elegibilidad; y, en cuanto al pago efectivo de los gastos realizados, por el Tesorero de la empresa, ente u organismo y, en ausencia de éste, por quien tenga encomendadas las funciones de tesorería.

La información a consignar en el Modelo II y en el soporte informático será: Acción, Empresa Pública, privada, ente u organismo, NIF del tercero, denominación, fecha de pago, importe y concepto.

Dicha certificación será remitida al órgano responsable de la acción en cada Consejería u Organismo Autónomo, para que a su vez sea éste quien, en el modelo III del Anexo 1, certifique a la Dirección General de Fondos Europeos los gastos elegibles efectivos realizados. A la misma, se le acompañará copia de la certificación de la empresa, ente u organismo que ha materializado los pagos. El plazo para su remisión a la Dirección General de Fondos Europeos será de 30 días desde que se efectúe la petición.

La Dirección General de Fondos Europeos, una vez realizadas las comprobaciones pertinentes, procederá a la introducción de los datos en el subsistema EUROFON, al objeto de que se integren con los datos de obtención directa en el momento de emitir la certificación.

Los documentos justificativos de la realización de los gastos elegibles soporte de las certificaciones emitidas quedarán, en todo caso, sujetos a las actuaciones de inspección y control que se acometan por la Dirección General de Fondos Europeos y la Intervención General de la Junta de Andalucía.

Esta regla será de obligado cumplimiento para las empresas públicas de la Junta de Andalucía que, desde la entrada en vigor de la presente Instrucción, sean beneficiarios finales y como tales acometan los gastos relacionados con el proyecto aprobado, acudiendo a terceros ajenos a la organización empresarial, y se irá aplicando de forma paulatina al resto de empresas privadas, entes y organismos que tengan la consideración de beneficiarios finales.

Regla 9. Procedimiento de certificación indirecta (Tipo 3)

En el caso de acciones cuyos órganos ejecutores sean empresas públicas, privadas u otros entes u organismos, la certificación deberá ser expedida en los modelos oficiales establecidos por las Unidades Administradoras de los Fondos, por el Gerente, Director o Presidente de cada empresa, en cuanto a la relación de gastos acometidos y su consideración de elegibilidad; y, en cuanto al pago efectivo de los gastos realizados, por el Tesorero de la empresa, ente u organismo y, en ausencia de éste, por quién tenga encomendadas las funciones de tesorería. Dicha certificación se remitirá, junto con el Modelo II del Anexo I debidamente cumplimentado, directamente a la Dirección General de Fondos Europeos en el plazo de 30 días desde que ésta efectúe la solicitud.

PAGOS A TERCEROS

Regla 10. Empresas públicas que no son órganos ejecutores

El régimen de pagos a favor de empresas públicas de la Junta de Andalucía, asociadas a acciones de las que éstas no sean órganos ejecutores, se adecuará a lo establecido en la Regla segunda de la Instrucción conjunta de 30 de diciembre de 1997 de la Dirección General de Presupuestos, de la Dirección General de Tesorería y Política Financiera, de la Dirección General de Fondos Europeos y de la Intervención General de la Junta de Andalucía, por la que se regula el régimen de financiación y justificación de inversiones realizadas por las Consejerías y Organismos de la Junta de Andalucía a través de empresas públicas.

Regla 11. Terceros que son órganos ejecutores

Las subvenciones y transferencias por operaciones de capital financiadas con Fondos Europeos a favor de empresas públicas de la Junta de Andalucía y otros entes públicos o privados, que figuren como órganos ejecutores de acciones cuyos gastos elegibles han de ser certificados por dichos entes receptores, se adecuarán en su régimen de pagos al previsto para el pago de las ayudas financiadas por la Unión Europea.

Dicho régimen se establece con carácter general en la Decisión de la Comisión de 29-06-94, por la que se aprueba el Marco de Apoyo Comunitario 1994-1999 para las intervenciones estructurales en las regiones españolas del Objetivo 1. Consiste en un primer anticipo que podrá alcanzar el 50% de la anualidad presupuestada; un segundo anticipo que, calculado de forma acumulada, no podrá exceder del 80% de la anualidad presupuestada y que se abonará cuando el órgano ejecutor haya certificado al menos la mitad del primer anticipo; para recibir el saldo de la anualidad tendrá que haber certificado los pagos



correspondientes al 100% de la misma. Para recibir el primer anticipo de siguientes anualidades habrá de haberse certificado, al menos, el 60% de la inmediatamente anterior y el 100% del resto de las anteriores que haya lugar; para recibir el segundo, el gasto adicionalmente certificado será al menos del 25% de la ayuda de esa anualidad; para recibir los saldos, las anualidades tendrán que haberse certificado al 100%.

No obstante, podrán establecerse mecanismos de pago específicos entre la Comisión Europea y la Junta de Andalucía en la gestión de determinadas actuaciones.

Al objeto de facilitar la gestión de los pagos de los Fondos Europeos en la Tesorería General, los distintos órganos gestores de los pagos derivados de las mencionadas ayudas remitirán a la Dirección General de Tesorería y Política Financiera, dentro de los diez primeros días del mes anterior al que deban ser librados, una previsión del volumen de pagos que hayan de materializarse en el transcurso del mes siguiente.

SEGUIMIENTO

Regla 12. Elaboración de los Informes

Con el fin de elaborar el Informe de Seguimiento que se requiere para la celebración de las reuniones periódicas del Comité de Seguimiento de cada una de las Intervenciones, los órganos responsables y, en su caso, los órganos ejecutores de las acciones cofinanciadas con Fondos Europeos deberán proporcionar a la Dirección General de Fondos Europeos, junto con la certificación del gasto de sus acciones, y al mismo tiempo, la siguiente información:

1. Modelo oficial relativo a “Relación de Proyectos de Acción” (Anexo 2, Modelo C), en el que se deberá desglosar la acción en proyectos físicamente identificables (no necesariamente coincidentes con los proyectos presupuestarios) y que sean indicativos de la naturaleza de los gastos que se están acometiendo.
2. Modelo oficial relativo al “Seguimiento por Indicadores” (Anexo 2, Modelo D), a través del que se deberá dar información sobre los indicadores físicos (de seguimiento), los indicadores de resultado (impacto) y los indicadores de empleo alcanzados y su comparación con las previsiones realizadas.
3. “Informe de ejecución”, el cual debe proporcionar información cualitativa de las acciones, y donde se deberán exponer las realizaciones efectuadas durante el período que se analiza, los resultados obtenidos, así como la justificación de las desviaciones que se hayan podido producir respecto a la programación establecida, junto con las medidas adoptadas, en su caso, para garantizar el alcance de los objetivos propuestos en el período de programación. Dicha información deberá ser coherente con los datos proporcionados en los modelos I y II.
4. Cuestionario relativo al “Respeto de las Políticas Comunitarias” (Anexo 2), a través del que se proporcionará información acerca del cumplimiento de la normativa comunitaria sobre información y publicidad, medioambiente, contratación pública, redes transeuropeas y grandes proyectos, tal como exige la normativa comunitaria.

No será de aplicación la exigencia de la información anterior en aquellos casos en los que la certificación de gastos no se corresponda con las fechas de los informes para los Comités de Seguimiento, y así lo especifique la Dirección General de Fondos Europeos.

CONTROL, COORDINACIÓN Y FISCALIZACIÓN

Regla 13. Control interno

El control interno de carácter documental se basa en los documentos justificativos de la realización de los gastos elegibles soporte de las certificaciones emitidas. Tanto la Dirección General de Fondos Europeos como la Intervención General de la Junta de Andalucía podrán, en cualquier momento, tener acceso a dichos documentos con el objeto de verificar que se cumplen las condiciones reguladas al efecto, así como a cuantos documentos correspondan a la fase previa a la certificación de gastos.

Regla 14. Verificación física.

La verificación de carácter físico consiste en la posibilidad de la Dirección General de Fondos Europeos de personarse en el lugar donde se estén realizando actuaciones cofinanciadas con Fondos Europeos para constatar la realización de conformidad con las condiciones de aprobación. En este caso, la Dirección General de Fondos Europeos coordinará con el órgano responsable la visita a fin de asegurar una evaluación correcta de las actuaciones objeto de supervisión.

Regla 15. Coordinación del control externo

Los órganos responsables y, en su caso, los ejecutores deberán comunicar a la Dirección General de Fondos Europeos y la Intervención General de la Junta de Andalucía, a la mayor brevedad, y siempre antes de su inicio, las posibles actuaciones de control externo, sea de la Unión Europea, de la Administración General del Estado o de la Comunidad Autónoma.

Igualmente, y una vez finalizadas las actuaciones de control externo, los órganos responsables y, en su caso, los ejecutores deberán remitir a la Dirección General de Fondos Europeos y a la Intervención General de la Junta de Andalucía el Informe emitido por los órganos controladores con carácter provisional, las alegaciones que los órganos sometidos a control hayan considerado oportunas efectuar a dicho Informe provisional y el Informe definitivo, emitido tras el análisis de las alegaciones por los citados órganos controladores.

Regla 16. Convenios, Encomiendas u otras figuras contractuales

Los órganos responsables velarán por que los Convenios, Encomiendas o cualquier otra figura contractual que prevean celebrar y que impliquen una transferencia de recursos vinculada en todo o en parte al ámbito de aplicación de esta Instrucción, a favor de cualquier Administración, Institución, organismo, empresa pública o persona física o



jurídica, pública o privada, se adecuen en términos de elegibilidad a lo establecido en la forma de intervención que ampare tal actuación y al resto de normas comunitarias aplicables a la misma.

Regla 17. Acreditación de la comprobación de regímenes de ayuda

Con independencia de lo señalado en el punto anterior, en los expedientes de gastos que se tramiten con cargo a códigos de proyectos que tengan por finalidad la concesión de subvenciones a empresas, deberá quedar acreditado que los correspondientes regímenes de ayudas han sido aprobados por la Comisión Europea. En el caso de que no se aporte la documentación justificativa del anterior extremo, esta aprobación se verificará mediante un certificado, emitido por la Dirección General de Fondos Europeos.

Regla 18. REGLA ESPECÍFICA para medidas innovadoras, proyectos pilotos y programas e instrumentos financieros no estructurales de la Comisión Europea

Dadas las características propias de estas formas de intervención, su gestión se realizará conforme al régimen específico que se expone a continuación, siendo, en todo caso, aplicable la Instrucción en todos aquellos aspectos que no se opongan a su normativa concreta.

- a) El órgano responsable, promotor de la actuación, remitirá la solicitud o proyecto a la Dirección General de Fondos Europeos, para su inmediata remisión formal al órgano de la Comisión Europea competente.

En los supuestos en que la propia normativa comunitaria posibilite o recomiende la remisión directa de la solicitud o proyecto a la Comisión Europea, se remitirá por el órgano responsable copia de la solicitud a la Dirección General de Fondos Europeos.

- b) Una vez que la Comisión Europea notifique, según los casos, la aprobación o denegación de la propuesta, la Dirección General de Fondos Europeos trasladará inmediatamente la resolución al órgano responsable. Para aquellos supuestos en que dicha notificación no se realice directamente a la Dirección General de Fondos Europeos, el órgano responsable trasladará inmediatamente copia completa de la notificación a la Dirección General de Fondos Europeos.
- c) Para la adecuada cobertura presupuestaria, el órgano responsable, de acuerdo a la notificación favorable de la Comisión Europea, podrá solicitar el inicio del oportuno expediente de modificación presupuestaria.
- d) La ejecución y gestión de estas actuaciones se desarrollará por el régimen específico contenido en la convocatoria y resolución de la Comisión Europea, y en todo lo no previsto expresamente en ella se ajustará a lo establecido en la presente Instrucción.

GLOSARIO

- 1. Acción:** Unidad mínima de programación en cada forma de intervención.
- 2. Beneficiario final:** Organismo o empresa pública o privada que se ocupa de encargar las actuaciones (promotores) y, para los regímenes de ayudas, los organismos designados encargados de concederlas.
- 3. Certificación:** Documento acreditativo de los gastos efectivos realizados durante un período y en un ámbito determinado.
- 4. Compromiso:** Decisión adoptada por los beneficiarios finales de la ejecución de las operaciones elegibles sobre la asignación de los fondos públicos correspondientes.
- 5. Fondos Estructurales:** FEDER, FSE, FEOGA-Orientación e IFOP.
- 6. Formas de Intervención:** Formas que adoptan las intervenciones financiadas por los Fondos Estructurales. En el ámbito de la Junta de Andalucía éstas adoptan la forma de Programas Operativos o de Subvención Global, salvo para las medidas innovadoras y proyectos pilotos, que pueden adoptar la forma de financiación de proyectos concretos, al igual que en el Fondo de Cohesión.
- 7. Gasto elegible:** Gastos realizados durante el Período de Elegibilidad y en la Zona Elegible, susceptibles de ser cofinanciados en la forma de intervención y sometidos a la normativa general establecida en la Decisión de la Comisión de 23 de abril de 1997 (97/327 CE).
- 8. Órgano Responsable:** Centro Directivo titular del programa presupuestario a cuyo cargo se desarrollan actuaciones cofinanciadas con Fondos Europeos.
- 9. Órgano Ejecutor:** Centro Directivo, Organismo Autónomo, Empresa Pública, privada u otro ente u organismo que aparezca como tal en los documentos de programación de las formas de intervención cofinanciadas con Fondos Europeos.
- 10. Período de Elegibilidad:** Ámbito temporal en el que los compromisos o pagos, según los casos, de las distintas actuaciones pueden realizarse como requisito ineludible para acceder a la cofinanciación con Fondos Europeos.
- 11. Zona elegible:** Ámbito territorial susceptible de acoger las actividades para acceder a la cofinanciación con Fondos Europeos.



ANEXO 1

MODELO I

Certificación de gastos pagados
relacionados con Fondos Europeos

ÓRGANO RESPONSABLE:

EMPRESA U ÓRGANO EJECUTOR (Beneficiario Final):

Denominación del programa, Subvención Global o
Proyecto Individual:

Fecha de inicio del período elegible

Gasto Público Pagado hasta la fecha:

1. Inversión total realizada
PTAS.⁽¹⁾

2. Gastos Públicos elegibles PAGADOS

Comunicado anteriormente (ptas.)	Fecha última comunicación	Certificación parcial actual (ptas.)	Importe acumulado a(ptas.)

Don/Doña

.....

en calidad de

.....

CERTIFICA la veracidad de los datos arriba consignados y los que aparecen en el
modelo II del anexo.

En , a de de

El Responsable de la contabilidad

Fdo:

(1) Incluye gastos no elegibles.

MODELO II
RELACIÓN DE PAGOS EFECTUADOS COFINANCIADOS CON FONDOS EUROPEOS

ACCIÓN CÓDIGO	DENOMINACIÓN	TERCERO		
		N.I.F.	DENOMINACIÓN	CONCEPTO RESUMIDO



MODELO III

Certificación de gastos pagados
relacionados con Fondos Europeos

ÓRGANO RESPONSABLE:

EMPRESA U ÓRGANO EJECUTOR (Beneficiario Final):

Denominación del programa, Subvención Global o
Proyecto Individual:

Fecha de inicio del período elegible

Gasto Público Pagado hasta la fecha:

1. Inversión total realizada
PTAS.⁽¹⁾

2. Gastos Públicos elegibles PAGADOS

Comunicado anteriormente (ptas.)	Fecha última comunicación	Certificación parcial actual (ptas.)	Importe acumulado a(ptas.)
-------------------------------------	------------------------------	---	-------------------------------------

Don/Doña

en calidad de

CERTIFICA, como responsable de la Acción/es
que han sido verificados los datos de certificación aportados por la empresa/
organismo
que se adjuntan al presente certificado, prestando conformidad a los mismos.

En , a de de

(Firma y sello)

Fdo:

(1) Incluye gastos no elegibles.



**CUESTIONARIO SOBRE EL RESPETO
A LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS**

FORMAS DE INTERVENCIÓN (Programa Operativo, Iniciativas, etc.):

ÓRGANO RESPONSABLE:

ACCIÓN O GRUPOS DE PROYECTOS:

1. INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD:

El órgano responsable de una acción que reciba ayuda financiera de la Comunidad procurará que dicha acción sea objeto de la adecuada publicidad a fin de sensibilizar a la opinión pública sobre el papel desempeñado por la Comunidad en relación con la acción.

- ¿Se han realizado medidas de información y publicidad de la participación comunitaria en los proyectos de esta acción?

SI NO

- Si la respuesta es positiva, señale con una x que medidas se han adoptado en cada proyecto. Aporte a este cuestionario documentación gráfica justificativa (fotos, folletos, prensa, etc.).

Proyectos	Vallas	Placas	Impresos	Material Informativo	Otros



2. NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL

En las actividades y medidas cofinanciadas por los fondos Europeos, los Estados miembros deberán proporcionar a la Comisión la información pertinente en relación con aquellos proyectos que puedan tener efectos apreciables en el medio ambiente.

- ¿Algunos de los proyectos incluidos en esta acción precisa algún tipo de procedimiento medioambiental de acuerdo con la normativa regional?

SI NO

- Si la respuesta es positiva, identifique los proyectos y el resultado del control medioambiental.

Proyectos	Tipo de procedimiento	Resultado



5. REDES TRANSEUROPEAS DE TRANSPORTE

Los Estados miembros deben comunicar regularmente a la Comisión los Planes y programas que hayan elaborado con arreglo a la Red Europea de Transporte hasta el año 2010.

- ¿Existe algún proyecto en esta acción que pertenezca a la Red Europea de Transporte?

SI

NO

- Si la respuesta es positiva, identifique esos proyectos:

Proyecto	Coste total	Coste elegible	Relación con la Red



SENTENCIAS, DICTÁMENES E INFORMES

II. GASTOS

II.1. Personal

II.1.1. Personal en general

II.1.1.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía sobre competencia y procedimiento para la declaración de jubilación desde el inicio de la incapacidad temporal.

II.1.1.2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía de 15-10-98, sobre abono de atrasos de retribuciones reconocidas en sentencia judicial firme.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA SOBRE COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE JUBILACIÓN DESDE EL INICIO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Se ha recibido en esta Intervención General escrito de esa Secretaria General Técnica, en el que expone que el artículo 62.uno de la Ley 66/97, de 30 de Diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social modifica el último párrafo del apartado uno del artículo 21 de la Ley 29/1978, de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, según el tenor literal siguientes:

“Cuando la extinción de la situación de incapacidad temporal se produjera por el transcurso del plazo máximo establecido se prorrogarán los efectos de situación de incapacidad laboral hasta el momento de la declaración de la jubilación por incapacidad permanente. En aquellos supuestos en que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la posible calificación del estado del funcionario como incapacitado con carácter permanente para las funciones propias de del Cuerpo o Escala, tal calificación podrá retrasarse por el periodo preciso, sin que éste pueda, en ningún caso, dar lugar a que la declaración de la jubilaciónn tenga lugar una vez rebasados los 30 meses desde la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal”.

Asimismo, el citado artículo 62. dos de la mencionada Ley dispone que: El derecho al subsidio económico por incapacidad temporal se entenderá, en todo caso, extinguido por el transcurso del plazo de treinta meses previsto en el apartado anterior”.

Ante este nuevo marco legal, esa Consejería plantea las siguientes cuestiones:

- 1ª. Si la Consejería debe instar a la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades (UMVI) la declaración de jubilación de los funcionarios que se encuentren próximos a cumplir los 30 meses desde la iniciación de la incapacidad temporal.
- 2ª. Si, una vez extinguido el subsidio de incapacidad temporal que otorga MUFACE por el transcurso del citado plazo de treinta meses, sin que se haya declarado la incapacidad física ni el alta médica del funcionario, la Consejería debe abonar tanto las retribuciones básicas como complementarias.
- 3ª. En caso de que no proceda el pago por la Consejería, qué Organismos ha de hacerse cargo de las retribuciones complementarias.

Aún cuando la resolución de las cuestiones planteadas no inciden directamente en las competencias que, en el ejercicio de la función interventora, le están atribuidas a este Centro Directivo, a título meramente informativo y a fin de que pueda servir de orientación



a los órganos de esa Consejería encargados de gestionar los procesos de incapacidad transitoria y de jubilación por incapacidad permanente para el servicio, le significo lo siguiente:

PRIMERO. El artículo 20, apartado 2, párrafo séptimo de la Ley 29/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado en la redacción dada por el artículo 50 de la Ley 42/1994, de 30 de Diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social establece que:

“En cualquier momento en que se prevea que la enfermedad ó lesión por accidente impedirá definitivamente el desempeño de las funciones públicas, se iniciará, por el órgano de jubilación competente de oficio o a instancia del interesado. el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio. Por orden ministerial se establecerán los mecanismos necesarios para coordinar las actuaciones de la Mutuality y las del órgano de jubilación”.

El procedimiento de jubilación está actualmente regulado por la Resolución de la Secretaria de Estado para la Administración Pública de 29 de Diciembre de 1995, (B.O.E.11-1-96), dictada en uso de la habilitación contenida en la disposición final tercera de la Ley 39/1992, de 29 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993 y en la disposición final primera de la Ley 42/1994, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social. Conforme a dicha norma, el procedimiento de jubilación de oficio por incapacidad permanente para el servicio se substanciará mediante el cumplimiento de los trámites que a continuación se resumen:

- a) En los casos en que el procedimiento se inicie de oficio, la Dirección del centro, dependencia u organismo en que el interesado preste servicios, propondrá al órgano de jubilación del procedimiento mediante escrito motivado, de la que se dará cuenta al interesado.
- b) Iniciado el procedimiento, de oficio o a solicitud del interesado, el órgano de jubilación comunicará al funcionario la apertura del expediente de jubilación y paralelamente dirigirá comunicación al servicio competente de la Administración General del Estado o de la Comunidad, a lo efectos de que, se ordene el reconocimiento médico del funcionario por el órgano médico.

Hay que aclarar que, según el punto tercero, apartado d) de la Resolución de la Secretaria General para la Administración Pública antes citada, el órgano de jubilación será el que determine en su ámbito la Comunidad Autónoma. En la Comunidad Andaluza dicho órgano es el Consejero, conforme al artículo 4º, 1b) del Decreto 255/1988, de 28 de Octubre, de atribución de competencias de personal de la Junta de Andalucía, competencia ésta que puede ser objeto de delegación conforme a la normativa vigente.

El órgano médico es el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, según establece el apartado 1 de la Disposición adicional segunda del Real Decreto 39/1996, de 1 de marzo, (B.O.E. nº 80, de 2 de abril):

“Los dictámenes médicos preceptivos para la determinación de la existencia de la incapacidad permanente y, en su caso, fijación del grado de la misma, así como la verifica-

ción de lesiones, a efectos del reconocimiento del derecho a las prestaciones abonadas con cargo a los créditos de Clases Pasivas y cuya competencia esté atribuida a la Dirección General de Costes de Personal y de Pensiones Públicas, del Ministerio de Economía y Hacienda, se emitirán por el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la provincia en que tenga su domicilio el interesado”.

La Orden de 22 de Noviembre de 1996 (B.O.E. nº 283 de 23 de Noviembre de 1996) desarrolla la anterior Disposición Adicional, estableciendo el procedimiento básico a seguir para la realización de los correspondientes reconocimientos médicos y la emisión del consiguiente dictamen por los Equipos de Valoración de incapacidades.

- c) Una vez examinado el funcionario, el órgano médico extenderá acta de la sesión médica, así como un dictamen razonado sobre la capacidad o incapacidad del funcionario para el servicio. El acta y el dictamen referido serán remitidos directamente por el órgano médico al órgano de jubilación.
- d) Con base en las actuaciones anteriores, el órgano de jubilación dictará la resolución procedente que notificará al interesado y a la Dirección del Centro, dependencia u organismo donde el funcionario preste sus servicios.
- e) El órgano de jubilación deberá cumplimentar, dentro del plazo de los diez días siguientes a la fecha de resolución de jubilación, el correspondiente impreso de iniciación de oficio del procedimiento de reconocimiento de pensión de jubilación, remitiéndolo junto con la documentación pertinente, a la Dirección General de Cortes de Personal y Pensiones Públicas.

Por otra parte, la Disposición Adicional Tercera de la Resolución de la Secretaria de Estado para la Administración Pública de 31 de Diciembre de 1996 (B.O.E. nº 1 del 1 de enero de 1997) dispone que:

“El órgano de jubilación competente en cualquier momento en que prevea que la enfermedad o lesión por accidente impedirá definitivamente el desempeño de las funciones públicas, y en todos los casos, antes de que transcurra el plazo máximo de dieciocho meses de duración de la situación de incapacidad temporal, y de su prórroga, iniciará, de oficio, el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio”.

De la normativa y los procedimientos que en este apartado primero se exponen, se deduce, cuál ha de ser el procedimiento para que la Consejería, como órgano de jubilación, se dirija al correspondiente Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del I.N.S.S., que ha sustituido a las Unidades Médicas de Valoración de Incapacidades.

SEGUNDO. En cumplimiento de los procedimientos y los plazos que la normativa examinada en el anterior apartado establece, no debería darse el supuesto planteado por esa Secretaria General Técnica de que se extinga el subsidio de MUFACE por el transcurso de treinta meses desde el inicio de la Incapacidad Temporal, sin que se haya declarado la incapacidad física ni el alta médica del funcionario.

No obstante si se diera algún caso, la Consejería no puede iniciar de nuevo el abono



de las retribuciones complementarias a partir del trigésimo primer mes de incapacidad temporal, ya que el artículo 21 de la Ley 29/1975, de 27 de Junio, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, en relación con el artículo 69 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de Febrero de 1964, solamente contempla el abono de las retribuciones complementarias con cargo a los créditos de personal de la Consejería durante los tres primeros meses de incapacidad temporal

TERCERO. La vigente normativa sobre seguridad social de los Funcionarios Civiles del Estado no prevé ningún subsidio que sustituya al que otorga MUFACE en situación de incapacidad temporal cuando éste se extingue por el transcurso del plazo de treinta meses.

Lo que le comunico a V.I. a los efectos oportunos.



INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE FECHA 15-10-98 POR LA QUE SE RESUELVE “DISCREPANCIA RELATIVA AL ABONO ATRASOS RETRIBUCIONES RECONOCIDAS EN SENTENCIA JUDICIAL FIRME”.

Se ha recibido en esta Intervención General escrito de discrepancia de fecha 7 de Octubre de 1988, que tramita el Viceconsejero de X, frente al informe del Interventor Central del Y. de fecha 13 de Julio de 1988, por el que se ratifica la nota de reparo de la Intervención Provincial de fecha 15 de Abril de 1988, respecto al parte de variaciones en la nómina complementaria de marzo 1988 sobre abono de atrasos de retribuciones a una funcionaria del organismo, derivadas de ejecución de sentencia.

De la documentación aportada al expediente se deducen los siguiente:

ANTECEDENTES

PRIMERO. El Juzgado de lo Social nº 1 de Jaén dictó sentencia a la citada funcionaria de fecha 22-12-97, autos nº 333/97, por la que se declaraba el derecho de a percibir las retribuciones correspondientes a la categoría de Técnico Especialista en Dietética, mientras siga realizando tales funciones y se condenaba al Y. a estar y pasar por esta declaración y a abonarle la cantidad de 690.390 pesetas como diferencias devengadas en el periodo 01-07-93 y 28-02-97.

Al no haberse dado cumplimiento a dicha sentencia, la interesada instó ejecución de la misma, por escrito de fecha 03-03-89, que dio lugar a la Providencia del Juzgado de fecha 04-03-98 en la que se declara la firmeza de la Sentencia dictada con fecha 22 de Diciembre de 1997, se decreta su ejecución y se requiere al Y, para que en el término de cinco días acredite fehacientemente ante el Juzgado haber dado cumplimiento a la sentencia, cuyo importe económico a aquella fecha ascendía a 902.086 pesetas.

SEGUNDO. Para dar cumplimiento a la Providencia del Juzgado de los Social antes citada, se incluyó en la nómina complementaria del mes de Marzo de 1988 la correspondiente variación para el abono a de la cantidad de 902.086 pesetas.

TERCERO. La Intervención Provincial Y, por Nota Interior de fecha 15-04-98, comunicó al departamento de personal que, habiendo sido seleccionada para la fiscalización la mencionada variación, se observan las siguientes deficiencias:



- a) Si bien consta la firmeza de la sentencia, no se tiene constancia de la resolución de la Dirección Gerencia Y, en virtud de la cual se autorice a los Letrados de la Administración Sanitaria la no interposición de recurso, trámite establecido en la Resolución de 23-11-94.
- b) No se acompaña al parte de variaciones resolución de la Directora-Gerente del Y, en la que se acuerde el pago de la sentencia, exigencia prevista en el artículo 26.3 de la Ley 5/83, de 19 de Julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La dependencia responsable de la nómina contestó a la Intervención Provincial por Nota Interior de fecha 27-04-98, a la que adjunta Resolución de la Directora-Gerente del Y, por la que se acuerda el cumplimiento de la repetida sentencia. En cuanto a la autorización de la Dirección-Gerencia para la no interposición de recurso, entiende el órgano gestor que no tiene entidad de documento necesario para justificar la orden de pago, ya que lo que justifica es la firmeza de la sentencia.

La intervención Provincial, por escrito de fecha 29-04-98, da por cumplimentado su requerimiento en cuanto a la resolución acordando el pago de la sentencia y se ratifica en cuanto a la exigencia de la autorización para la no interposición del recurso, por lo que se remite por escrito de fecha 4 de Mayo de 1988 expediente de discrepancia a la Intervención Central del Y.

CUARTO. La Intervención Central del Y, ratifica el reparo de la Intervención por Resolución de 13 de Julio de 1988, que reitera el argumento de que, al no aportarse autorización de la Dirección-Gerencia del SAS., para no formular recurso, no procede la fiscalización de conformidad del pago de la sentencia. Cita en apoyo de su argumentación el informe de esta Intervención General de 18 de Febrero de 1988.

QUINTO. Frente a la Resolución de la Intervención Central, el Viceconsejero de tramita discrepancia ante esta Intervención General, en la que argumenta la siguiente:

- a) El artículo 25 de la Ley 5/1983, de 19 de Julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma Andaluza, dispone que las obligaciones de pago solamente podrán exigirse en la Hacienda de la Comunidad Autónoma cuando resultan de la ejecución de su presupuesto, de sentencia judicial firme o de operaciones de tesorería legalmente autorizadas. Por tanto, el título habilitante para que nazca la obligación de pago es la existencia de sentencia judicial firme, documento que obra en el expediente junto con el requerimiento e informe del Letrado, en los que se acredita la firmeza.
- b) El informe de la Intervención General, en el que se apoya la Resolución de la Intervención Central objeto de la presente discrepancia no condiciona la tramitación de la propuesta de pago a que en todo caso obre físicamente en el expediente la autorización para no recurrir o para desistir del recurso ya formalizado. En el supuesto de que el Letrado incumpliese su obligación de solicitar la autorización para no recurrir y hubiese transcurrido el plazo para la presentación del recurso, estaríamos ante una sentencia firme que debe ser cumplida.

En base a los antecedentes expuestos, esta Intervención General formula las siguientes

CONSIDERACIONES

Las funciones de asesoramiento jurídico y de representación y defensa judicial Y, están reguladas por la Resolución de la Dirección Gerencia de dicho Organismo de 28 de Noviembre de 1994 (B.O.J.A. nº. 192, de 30-11-94), cuyo noveno establece como norma general la obligación de los Letrados de Administración Sanitaria de interponer los recursos ordinarios procedentes contra las resoluciones judiciales que lesionen los derechos de y, Cuando el Letrado entienda que la Resolución es conforme a Derecho, deberá obtener autorización del Director Gerente para no formular recurso o para desistir del ya interpuesto.

En el presente expediente resulta acreditado que la sentencia dictada por el juzgado de lo Social nº. 1 con fecha 22-12-97, en autos nº 333/97, ha adquirido firmeza, y así le consta a la Intervención Provincial actuante, según manifiesta expresamente en su Nota Interior de 15-04-98. Sin embargo, no se acredita que el Letrado haya obtenido autorización de la Directora-Gerente del Organismo para no interponer recurso o para desistir del ya interpuesto.

La cuestión se centra, pues, en dilucidar si la inexistencia de la autorización para no recurrir antes indicada impide definitivamente la realización de los trámites administrativos necesarios para el cumplimiento y pago de la sentencia.

Lógicamente, ésta cuestión hay que analizarla incordinada en el conjunto de nuestro ordenamiento y no sólo a la vista del ordinal noveno de la Resolución de la Dirección-Gerencia del S.A.S. antes citada y del informe de este Centro Fiscal de 18-02-98. Este informe constata y asume la Resolución de 23-11-94, pero, como más adelante veremos, de él no se desprende las consecuencias a que llegan en sus informes de fiscalización de conformidad tanto la Intervención Provincial como la Central.

Al cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones judiciales se refieren los siguientes preceptos de la Constitución Española y de la Ley 6/1985, de 1 de Julio, Orgánica del Poder Judicial:

- **Artículo 117.3 de la C.E.** El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.
- **Artículo 118 de la C.E.** Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del procedo y en la ejecución de lo resuelto.
- **Artículo 2 L.O.P.J.** El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales.
- **Artículo 17.2 L.O.P.J.** Las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas y las particulares,



respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes.

– **Artículo 18 L.O.P.J.**

1. Las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las Leyes.
2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos.

A la vista de los preceptos citados y de la Providencia del Juzgado de lo Social nº 1 de fecha 04-03-98, que declara la firmeza de la sentencia de 22-02-97 y decreta su ejecución requiriendo Y, para el pago de la cantidad de 902.086. pesetas, hay que concluir que la Administración Autónoma está obligada a cumplir la referida sentencia.

El hecho de que no se haya obtenido o no se haya acreditado la autorización de la Directora-Gerente para no interponer recurso puede constituir una irregularidad Administrativa en el modo de proceder del Letrado actuante, por eso es claro que, en virtud del principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 6º, de nuestra Carta Magna, el incumplimiento del trámite de autorización establecido por el ordinal noveno de la Resolución Y, de 23-11-94 no puede ser obstáculo definitivo a la potestad constitucional de un Tribunal para hacer cumplir sus sentencias firmes ni puede dejar sin contenido el derecho de la actora a percibir las cantidades que le han sido reconocidas por los Tribunales.

En consecuencia, este Centro Fiscal considera que el reparo formulado por la Intervención Provincial con fecha 15-04-98 y ratificado por Resolución de la Intervención Central de 13-07-98, debe quedar sin efecto, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera exigir por el órgano competente al Letrado.

En virtud de cuanto antecedente, esta Intervención General

RESUELVE

PRIMERO. Rectificar el reparo formulado por la Intervención Provincial Y, con fecha 15-04-98 a la variación en nómina complementaria de Marzo de 1988 para el abono atrasos de retribuciones derivadas de ejecución de sentencia, así como la Resolución de la Intervención Central Y, de 13-07-98, quedando ambos sin efecto.

SEGUNDO. Hacer constar expresamente, para conocimiento del Ilmo. Sr. Viceconsejero, a quien se remite esta Resolución, la falta en el expediente de autorización de la Directora-Gerente para la no interposición de recurso, a efectos de la posible exigencia de responsabilidad por parte del órgano con competencia en la materia.

De no estar conforme con la presente Resolución, y de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en el artículo 13 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, se podrán trasladar las actuaciones, para su definitiva resolución, al Consejo de Gobierno, si la cuantía del gasto excede de veinticinco millones de pesetas, o a la Comisión de Viceconsejeros, en caso contrario, comunicándolo a la Consejera de Economía y Hacienda en la forma prevista en el artículo 10 del citado Reglamento.



SENTENCIAS, DICTÁMENES E INFORMES

II. GASTOS

II.1. Personal

II.1.3. Altos cargos

- II.1.3.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía de 23-10-1998, acerca de derecho a percibir complemento de antigüedad por Delegados Provinciales, personal laboral.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE FECHA 23-10-98 POR EL QUE SE RESUELVE “DISCREPANCIA RELATIVA AL DERECHO A PERCIBIR COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD POR DELEGADOS PROVINCIALES, PERSONAL LABORAL”

Con fecha 24 de Septiembre pasado se ha recibido en esta Intervención General escrito de discrepancia, que tramita la Viceconsejera de X al reparo formulado con fecha 22 de Mayo de 1998 por la Intervención Provincial a la nómina del mes de Mayo de 1998 de la Delegación Provincial de la mencionada Consejería, en relación con el complemento de antigüedad acreditado al Delegado Provincial.

De la documentación aportada el expediente se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO. La Intervención Provincial formuló la nota de reparos antes indicada por entender que, conforme a la Ley 30/84, de 2 de Agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, los Delegados Provinciales tienen derecho a percibir los trienios que tengan reconocidos como funcionarios, pero ello no es extensible a los Delegados que no tengan la condición de funcionario público.

SEGUNDO. Frente a la mencionada nota de reparos, la Viceconsejera tramita discrepancia, que fundamenta en las siguientes alegaciones:

- a) Las Leyes de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los ejercicios 1996, 1997 y 1998 mantienen la misma redacción en cuanto a las retribuciones de los Delegados Provinciales, salvo la lógica actualización de las cuantías económicas. El Delegado, ha percibido complemento de antigüedad durante los ejercicios 1996 y 1997, por lo que no se entiende que sin modificación de la norma no le corresponda durante 1998.
- b) Que no existe ninguna norma con rango reglamentario que “impida la percepción del referido complemento. Además la Resolución de la Dirección General de Presupuestos por la que se dictan normas para la confección de nóminas para 1998 es una Instrucción sin rango de reglamento.
- c) El artículo 22. Dos de la Ley 65/1997, de 30 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, de aplicación supletoria, establece que el régimen retributivo de los altos cargos será el establecido con carácter general para los funcionarios públicos del Grupo A de la Ley 30/84, de 2 de Agosto; y el artículo 23.2



de esta última Ley incluye en tal régimen la retribución de los trienios por cada tres años de servicios en la **categoría** a la que pertenezca, concepto este último de indudable naturaleza laboral.

- d) En última instancia, ante la falta de normativa expresa sobre la existencia de tal derecho, debe aplicarse el principio jurídico “in dubio pro labore”.
- e) Que la supresión del complemento de antigüedad supondría la pérdida de un derecho adquirido por el trabajador, lo que sería contrario a la doctrina sobre los derechos adquiridos establecida por la jurisprudencia.

En relación con los antecedentes expuestos y siguiendo el orden de los argumentos recogidos en los apartados a) al e) del antecedente segundo, esta Intervención General formula las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRIMERA. Las Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los ejercicios 1996, 1997 y 1988 regulan las retribuciones de los Delegados Provinciales en su respectivo artículo noveno, el cual no menciona para nada el posible derecho de aquéllos a percibir trienios o complemento de antigüedad.

El derecho de los altos cargos, incluidos los Delegados Provinciales, a la percepción de trienios, está establecido en el artículo 29 de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública que establece:

“Los funcionarios públicos pasarán a la situación de servicios especiales: ... c) Cuando sean nombrados miembros del Gobierno de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas o altos cargos de los mismos que no deban ser provistos necesariamente por funcionarios públicos.

En todos los casos recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñan y no las que les correspondan como funcionarios, **sin perjuicio del derecho a la percepción de los trienios que pudieran tener reconocidos como funcionarios.**

Es obvio que este artículo se refiere solamente al personal funcionario que sea designado alto cargo. El órgano discrepante ni alega ni acredita la existencia de un precepto semejante que habilite a la Administración para abonar trienios complemento de antigüedad a los Altos Cargos que tengan la condición de labores, precepto cuya existencia tampoco consta a este Centro Directivo.

El hecho de que durante los años 1996 y 1997 se hayan abonado sin cobertura normativa un complemento de antigüedad al Delegado significa que se ha producido un pago indebido, pero no puede constituir en modo alguno fundamento para prorrogar indefinidamente en el tiempo dicho pago irregular.

SEGUNDA. La Ley 5/1988, de 19 de Julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone en su artículo 25 que “Las obligaciones económi-

cas de la Comunidad Autónoma y de sus organismos e instituciones nacen de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según Derecho, las generen”.

Por su parte, el artículo 9, dos, de la Ley 7/1997, de 23 de Diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 1998, regula las retribuciones de los Delegados Provinciales sin hacer referencia alguna al complemento de antigüedad que vinieran percibiendo antes de su nombramiento por su relación laboral con la Junta de Andalucía o con cualquier otro empleado.

Considerados los anteriores preceptos en relación con el principio de legalidad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, se ha de concluir que la Administración ha de abonar al personal del sector público, incluidos los altos cargos, los conceptos y las cuantías retributivas establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias aplicables en cada caso. Es decir, que la Administración sólo debe abonar aquello para lo que legalmente está autorizada o habilitada.

En consecuencia, decae el argumento esgrimido por el órgano discrepante de que proceda el abono del complemento de antigüedad porque “no existe ninguna norma con rango reglamentario que lo impida”.

TERCERA. El artículo 23.1 de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la Función Pública, se refiere exclusivamente a las retribuciones de los funcionarios, como indica con total claridad su apartado 1: “Las retribuciones de los funcionarios son básicas y complementarias “. La expresión de su apartado 2 “Cuerpos y Escalas, Clases o Categorías” se refiere con carácter general a los variados colectivos de funcionarios públicos existentes en las distintas Administraciones Públicas a las que es de aplicación la mencionada Ley.

En modo alguno cabe interpretar que el artículo 23 de la Ley 30/1984, se refiere a la clasificación profesional de los trabajadores por cuenta ajena en categorías laborales. Esta es una materia claramente reservada al derecho laboral y está expresamente regulada en el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTA. No cabe alegar, como hace el órgano discrepante, que ante la falta de normativa expresa sobre el posible derecho de los Delegados Provinciales a percibir el complemento de antigüedad, éste le debe ser abonado en aplicación del principio jurídico “in dubio pro labore”. Aún cuando el escrito de discrepancia no explica en qué consiste este principio, entendemos que se refiere al principio consagrado por la doctrina y la jurisprudencia laboral con la expresión “in dubio pro operario”.

Significa este principio que la norma jurídica aplicable a las relaciones de trabajo, en caso de duda en cuanto a su sentido y alcance, debe ser interpretada en la forma que resulte más beneficiosa para el trabajador. Presupone por tanto la existencia una norma jurídica aplicable al caso controvertido y que, una vez aplicadas las reglas de interpretación pertinentes, persista una duda razonable en cuanto al sentido de la norma.

Si el propio órgano discrepante reconoce **la inexistencia de una norma** que atribuya a los Delegados Provinciales el derecho a percibir el complemento de antigüedad laboral, es evidente que mientras que el órgano competente en la materia no considere oportuno dictar la norma jurídica oportuna, este complemento no podrá percibirse invocando sin más el principio “in dubio pro labore”.



QUINTA. El principio laboral de condición más beneficiosa o derecho adquirido, que también alega el órgano discrepante, protege en el ámbito laboral aquellas condiciones favorables individualmente pactadas u “otorgadas “ por el empresario.

El hecho que la unidad administrativa responsable de la confección de la nómina con el visto bueno del órgano que tiene atribuida la gestión de los créditos de personal asignados a la Delegación haya venido acreditando un concepto retributivo sin fundamento normativo, no puede constituir justa causa para el nacimiento de una condición más beneficiosa o de un pretendido derecho adquirido con carácter indefinido.

Por tanto, procede que, una vez detectada esta irregularidad, sea debidamente subsanada.

SEXTA. En cualquier caso la aplicación de los principios “in dubio pro operario y de condición más beneficiosa presupondría la existencia de una relación jurídico-laboral entre el preceptor de las retribuciones y de la Junta de Andalucía, circunstancia que no concorde en el caso que es objeto de la presente discrepancia.

En efecto, los Delegados Provinciales están expresamente comprendidos entre los Altos Cargos según el artículo 2 f) de la Ley 5/1984, de 23 de Abril, de incompatibilidades de Altos Cargos de la Junta de Andalucía. El Delegado es un cargo de especial confianza de libre designación y revocación por Decreto del Consejo de Gobierno. Su “status” en la Administración de la Junta de Andalucía se rige por normas de carácter administrativo y por tanto no es sujeto de una relación laboral ni tiene la condición de trabajador por cuenta ajena en el sentido técnico-jurídico que dicha expresión tiene en la legislación laboral.

Por consiguiente, aún en el supuesto de que sugiera la necesidad de interpretar los preceptos de la Ley del Presupuesto relativos a las retribuciones de los Delegados Provinciales, en la labor de interpretación no cabría invocar los mencionados principios, ajenos por completo a la relación político-administrativa de los cargos de confianza.

En virtud de cuanto antecede esta Intervención General,

RESUELVE

Ratificar la nota de reparo formulada por la Intervención Provincial con fecha 22 de Mayo de 1988, a la nómina de Mayo 1998 de la Delegación Provincial X, en relación con el complemento de antigüedades acreditado al Sr. Delegado Provincial.

De no estar conforme con la presente Resolución, y de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el artículo 13 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, se podrán trasladar las actuaciones, para su definitiva resolución, al Consejo de Gobierno, si la cuantía del gasto excede de veinticinco millones, o a la Comisión de Viceconsejeros, en caso contrario, comunicándolo a la Consejería de Economía y Hacienda en la forma prevista en el artículo 10 del citado Reglamento.

SENTENCIAS, DICTÁMENES E INFORMES

II. GASTOS

II.1. Personal

II.1.4. Personal funcionario

- II.1.4.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía de 23-1-98, sobre aplicación en nómina de la Orden de la Consejería de Gobernación y Justicia, de 23 de Enero de 1988 (BOJA nº 25 de 5-3-1998), por la que se modifican los complementos de determinados puestos de trabajo de la R.P.T. de la Consejería de Agricultura y Pesca.
- II.1.4.2. Informe de la Intervención General de Fecha 23-7-98, por el que se resuelve reconocimiento de un complemento personal no absorbible con motivo de nombramiento como Delegado Provincial.
- II.1.4.3. Informe de la Intervención General de fecha 31-7-98, sobre la procedencia de que la Consejería abone los trienios a los funcionarios de la misma que, estando en la situación administrativa de servicios especiales, desempeñan cargo representativo de Concejal o Diputado Provincial en Corporaciones Locales.
- II.1.4.4. Informe de la Intervención General de 31-7-98, sobre reconocimiento de servicios previos mediante prueba testifical.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA DE 23-3-98 SOBRE APLICACIÓN EN NÓMINA DE LA ORDEN DE LA CONSEJERÍA DE GOBERNACIÓN Y JUSTICIA DE 23 DE ENERO DE 1998 (BOJA Nº 25 DE 5-3-1998), POR LA QUE SE MODIFICAN LOS COMPLEMENTOS DE DETERMINADOS PUESTOS DE TRABAJO DE LA R.P.T. DE LA CONSEJERÍA DE AGRICULTURA Y PESCA

1º. El artículo 50 de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, introducido por la Disposición Final Primera de la Ley 7/1997, de 23 de Diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1998, establece de siguientes:

- “1. Las retribuciones básicas y complementarias de los funcionarios que se devenguen con carácter fijo y periodicidad mensual se harán efectivas por mensualidades completas y de acuerdo con la situación y derechos del funcionario referidos al primer día hábil del mes a que corresponden.

En los siguientes casos no se aplicará la anterior regla general liquidándose por días:

- a) En el mes de toma de posesión del primer destino en un cuerpo o escala, en el de reingreso al servicio activo y en el de incorporación por conclusión de licencias sin derecho a retribución.

2º. De la lectura del precepto antes transcrito y aplicando el criterio interpretativo establecido por el artículo 3 del Código Civil, en virtud del cual “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras” se deduce lo siguiente:

- a) De conformidad con su Disposición Final Única, la mencionada Orden entró en vigor al día siguiente al de su publicación en el B.O.J.A., es decir, el día 6 del corriente mes. En consecuencia, los funcionarios que a partir de ese día pasen a ocupar uno de los puestos relacionados en la Orden, como primer destino, por reingreso al servicio activo o por conclusión de una licencia sin retribución, percibirán sus retribuciones conforme a los nuevos complementos asignados al puesto.
- b) Los funcionarios que el día 1 de marzo estuvieran ocupando uno de los puestos afectados por la citada Orden devengaron sus retribuciones fijas y periódicas del mes de marzo conforme a los complementos que su puesto de trabajo tenía asignado el día 1 de este mes, por lo que a ellos no les serán de aplicación los nuevos complementos hasta que devenguen sus nuevas retribuciones mensuales el próximo 1 de abril.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE 23-7-98, POR EL QUE SE RESUELVE RECONOCIMIENTO DE UN COMPLEMENTO PERSONAL NO ABSORBIBLE CON MOTIVO DE NOMBRAMIENTO COMO DELEGADO PROVINCIAL

Se ha recibido en esta Intervención General escrito de discrepancia que tramita el Viceconsejero de C frente al reparo formulado por la Intervención Provincial a la propuesta de reconocimiento de un Complemento personal. No Absorbible a favor de Z, con motivo de su nombramiento como Delegado Provincial de la Consejería, en virtud de Decreto 254/1997, de 4 de Noviembre (B.O.J.A. nº 130 de 8/11/97).

De la documentación aportada al expediente se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO. La Intervención Provincial formuló nota de reparo nº 41/98, de fecha 30 de marzo de 1998, a la propuesta antes indicada, basándose en las siguientes razones:

- a) El interesado comenzó a prestar servicios en la Sociedad Anónima con fecha 1º de julio de 1984 en virtud de contrato laboral indefinido. El 12/11/84 fue declarado en dicha empresa en situación laboral de excedencia forzosa por desempeño en cargo público. El 23 de Octubre de 1990 se incorporó al servicio activo en el Instituto de Fomento de Andalucía, (en adelante IFA), que se había subrogado en los contratos laborales del personal de dicha sociedad, “no mediando ningún nuevo contrato ni cláusula de reconocimiento de la nueva relación laboral”, según se indica en la nota de reparo.
- b) De acuerdo con el artículo 2.2 de la Ley 3/87, de creación del Instituto de Fomento de Andalucía, el régimen del personal y, en general, sus actividades frente a terceros, estarán sujetas al Derecho privado.
- c) El interesado no ha formado parte ni ha mantenido ninguna “relación de servicios profesionales y retribuidos” con la Administración de la Junta de Andalucía ni con ninguna de las restantes Administraciones Públicas, tal como se entiende en el art. 2.1 de la Ley 30/92 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el art. 1.2 de la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas, donde se establece que se establece que “Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas”:



- a) La Administración General del Estado
- b) La Administración de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.

SEGUNDO. Con fecha 18 de junio pasado el Viceconsejero tramita discrepancia, en la que fundamentalmente argumenta que el I.F.A. por el control financiero a que está sometido, por su carácter instrumental, por la función de “fomento” típica de la Administración y por la gestión de patrimonio público que se le encomienda, forma parte integrante de la Administración Pública. Cita en apoyo de su argumentación el informe emitido con fecha 25 de febrero de 1992 por el Gabinete Jurídico de la Consejería de la Presidencia para un supuesto análogo al presente.

En relación con los antecedentes expuestos, esta Intervención General formula las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRIMERA. En cuanto al apartado a) del Antecedente primero, la documentación aportada-contrato de trabajo con SOPREA, tres certificaciones expedidas por el Secretario General del I.F.A. y recibo de salario correspondiente al último mes trabajado completo-acredita que cuando fue nombrado Delegado Provincial de la Consejería estaba prestando servicios como contratado laboral en el I.F.A. Lo que la Intervención actuante debe fiscalizar es si el interesado mantenía una relación de servicio permanente con alguna Administración Pública en el momento del nombramiento y si con motivo de este nombramiento nace según Ley un complemento personal de la diferencia retributiva, pero no procede en este trámite fórmulas pronunciamientos sobre la subrogación del I.F.A. en los contratos laborales de SOPREA efectuada en Julio de 1988, según certificación del Secretario General del I.F.A.

En cuanto al apartado b) del mencionado antecedente, la Disposición Adicional cuarta de la Ley 8/1996, de 26 de Diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 1997, exige la existencia de “una relación de servicio permanente con alguna Administración Pública”. Esta expresión comprende claramente la relación laboral, además de la funcionarial o estatutaria, por lo que carece de transcendencia alguna a los efectos que nos ocupan que el personal del I.F.A., se rija por el derecho laboral.

En consecuencia, este Centro Directivo no puede asumir los argumentos de la nota de reparo en la Intervención Provincial recogidos en los anteriores apartados a) y b).

SEGUNDA. La cuestión se centra, pues, en dilucidar si el I.F.A. tiene la consideración de Administración Pública a efectos de lo dispuesto en la Disposición Adicional cuarta de la Ley 8/1996, de 26 de Diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 1997, que regía en el momento del nombramiento del interesado para el cargo de Delegado Provincial.

A este fin hay que tener en cuenta lo siguiente:

- a) El I.F.A., fue creado por Ley 3/1987, de 13 de Abril, del Parlamento de Andalucía, (en adelante LIFA), que en la exposición de motivos justifica su creación en los siguientes términos:

“Por otro lado, la promulgación de la Ley de la Hacienda Pública de Andalucía permite, en el seno de nuestra Comunidad Autónoma, el nacimiento de nuevas figuras jurídicas capaces de conjugar la agilidad y rapidez que las relaciones económicas actuales demandan, sin eludir ninguno de los controles administrativos y políticos que la propia Ley fija.

Haciendo uso de estas técnicas y con la presente Ley, surge el Instituto de Fomento de Andalucía como Ente de Derecho Público, con la vocación de llevar a cabo la integración y racionalización de todos los Entes Públicos de promoción y fomento económico existentes en la Comunidad Autónoma Andaluza, sometiendo al Derecho privado en su régimen de funcionamiento, a fin de conseguir la imprescindible agilidad que sepa dar rapidez y puntual respuesta a las necesidades planteadas por los sectores económicos andaluces”.

- b) El artículo 1º de la citada Ley reconoce expresamente la personalidad jurídica pública del I.F.A., ya que lo crea como Entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia de las revistas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante L.G.H.P.) y lo adscribe a la Consejería de Economía y Fomento, o al Departamento al que estén atribuidas las competencias en materia de promoción económica.

Esta adscripción pone de manifiesto la vinculación y conexión del I.F.A. con su ente matriz, que es la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

- c) La Adscripción del I.F.A. como ente instrumental a la Administración Autónoma se patentiza también en que el artículo 6º de la LIFA establece que los órganos de gobierno y dirección del Ente serán nombrados por el Consejo de Gobierno.
- d) La regla general de aplicación del derecho privado, en sus manifestaciones de derecho mercantil, civil o laboral, está matizada por el párrafo 1 del artículo 2º de la LIFA y por el artículo 3º del Reglamento que la desarrolla aprobado por Decreto 122/1987, de 6 de mayo, que excluye la vigencia del derecho privado para aquellas materias en que sea de aplicación la LIFA, la LGHP y la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma Andaluza.
- e) La aplicación del Derecho Público al I.F.A., se pone de manifiesto en las siguientes materias:
- Régimen presupuestario.– Conforme al artículo séptimo de la LIFA, el Ente debe elaborar anualmente un Programa de Actuación, Inversión y Financiación (PAIF) en la forma establecido en los artículos 57 a 61 de la LGHP.
 - Control parlamentario.– El artículo 7º,3 de la LIFA establece que anualmente, el presidente del I.F.A. presentará un informe ante la Comisión de Economía, Industria y Energía del Parlamento de Andalucía.
 - Control financiero.– Conforme al artículo 22 de su Reglamento, el I.F.A. está sometido al control financiero de la Intervención General de la Junta de Andalucía en la forma establecida en el artículo 85 de la LGHP.



– Control contable.– El artículo 23 de su Reglamento somete al I.F.A. al régimen de contabilidad pública, con la obligación de rendir cuentas conforme a lo dispuesto en los artículos 86 y 87 de la LGHP.

- f) Como entidad de derecho público, el I.F.A. tiene asignada en el vigente presupuesto de la Comunidad Autónoma Andaluza una dotación de 23.143.593 (miles de pesetas) en concepto de subvención de explotación y de capital.
- g) La cita en la nota de reparo del apartado 1 del artículo 2º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no desvirtúa la vigencia del apartado 2 del mismo artículo que declara sin lugar a dudas que las entidades de derecho público, a que se refiere la presente controversia, forman parte integrante de la Administración Pública.

“2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrá asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

La personalidad del Ente es única y pública, con independencia de que en unas materias o actuaciones le sea aplicable el Derecho Público y en otras el Derecho Privado.

Asimismo en cuanto a la cita del artículo 1.2 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, cabe señalar que el apartado 3 de dicho artículo también incluye en su ámbito a las “entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”, y establece en qué supuestos tales entidades han de ajustar su actividad contractual a dicha Ley, sin que esta normativa de contratación modifique para nada la personalidad jurídica pública de estos Entes y su integración en la Administración Pública.

A la vista de lo expuesto, esta Intervención General ha de concluir que el I.F.A. es una entidad de derecho público que forma parte de la Administración de la Junta de Andalucía y que en el presente supuesto es de aplicación la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1996, de 26 de Diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 1997, que establece:

“El personal designado para ocupar un cargo por el cual queda excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, en virtud del artículo 3 de la misma, y que mantuviera en el momento del nombramiento una relación de servicio permanente con alguna Administración Pública, no podrá percibir retribuciones inferiores a las que pudieran corresponderte en el puesto de trabajo que desempeñaba en la Administración de origen. Para obtener la diferencia que, en su caso, pudiera corresponderle se compararán las retribuciones fijas y periódicas del puesto de origen con las retribuciones correspondientes al cargo para el que hubiera sido designado. Para su devengo en nómina se exigirá informe favorable de la Consejería de Gobernación en el que conste el importe de la diferencia”.

TERCERA. Con independencia de los criterios sentados en las anteriores consideraciones, este Centro Fiscal ha de formular las siguientes objeciones:

- a) La Delegación Provincial somete a fiscalización previa propuesta de Complemento Personal No Absorbible. La calificación expresa de este complemento como "No absorbible" puede introducir confusión, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 7/1997, de 23 de Diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1998 que establece:

"Este complemento se actualizará en el mismo porcentaje en que lo sea el incremento general de retribuciones de cada ejercicio presupuestario. No obstante absorberá cualquier otro incremento superior a éste en las retribuciones del cargo en que fueron nombrados.

Quienes vinieran devengando el complemento a la entrada en vigor de esta Ley, conservarán en todo caso el derecho al mismo hasta su cese, actualizándose de acuerdo con lo aquí dispuesto.

Es evidente que no se trata de un complemento no absorbible, por lo que se podría designar como Complemento Personal Alto Cargo, ya que la Ley no le atribuye calificación ni nombre alguno.

- b) A la fecha del nombramiento regía la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1996, de 26 de Diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma Andaluza para 1997, cuyo párrafo primero "in fine" dispone que:

"para su devengo en nómina se exigirá informe favorable de la Consejería de Gobernación en el que conste el importe de la diferencia".

Esta Intervención General no comparte el criterio, contenido en el escrito de la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico de Personal de la Consejería de Gobernación de 14/1/98, de que no procede informe por haber sido suprimido por la Ley 7/1997, de 23 de Diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 1988, ya que el citado complemento tiene efectos económicos de 8 de Noviembre de 1997, anteriores, por tanto, a la entrega en vigor de dicha Ley.

Más aún, el escrito de la Delegación, solicitando informe de la Consejería de Gobernación es de fecha 24 de Noviembre de 1997, aunque fue contestado por dicha Consejería el 14 de Enero de 1988.

En consecuencia, este Centro Directivo entiende que debe aportarse al expediente el referido informe, a no ser que la inclusión en nómina del complemento fuera con efectos económicos de 1 de Enero de 1988 o posteriores, en cuyo caso si podría alegarse la vigencia de la mencionada Ley 7/1997.

- c) El derecho de los altos cargos a percibir trienios está establecido en el artículo 29 de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que establece:

"Los funcionarios públicos pasarán a la situación de servicios especiales:

...c) Cuando sean nombrados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas o altos cargos de los mismos que no deban ser provistos necesariamente por funcionarios públicos.



En todos los casos recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que les corresponden como funcionario, sin perjuicio del derecho a la percepción de los trienios que pudieran tener reconocidos como funcionarios.

Es claro que este artículo se refiere solamente al personal funcionario que sea designado alto cargo. En el expediente, ni se alega ni se acredita la existencia de un precepto semejante que habilite a la Administración para abonar trienios a los Altos Cargos que tengan la condición de laborales, por lo que en el cálculo del Complemento Personal habrán de suprimirse las 11.922 .- pesetas que se acreditan como trienio entre las retribuciones que corresponden al Delegado Provincial, todo ello con independencia de que la antigüedad ha sido ya computada en las retribuciones fijas y periódicas que sirven de base para el cómputo del citado complemento personal, y su importe, por tanto, le va a ser abonado.

Asimismo el Delegado Provincial no percibe complemento de categoría y de Convenio, sino complemento de destino y específico, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 8/1996, de 26 de Diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma Andaluza para 1997.

Por otra parte, las retribuciones del cargo de Delegado que deben tenerse en cuenta para el cálculo del complemento personal son las correspondientes al ejercicio 1997, en que se produjo el nombramiento, y no las de 1998.

d) Entre las retribuciones que corresponden al interesado como trabajador del I.F.A. se incluyen 62.453.- pesetas en concepto de prorrateo mensual del complemento de Diciembre que, según el certificado del Secretario General del I.F.A., importa 749.439.- pesetas, equivalente a un mes y quince días del salario según lo estipulado en su contrato de trabajo. El contrato de trabajo, en su cláusula 7ª establece 3,66 gratificaciones extraordinarias al año. Dado que el salario mensual es de 548.143.- pesetas, resulta que la cantidad certificada no corresponde ni a 1,5 ni a 1.66 mensualidades, por lo que el órgano gestor deberá aclarar la cuestión.

e) La propuesta se formula en el sentido de que la parte de complemento que corresponde a diferencia de antigüedad sea con cargo al concepto 130.

La vigente clasificación económica del gasto establece que las retribuciones correspondientes a trienios que los Altos Cargos tuvieran reconocidos como funcionarios se imputan al subconcepto 120,05, pero no hace alusión ninguna a la antigüedad que percibieran como laborales.

En consecuencia, al complemento personal deberá imputarse en su totalidad al subconcepto 100,01. Otras Remuneraciones.

En virtud de cuanto antecede esta Intervención General.



RESUELVE

Rectificar la nota de reparo formulada por la Intervención Provincial con fecha 30 de Marzo de 1.998 a la propuesta de reconocimiento de un Complemento Personal No Absorbible a favor de Z, con motivo de su nombramiento como Delegado Provincial de la Consejería dejando sin efecto el referido reparo.

Declarar que para el reconocimiento del Complemento Personal objeto del presente expediente de discrepancia deberán subsanarse las deficiencias a que se refiere la consideración tercera de esta resolución.

De no estar conforme con la presente Resolución, y de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en el artículo 13 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, se podrán trasladar las actuaciones, para su definitiva resolución, al Consejo de Gobierno, a la cuantía del gasto, excede de veinticinco millones, o a la Comisión General de Viceconsejeros, en caso contrario, comunicándolo a la Consejería de Economía y Hacienda en la forma prevista en el artículo 10 del citado Reglamento.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE 31-7-98 SOBRE LA PROCEDENCIA DE QUE LA CONSEJERÍA ABONE LOS TRIENIOS A LOS FUNCIONARIOS DE LA MISMA, QUE ESTANDO EN LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS ESPECIALES, DESEMPEÑAN CARGO REPRESENTATIVO DE CONCEJAL O DIPUTADO PROVINCIAL EN CORPORACIONES LOCALES

Se acompaña al escrito copia de la Resolución de la Diputación Provincial nº 1.197 de 17 de Abril de 1988, y oficio del Director del Area de Régimen Interior, Organización y Recursos Humanos –ambos dirigidos por la Diputación a esa Dirección General de Función Pública–, así como copia de la sentencia del Tribunal superior de Andalucía de 30.6.97. Copia de todo ello se adjunta al presente escrito.

Argumentan la sentencia y la Resolución de la Diputación que los artículos 74 y 75 de la Ley 7/85, de 2 de Abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, que regulan lo concerniente a las retribuciones de los miembros de las Corporaciones Locales, guardan un absoluto respecto de los trienios, por lo que no es posible atribuir a los Ayuntamientos la obligación legal a abonar tal concepto retributivo a los Concejales o Diputados Provinciales funcionarios.

Esta Intervención General no comparte el anterior criterio ya que la obligación de las Corporaciones Locales de abonar trienios a sus Concejales y Diputaciones Provinciales funcionarios de carrera de cualquiera de las Administraciones Públicas viene impuesta, al margen y con independencia de la normativa específica de las retribuciones de Concejales y Diputados Provinciales, por el artículo 29, apartado 2, párrafo tercero de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública que, al regular los derechos de los funcionarios en situación de servicios especiales establece: “En todos los casos recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios, sin perjuicio del derecho a la percepción de los trienios que pudieran tener reconocidos como funcionarios”.

Este precepto tiene carácter básico, por lo que, de conformidad con el artículo 1.3. de la misma Ley, es aplicable a todas las Administraciones Públicas, y ésta desarrollado reglamentariamente por el artículo 8 del Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado que dispone que: los funcionarios en la situación de servicios especiales percibirán la retribución del puesto ó cargo efectivo que desempeñan y no la que les correspondan como funcionarios. Excepcionalmente, y cuando las retribuciones por los trienios que tuviesen reconocidos no pudieran, por causa legal, ser percibidas con cargo a los correspondientes presupuestos, deberán ser retribuidos en tal concepto por el Departamento en el que desempeñaban su último puesto de trabajo en situación de servicio activo.”



La redacción del texto reglamentario es clara al exigir, para que no se abonen trienios por el Ente Público en el que el funcionario ejerce sus servicios efectivos, que exista “causa legal”, es decir un impedimento normativo o norma en contrario aplicable a dichos Entes, lo que no se da en las Corporaciones Locales.

Por otra parte, consideramos que la referida sentencia, cuya firmeza no consta, solamente produce efectos respecto del funcionamiento que ha interpuesto recurso contencioso-administrativo y ha sido parte en el proceso en que dicha resolución judicial se ha dictado.

Tal sentencia no se puede hacer extensiva a todas las Corporaciones Locales y a todos los funcionarios que desempeñan en las mismas cargos de representación popular, ni debe ser fundamento para modificar unos criterios normativos que se vienen aplicando al menos desde la entrada en vigor de la Ley 30/84, de 2 de Agosto.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE 31-7-98 SOBRE RECONOCIMIENTO DE SERVICIOS PREVIOS MEDIANTE PRUEBA TESTIFICAL

Se ha recibido escrito de esa Intervención Provincial, en el que se expone que la Delegación Provincial de la Consejería de Medico Ambiente ha remitido para su fiscalización expediente de reconocimiento de servicios previos (2 años, 3 meses y 18 días) en virtud de vinculo laboral a D. Miguel A.Mesa Garcia, funcionario del Cuerpo Auxiliar Técnico, aportando como único medio de prueba la declaración de dos trabajadores de la Junta de Andalucía que con anterioridad a las transferencias habían prestado servicios en Patrimonio Forestal del Estado e I.C.O.N.A.

Se consulta si esas declaraciones son suficientes para fiscalizar de conformidad los servicios previos de D. Miguel A. Mesa Garrido.

En relación con la cuestión planteada esta Intervención General informa lo siguiente:

El artículo 41.3 in fine del Real Decreto 1461/1982, de 25 de Junio, que desarrolla la Ley 70/1978, de reconocimiento de servicios previos, dispone que: "En el caso de prestación de servicios no formalizados documentalmente las certificaciones expresarán asimismo los medios de pruebas admisibles en derecho que se hayan tenido en consideración para expedirlas".

A la vista de dicho precepto, entendemos que en determinados casos puede producirse el reconocimiento de servicios previos sin que exista un contrato de trabajo debidamente formalizado conforme a la legislación laboral y suscrito entre el interesado y el órgano competente de la Administración Pública.

Ahora bien en todo caso debe haber existido una prestación de servicios y un vinculo jurídico de carácter laboral y la certificación o Anexo Y debe hacer constar los medios de prueba admitidos en derecho que se hayan tenido en cuenta para constatar su existencia y expedir la certificación.

En el caso consultado, aún cuando no se hace constar expresamente en el Anexo Y, hay que entender que se han tenido en cuenta las declaraciones de los dos trabajadores, que pueden tener un valor análogo al de la prueba testifical.

En relación con este medio de prueba, el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que: "Los Jueces y Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana critica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieran dado y las circunstancias que en ello concurran". Y el artículo 1248 del Código Civil, que: "La fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos se-



rá apreciada por los Tribunales conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil, cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito.

En el caso sometido a consulta, los testigos manifiestan que los servicios se prestaron en los periodos de tiempo que indican entre los años 1974 a 1983. En esas fechas, aunque no existiera un contrato formalizado, debieron existir otros medios de prueba escritos, como documentos de alta y baja y de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, documentos de la oficina de empleo, libro de matricula de personal, nóminas de pago por parte de la Administración Pública contratante, etc.

Por otra parte, la Intervención General del Estado, en la Circular dictada con fecha 10 de Julio de 1982, con motivo de entrada en vigor de la Ley 70/78 y Real Decreto 1461/82, se manifiesta en los siguientes términos: "Se considera que los medios de prueba admitida en derecho en el reconocimiento de servicios previos han de hacer referencia a antecedentes escritos, sin que sean admisibles, como único medio de prueba, las simples declaraciones".

A la vista de lo expuesto, este Centro Directivo considera que, como regla general, el reconocimiento de servicio previos deberá fundamentarse en algún medio de prueba por escrito.

No obstante, no se excluye en casos concretos muy excepcionales, la facultad de los órganos que tramitan el expediente para valorar con arreglo a los principios de la sana crítica la prueba testifical.

SENTENCIAS, DICTÁMENES E INFORMES

II. GASTOS

II.1. Personal

II.1.7. Otro personal

- II. 1.7.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía de fecha 29 de Julio, relativo a nombramiento como facultativo interino, especialidad traumatología, al no aportar título alguno ni certificación que justifique la falta de dicho título.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA DE FECHA 29 DE JULIO DE 1998 RELATIVO A NOMBRAMIENTO COMO FACULTATIVO INTERINO, ESPECIALIDAD TRAUMATOLOGÍA, AL NO APORTAR TÍTULO ALGUNO NI CERTIFICACIÓN QUE JUSTIFIQUE LA FALTA DE DICHO TÍTULO

Se ha recibido en esta Intervención General escrito de discrepancia de fecha 15 de Junio pasado, que tramita el Viceconsejero de Salud, frente al informe del Interventor Central del S.A.S. de 13 de Enero de 1998, por el que se ratifica la nota de reparo de la Intervención Provincial Adjunta de fecha 18 de Agosto de 1997 respecto al expediente relativo al nombramiento de ALVAREZ como Facultativo Interino, Categoría Ayudante de Traumatología, para sustitución por vacaciones del titular de la plaza desde 18.08.97 a 12.09.97.

De la documentación aportada al expediente se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO. La Intervención Adjunta del S.A.S. formuló nota de reparo a la propuesta de nombramiento antes indicada por no aportarse título oficial de Especialista en Traumatología de la interesada, ni certificación alguna que justifique la falta de dicho título.

SEGUNDO. Ante la aludida nota de reparo, la Dirección Económica-Administrativa del Hospital plantea, con fecha 28 de Agosto de 1997, discrepancia que tiene entrada en la Intervención Central del S.A.S. el 30 de Diciembre de 1997, en la que fundamentalmente alega que, de acuerdo con la Nota de Circulación Interior del Servicio de Gestión y Régimen Jurídico de personal del Servicio Andaluz de Salud de fecha 23-09-96, se remite a la Intervención Provincial Adjunta certificación en la que se hace constar la carencia en la Bolsa Provincial de Contratación de especialistas en traumatología disponibles, motivo por el que se designa a que está incluida en dicha Bolsa de Contratación como Médico Especialista sin título oficial con experiencia en Traumatología.

TERCERO. La Intervención Central del S.A.S. ratifica el reparo de la Intervención Provincial Adjunta mediante Resolución de 13 de Enero de 1998, fundamentándose en los siguientes argumentos:

- a) De aceptarse la virtualidad de la Bolsa Provincial de contratación, nada impide que se acuda a otras bolsas Provinciales, y no se acredita haberse agotado esta vía.



- b) De no aceptarse la virtualidad de la misma, en base al informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 17 de Abril de 1997, que señala la nulidad de los Pactos de los que nacieron las mesas de contratación y bolsas de trabajo, resulta que no puede acreditarse haber cumplido con el trámite de publicidad que hubiera propiciado la necesaria concurrencia.
- c) En todo caso la titulación requerida para el desempeño de una plaza es requisito necesario para sentar la legitimidad y el derecho de la persona que se contrate, según dispone el Decreto 127/84 de 11 de Enero.

CUARTO. Frente a la Resolución de la Intervención Central, el Viceconsejero de Salud tramita discrepancia ante esta Intervención General, en la que argumenta lo siguiente:

- a) Con fecha 31 de Marzo de 1992, en el ámbito de la Mesa Sectorial de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los representantes del S.A.S. y de las Centrales Sindicales suscriben "Acuerdo entre el Servicio Andaluz de Salud y las Centrales Sindicales firmantes sobre diversos aspectos retributivos funcionales y organizativos en los centros sanitarios dependientes del organismo", en los términos establecidos por la Ley 9/1987, de 12 de Julio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y por la Ley 7/1990, de 19 de Julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. El apartado G de este Acuerdo, determina la necesidad de revisión del mismo, dada la "propia evolución de los acontecimientos, tales como las recomendaciones del Defensor del Pueblo".
- b) En desarrollo del citado apartado G y en el mismo ámbito de la Mesa Sectorial de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Andalucía se suscribe "Acuerdo entre el Servicio Andaluz de Salud y las Centrales Sindicales firmantes sobre Mesa de Contratación", de fecha 3 de Febrero de 1993, cuyo apartado establece que "... para una mejor eficacia y garantías en el proceso, la bolsa de la que se proveerá cada órgano de contratación será única por cada Provincia.
- c) En ejecución del anterior Acuerdo se constituye con fecha 17 de Febrero de 1998 la Mesa Provincial de contratación de Málaga y se firma entre el S.A.S. y las Centrales Sindicales el "Reglamento de funcionamiento de la Mesa de Contratación Provincial de Málaga".
- d) Estos Acuerdos y Reglamento, elaborados sobre la base del R.D. 118/1991, de 25 de Enero, sobre selección de personal estatuario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, se hallan vigentes y son vinculantes para esta Administración, siendo competencia de las Administraciones Públicas la declaración de nulidad de los actos, según lo establecido en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o bien, de los Tribunales de Justicia a través de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- e) En cumplimiento de la normativa expuesta, y ante la necesidad de cubrir temporalmente una plaza de Ayudante de Traumatología S.D.H., se remite a la Intervención

Provincial Adjunta Proyecto de Contrato mediante nombramiento de Facultativo Interino para sustitución de titular de la plaza, acompañado de la preceptiva documentación.

- f) La sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 22-12-95 recaída en recurso de Casación para la Unificación de Doctrina señala “que sólo circunstancias extraordinarias pueden justificar la contratación de un médico no especialista para puesto que requiera especialidad como serían los derivados de carencia absoluta de especialistas que hagan necesario cubrir transitoriamente la plaza, al no poder dejar de prestarse el servicio a los titulares de la asistencia necesaria...”.
- g) Asimismo, la Nota de Circulación Interior del Servicio de Gestión y Régimen Jurídico de Personal del Servicio Andaluz de Salud de 23-09-96 recoge el criterio de la Sentencia citada al determinar que “es la carencia absoluta de especialistas el hecho determinante y habilitante para poder contratar o nombrar para el puesto a médico no especialista ...”, circunstancia que ha de constar “fehacientemente” mediante la oportuna certificación cuando en el contrato o nombramiento sometido a fiscalización se dé esta particularidad.

En base a los antecedentes expuestos esta Intervención General formula las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA. El nombramiento objeto de la presente discrepancia tenía por objeto cubrir la ausencia del Ayudante de Traumatología desde el 18 de Agosto al 12 de Septiembre de 1997 con motivo de sus vacaciones reglamentarias.

A tal efecto, la Gerencia del Hospital Regional Carlos Haya remitió a la Intervención Provincial Adjunta propuesta de nombramiento interino para sustitución del titular de la plaza a favor. La propuesta se recibe en la Intervención con fecha 14-08-97, es decir, el día hábil anterior a aquél en que la interesada deberá iniciar la prestación de sus servicios teniendo en cuenta que el 15 era festivo, y los dos siguientes sábado y domingo.

A la referida propuesta no se acompaña título oficial de Especialista en Traumatología de la interesada, ni tampoco certificación ni documentación alguna que acreditara la concurrencia de circunstancias extraordinarias que, conforme al criterio sentado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22-12-95, que cita el escrito de discrepancia, pudiera justificar la contratación de un médico no especialista para puesto que requiera especialidad.

En efecto, en el escrito de discrepancia formulado por el órgano gestor frente al reparo de la Intervención Provincial se dice textualmente: “se remite a la Intervención Provincial Adjunta certificación en la que se hace constar la carencia absoluta en la Bolsa Provincial de Contratación de especialistas en Traumatología disponibles, motivo por el que se designa quién ésta incluida en dicha Bolsa de Contratación como MESTO con experiencia en Traumatología”.

Aunque el órgano discrepante no lo dice expresamente, se deduce que dicha certificación se adjuntó con el escrito de discrepancia, que está fechado el 28-08-97. En todo ca-



so, es evidente que no se acompañó a la propuesta de nombramiento en el trámite de fiscalización, ya que está expedida el 18-08-97, fecha en que el nombramiento debía comenzar a surtir efectos por que el titular sustituido iniciaba sus vacaciones. La Intervención actuante, en el momento de emitir su informe fiscal de disconformidad, no conocía ni disponía de la citada certificación.

En consecuencia, este Centro Fiscal entiende que el reparo formulado, con fecha 18 de Agosto de 1997 por la Intervención Provincial Adjunta de Málaga a la vista de la documentación que obraba en el expediente en el momento de la fiscalización, está fundado en derecho y debe ser ratificado.

SEGUNDA. Una vez sentado el criterio sobre la procedencia de reparo por las razones anteriormente expuestas en el caso concreto que se ésta examinando, esta Intervención General considera que no es el objeto del presente expediente de discrepancia el análisis de la legalidad de los pactos acordados en el seno de la Mesa Sectorial de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que no ha de formular en este trámite pronunciamiento alguno sobre esta cuestión.

En virtud de cuanto antecede esta Intervención General,

RESUELVE

Ratificar la nota de reparo formulada por la Intervención Provincial Adjunta con fecha 18 de Agosto de 1997 a la propuesta de nombramiento de como Facultativo Interino Ayudante de Traumatología para sustitución por vacaciones del titular y mantener el informe de la Intervención Central del S.A.S. de 13-01-97 en cuanto ratifica la citada nota de reparo, sin tomar en cuenta los argumentos contenidos en la consideración segunda de dicho informe.

De no estar conforme con la presente Resolución, y de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en el artículo 13 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, se podrán trasladar las actuaciones, para su definitiva resolución, al Consejo de Gobierno, si la cuantía del gasto excede de veinticinco millones, o a la Comisión de Viceconsejeros, en caso contrario, comunicándolo a la Consejera de Economía y Hacienda en la forma prevista en el artículo 10 del citado Reglamento.

SENTENCIAS, DICTÁMENES E INFORMES

II. GASTOS

II.2. Contratos

II.2.1. Contratos en general

- [II.2.1.1.](#) Sentencia de 14 de Octubre de 1997 del Tribunal Supremo de Justicia de la Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sobre la Resolución de un Ayuntamiento acordando ejecutar el aval prestado en concepto de fianza-garantía provisional para responder de las obligaciones derivadas de la licitación por no haberse formalizado el contrato en el plazo legal por causa imputables al contratista.
- [II.2.1.2.](#) Informe 2/98 de la Comisión Consultiva de Contratación de 18 de Septiembre sobre la forma de expedición de la declaración responsable de no encontrarse el licitador incurso en prohibición de contratar y sobre la interpretación del inciso final del artículo 9.3 del Real Decreto 390/1996, de desarrollo parcial de la ley de contratos de las administraciones públicas.
- [II.2.1.3.](#) Sentencia de 23 de Febrero de 1988, del Tribunal Supremo de Justicia del país Vasco, sala de lo Contencioso-Administrativo, sobre adjudicación del concurso convocado para la concertación de los trabajos de conservación y mantenimiento del alumbrado público.

SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1997, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA RIOJA, SALA DE LO CONTECIOSO-ADMINISTRATIVO, SOBRE LA RESOLUCIÓN DE UN AYUNTAMIENTO ACORDANDO EJECUTAR EL AVAL PRESTADO EN CONCEPTO DE FIANZA-GARANTÍA PROVISIONAL, PARA RESPONDER DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA LICITACIÓN, POR NO HABERSE FORMALIZADO EL CONTRATO EN EL PLAZO LEGAL POR CAUSA IMPUTABLES AL CONTRATISTA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La compañía mercantil Y, S.A. adjudicataria provisional de las obras de urbanización de la Calle Nueva en la localidad de Murillo de Río Leza (La Rioja) impugna el acuerdo municipal adoptado en sesión plenaria de 12 de agosto de 1996 por el que, en aplicación del art. 114.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y “debido a que el contrato” con dicha empresa “no ha podido formalizarse” dentro del plazo indicado por la Ley, por causas todas ellas imputables a la mencionada empresa”, decidió ejecutar el aval por importe de 2.405.521 pesetas por ella presentado en concepto de fianza-garantía provisional para responder de las obligaciones derivadas de la licitación en subasta para la ejecución de la obra; pretendiéndose en la demanda de declaración de nulidad del acuerdo, por no ajustado a Derecho, con reintegro de la suma ejecutada más los intereses legales procedentes.

SEGUNDO. En el caso que la hoy actora concurrió, junto con otras constructores, a la licitación haciendo la propuesta económica más ventajosa (86.400.000 pesetas), aunque incurriendo en baja temeraria al exceder en 3,546% de la baja media. No obstante lo cual, la Mesa de Contratación propuso la adjudicación a esta oferta, aunque pendiente de la resolución plenaria del Ayuntamiento y de la justificación de la baja con audiencia del interesado.

En sesión de 11 de Julio de 1996, y con referencia a la votación sobre la adjudicación definitiva, se acuerda “notificar “ a Y., que su oferta económica es la más ventajosa, por lo que se le emplaza a que justifique su baja y cuantos otros extremos deriven de la obra. Una vez producidos estos hechos, se levanta la suspensión en la adjudicación para que en el plazo de quince días constituya la garantía del 4% inicial y a que formalice el contrato y, en definitiva, del conjunto de derechos y deberes de las partes. Al propio tiempo se mantiene la propuesta de constitución de una Junta Consultiva de Contratación ad hoc, al objeto de analizar la baja temeraria.

En oficio del día 19 se comunica a la constructora que se le da audiencia para que justifique la baja, la que será evaluada por la Junta Consultiva ad hoc, dando cuenta a la Corporación, y se le hace saber que desde la notificación de la adjudicación, del pleno del



día 11, se abren los plazos de presentación de las garantías definitivas y de la firma del contrato.

Por escrito de 7 de Agosto la empresa viene a comunicar al Ayuntamiento que, siéndole imposible soportar los costes económicos y financieros del contrato, reitera su propuesta, pidiendo al Consistorio adjudique el contrato al segundo mejor licitador.

Ante ello, la Administración adopta el acuerdo que es objeto de impugnación.

TERCERO. La garantía provisional en la contratación administrativa resulta exigible con carácter general a todo empresario que aspira a contratar con la Administración Pública y tiende a asegurar la solvencia del aspirante y la seriedad de su propuesta, en particular a lo referente a la prestación de las garantías definitivas y, sobre todo, en orden a la formalización del correspondiente contrato. De tal manera que, en los arts. 36,5, 55,3 y 114,1 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (L 13/1995) y 120 y 346 del Reglamento de Contratación del Estado (D 3410/1975), vigente en cuanto no se oponga a la norma superior, la incautación de la garantía provisional prestada se anuda al presupuesto de hecho de no formalizarse el contrato administrativo en plazo por causa imputable al contratista.

Esta consecuencia presupone, a su vez, el que el contrato sea susceptible de formalización. Presupuesto que no se dará hasta que tras la adjudicación provisional, por parte de la Mesa, se produzca el acuerdo de adjudicación definitiva emanado del órgano de contratación competente, toda vez que mediante este acto se produce la perfección del contrato (art. 54 L 13/195), aunque su formalización en documento administrativo se difiere a un momento posterior (art.55.1 de la Ley). De ahí que el art.55.3 hable de resolución del contrato por falta de formalización.

De lo expuesto se infiere que, para decidir sobre la conformidad a Derecho del acuerdo corporativo objeto de impugnación, ha de analizarse previamente la existencia en el caso de un contrato perfeccionado mediante un acuerdo forma de adjudicación a la contratista hoy recurrente por parte del órgano de contratación, el pleno del Ayuntamiento.

CUARTO. Pese a la oscuridad expresiva del acuerdo (transcrito) adoptado por el pleno en la sesión de 11 de Junio de 1996 (mismo día de la adjudicación provisional) en orden a si en se hacia o no la adjudicación definitiva del contrato, ha de estarse por una respuesta negativa del contrato, sobre la base de las siguientes consideraciones; primera, que no se acuerda de manera clara y expresa la adjudicación definitiva del contrato, ni tampoco se le notifica en tal sentido a la adjudicataria provisional, sino que, simplemente, se le da audiencia "para que justifique la baja" (escrito de 19 de Julio), segunda, que en el acuerdo en cuestión parece quedar condicionada suspensivamente la adjudicación a que se justifique dicha baja por la contratista, lo cual se confirma en atención a la construcción de una junta consultiva que, tras la audiencia de la interesada, debe informar al órgano de contratación previamente a la determinación por éste sobre la adjudicación; tercera, que como se infiere de la normativa del art. 48 de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, en los supuestos de bajas temerarias o desproporcionadas han de seguirse, con carácter previo a la adjudicación definitiva por el órgano de contratación, los trámites e informes que el precepto establece, y cuarta, que como a simple adjudicataria "provisional" considera sin ambages el propio acuerdo consistorial, ahora impugnado.



QUINTO. No habiéndose, por lo expuesto, hecho la adjudicación del contrato a la demandante, no se produjo tampoco la perfección del mismo (art.54 L 13/1995) ni, consecuentemente, existía contrato llamado a ser formalizado; por lo que devenía por todo punto imposible imputar a la demandante, en cuanto adjudicataria simplemente propuesta, la no formalización en plazo de un contrato que, por lo razonado, no se había producido.

Así pues, no existiendo contrato que formalizar en documento administrativo, la resolución acordada por el Consistorio devenía improcedente, y disconforme a Derecho la incautación de la garantía provisional prestada por la empresa adjudicataria provisional presta por el incumplimiento de una formalidad que no le era legalmente exigible, no siendo de aplicación al caso el art. 114.1 invocado el acuerdo recurrido ni sus concordasteis procedentes citados.

SEXTO. Deben, en conclusión, prosperar el recurso interpuesto y las pretensiones de la demanda, una vez acreditada la ejecución del aval prestado en garantía provisional en la fecha de 23 de Enero de 1997. Sin que, no obstante, proceda hacer declaración de costas conforme al art. 131 de la Ley de esta Jurisdicción.

INFORME 2/98 DE LA COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN DE 18 DE SEPTIEMBRE SOBRE LA FORMA DE EXPEDICIÓN DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE DE NO ENCONTRARSE EL LICITADOR INCURSO EN PROHIBICIÓN DE CONTRATAR Y SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 9.3 DEL REAL DECRETO 390/1996, DE DESARROLLO PARCIAL DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

ANTECEDENTES

Con fecha 1 de Julio de 1997, el Interventor General de la Junta de Andalucía remite escrito a esta Comisión Consultiva que literalmente dice lo siguiente:

“En virtud de la competencia atribuida a esa Comisión Consultiva de Contratación Administrativa por el artículo 3.1.D, del Decreto 54/87, de 25 de Febrero, y con motivo de preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se solicita informe para aclaración de las cuestiones que se plantea a continuación:

1. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas preceptúa en su artículo 21.5 que “la prueba por parte de los empresarios de no estar incurso en las prohibiciones para contratar con la Administración señaladas en el artículo anterior, en relación con las situaciones indicadas en sus distintas letras, podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa según los casos y cuando dicho documento no pueda ser expedido por las autoridades competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante autoridades administrativas, notario público u organismo profesional cualificado”.

Se tiene conocimiento que, en aplicación del citado precepto según el criterio de quienes compongan las mesas de contratación se da distinto alcance al contenido de la exigencia de la “declaración responsable otorgada ante autoridad administrativa”, produciéndose una inseguridad jurídica para los contratistas que concurre como licitadores a los procedimientos de contratación.

De un lado, esta Intervención General interpreta que los interventores deben comprobar la existencia del documento en el que se refleje no sólo la declaración responsable del empresario sino también la firma de la autoridad administrativa, acreditativo de que tal declaración se ha otorgado ante él.

De otro, concretamente, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación y Ciencia, según informe 99/66, de 10 de Abril de 1996, interpreta el artículo 21 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de que una declaración responsable otorgada “ante una autoridad pública es la que se realiza en presencia de la misma, pero también, la que se realiza por el sólo interesado y se remita al órgano administrativo com-



petente para la gestión del procedimiento en el que es requerida tal declaración responsable ó jurada. Ante esta discrepancia de criterio, se necesita opinión de ese órgano consultivo respecto al verdadero contenido que ha de otorgarse a la expresión recogida en el artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al objeto de unificar y homogeneizar las actuaciones en las mesas de contratación.

2. Asimismo, se precisa interpretación respecto al alcance del inciso final del artículo 9.3 del Real Decreto 390/1996, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Y ello, porque existen dudas respecto a si, en el supuesto concreto de que el plazo que medie entre el anuncio de licitación y el plazo de presentación de las proposiciones sea superior a 20 días, y el contratista solicite la certificación de estar al corriente en las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social en el periodo inmediatamente anterior en 19 días a la fecha de presentación de las proposiciones, tal solicitud debe tener los mismos efectos que la certificación.

Sin perjuicio de algún mejor criterio de ese órgano Consultivo, surgen tres posibles alternativas en las Mesas de Contratación.

- a) Excluir a la empresa licitadora por no cumplir la documentación estrictamente con las formalidades, invocando el principio de "seguridad" en perjuicio del principio de concurrencia.
- b) Entender que la documentación adolece de un defecto material concediendo al licitador un plazo máximo de tres días de subsanar el error, primándose el principio de "concurrencia" frente al de seguridad aunque con un cierto equilibrio.
- c) Estimar que la documentación es totalmente correcta concediendo a la empresa, si ésta resulta propuesta para la adjudicación, la posibilidad de que presente el certificado antes de la adjudicación. En este caso, se primaría descompensadamente el principio de "concurrencia" frente al de seguridad.

3. Con fecha 8 de Septiembre de 1997 se solicita a la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación y Ciencia el informe 99/96, elaborado por ella, relativo a la interpretación del artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

INFORME

1. La primera de las cuestiones que plantea el Interventor General se centra en la interpretación que ha de hacerse del artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre la forma de prestación de la declaración responsable de no encontrarse el licitador en prohibición de contratar otorgada ante autoridad administrativa y más concretamente, si es suficiente que la citada declaración responsable que se realice en un documento exclusivamente firmado por el licitador o por cualquiera de sus representantes y posteriormente remitido al órgano de contratación, tal y como defiende la Asesoría Jurídica

ca de la Consejería de Educación y Ciencia, o si por el contrario, como interpreta la propia Intervención General, tal declaración responsable ha de efectuarse en presencia de una autoridad administrativa quien deberá firmar la misma acreditando con ello que tal declaración se ha otorgado ante el.

Según refiere el propio Interventor General, estas son las dos interpretaciones que realizar las mesas de contratación, contradictorias entre sí, y que provocan una inseguridad jurídica para las empresas que concurren como licitadoras a los distintos procedimientos de contratación que realiza la Junta de Andalucía.

Antes de entrar de lleno en la cuestión planteada hemos de señalar que sobre mencionada declaración responsable, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda hizo una primera interpretación en la "Recomendación de 23 de Marzo de 1998, sobre aplicación de la Legislación de Contratos del Estado adoptada a directivas comunitarias sobre contratación pública". Por aquel entonces, el contenido del artículo 21.5 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se encontraba con el mismo tenor literal en el último párrafo del artículo 9 de la derogada Ley de Contratos del Estado.

En el apartado 3.1 de aquella Recomendación, se expone textualmente que "A Juicio de esta Junta Consultiva la declaración responsable a que se refiere el transcrito precepto podrá ser efectuada ante el propio órgano de contratación, pues resulta indudable que el mismo debe considerarse autoridad administrativa, como se desprende claramente de la redacción del precepto, distinguiendo entre autoridad competente para expedir certificaciones (por ejemplo de la Administración Tributaria o de la Seguridad Social) y otras autoridades administrativas ante las que se puede efectuarse la declaración responsable, y sobre todo, el sentido y finalidad del artículo 23 de la Directiva 71/305/CEE, y sobre contratos de obra (hoy artículo 24 de la Directiva 93/37/CEE, que sustituye y deroga a la anterior) y del artículo 20 de la Directiva 77/62/CEE, sobre contratos de suministros (hoy mismo artículo de la Directiva 93/36/CEE, que igualmente sustituye a la anterior), de los que procede la norma de la legislación española".

Parece claro pues, que la declaración responsable puede realizarse ante cualquier autoridad administrativa, incluida la del propio órgano de contratación. No señala, sin embargo, la citada Recomendación cuales son los requisitos formales que deben acompañar a la citada declaración cuando esta se emita ante el propio órgano de contratación, por lo que lo recomendado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no arroja ninguna luz sobre el tema.

Ninguna dificultad ofrece el entendimiento de la cuestión cuando el certificado que se presente contenga una declaración responsable ante una autoridad administrativa distinta del órgano de contratación ante el que ha de surtir efectos tal declaración. En este caso, es necesario que el documento declarativo contenga, además de la manifestación concreta del licitador sobre la inexistencia de situaciones que le prohíben contratar, la firma de la autoridad administrativa junto con cualquier expresión escrita que se revele que tal declaración se ha emitido ante esa autoridad así como la fecha de expedición. Estos son los elementos formales que caracterizan a esta declaración en el que la autoridad administrativa actúa como fadatario público de un documento que, como bien indica la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación y Ciencia, adquiere en virtud del artículo 1216 del CC el carácter de documento público, y en el que lo único que se acredita es que ha existido una



comparecencia pública de un licitador o de su representante en el que hace una manifestación concreta, pero no la veracidad de la misma.

La misma respuesta se ha de dar cuando el licitador voluntariamente desee que su declaración responsable contenga los mismos elementos formales y la autoridad administrativa sea la del propio órgano de contratación. En este caso, no hay variación alguna de los requisitos que acabamos de describir en el párrafo anterior.

Mayor inseguridad ofrece responder a la misma cuestión cuando la misma declaración responsable se realiza por el solo interesado y posteriormente se remite al órgano de contratación convocaste de la licitación junto con el resto de la documentación, o dicho de otra manera, si puede prescindirse, en estos casos de los requisitos formales ya vistos, asunto éste sobre el que se centra el debate.

La respuesta, a juicio de esta Comisión Consultiva, debe encontrarse en la naturaleza de tales requisitos formales, es decir, si son elementos esenciales para la validez de lo declarado o, si por el contrario, son elementos puramente circunstanciales o accesorios. En este sentido, no debemos olvidar que la autoridad ante la que se hace la declaración responsable, como se ha dicho, no hace fe, no puede hacerlo, de la veracidad de lo declarado, tan sólo se acreditan otros elementos del acto de la declaración como son la personalidad del declarante, o la fecha de la declaración. Estos hechos, que son lo que realmente pueden acreditarse, no quedan desconocidos, cuando la declaración se remita al órgano de contratación, pues éste tiene menos para comprobar la personalidad del declarante y su capacidad, ya que entre los documentos que deben acompañar a las ofertas están los que acreditan la personalidad del licitador y la de sus representantes.

Así mismo, no debemos perder de vista lo señalado por García de Enterría y Fernández Rodríguez, quienes refiriéndose al contenido de las declaraciones en general como actos de los administrados, afirman que ni aún cuando las declaraciones sean obligatorias para éstos, está obligada a aceptarlas la Administración, sobre la que no pesa otro deber, cuando se produzca en el curso de un procedimiento administrativo, que el de abrir un periodo de prueba cuando no tenga por ciertos los hechos declarados por el interesado (art. 80.2 LRJAP y PAC).

En consecuencia, exigir que la declaración se efectúe literalmente “ante” el órgano contratante no añade nada nuevo al valor de lo manifestado ni incrementa la seguridad jurídica del acto. Si revela, por el contrario, rígido formalismo que lo aleja de ciertos principios del Derecho Administrativo, algunos asentados y positivizados en nuestro ordenamiento jurídico, como el principio de eficacia en la actuación administrativa (arts. 103 CE y 3 de la LRJAP y PAC) o, como certeramente señala la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación, el de “no gravamente al interesado con trámites innecesarios” deducido del artículo 35f) de la LRJAP y PAC. De entre los principios no positivizados que pudieran ser afectados debemos destacar el principio de antiformalidad, pues, como refiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “el Derecho Administrativo, en principio, se ha decidido por un antiformalismo ponderado que, sin merma de la legalidad, permita el desarrollo de la actuación administrativa conforme a normas y principios de celeridad y eficacia”.

2. La segunda de las cuestiones que se plantean en la consulta se refiere a la interpretación que ha de hacerse respecto al artículo 9.3 del Real Decreto 390/1996 de desarro-

llo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece que las certificaciones que deban presentar los licitadores, acreditativas de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social"... serán expedidas por el órgano competente en un plazo máximo de veinte días naturales... En caso de no expedir la certificación en el indicado plazo o si, una vez publicado el anuncio de la licitación, dicho plazo superase el requerido a las empresas licitadoras para la presentación de proposiciones, podrán presentarse con los mismos efectos las solicitudes de los certificados, sin perjuicio de la obligación de presentar los correspondientes certificados por las empresas adjudicatarias".

La consulta se ciñe a si, en el supuesto concreto no recogido en la norma, de que siendo el plazo que media entre la publicación del anuncio de licitación y la finalización del plazo de presentación de proposiciones superior a veinte días, y el contratista solicite la certificación de estar al corriente en las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social en el periodo inmediatamente anterior en diecinueve días a la fecha de la finalización de la presentación de las proposiciones, tal solicitud debe tener los mismos efectos que la certificación.

La propia Intervención General presente tres alternativas interpretativas que basculan, según cual sea la solución ofrecida entre la primacía del principio de concurrencia frente al de seguridad, dependiendo de la mayor o menor importancia que se otorgue a uno o otro.

En efecto, la disposición, para aquellos que se encuentren en las situaciones descritas, es clara pues convalida la solicitud del certificado con el certificado mismo, para el acto de calificación de los documentos y retrasa la aportación del certificado a los que resulten propuestos con adjudicatorios.

La "ratio legis" de tal previsión normativa está en excluir de la inicial exigida del certificado a los licitadores que acrediten objetivamente que han actuado diligentemente en cuanto a la preparación de la documentación requerida en los pliegos de cláusulas. En éste sentido, la falta de actuar administrativo por no emisión del certificado en el periodo mencionado de veinte días o el establecimiento por el órgano de contratación de un plazo para la presentación de la oferta y la documentación que la acompaña inferior al que se exige a los órganos competentes para expedir el certificado no puede ser objeto gravemente a quienes, aún mostrando el máximo cuidado en su actuar, carecen de toda culpa.

Distinto es el planteamiento que ha de hacerse de la cuestión para quienes, en las licitaciones en que el plazo existente entre la publicación del anuncio de licitación y la finalización del plazo de presentación de documentación sea superior a veinte días, presenten la copia de haber solicitado los certificados requeridos en los últimos diecinueve días anteriores al agotamiento del plazo de presentación de la documentación.

Para estos casos, la consecuencias que se derivan no pueden ser los mismos que para los supuestos establecidos en la norma. En primer lugar, porque las normas no sólo se interpretan por lo que dicen, sino también por lo que silencian. Si el precepto hubiera querido establecer que también éstos, estuvieran incluidos en la misma, a pesar de haber mostrado una falta de atención en el plazo de solicitud de los certificados, máxime cuando éstos tienen un periodo de validez de seis meses desde su emisión, simplemente lo hubiera incluido en su supuesto, sin particularizar ninguna situación concreta.



CONCLUSIONES

1. Las declaraciones responsables de los licitadores de no hallarse en prohibición de contratar podrán ser realizadas por los interesados y remitidas posteriormente a los órganos de contratación ante los que haya de surtir los efectos legales establecidos en el artículo 21 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. No podrán entenderse como hábiles, a los efectos previstos en el artículo 9.3 del Real Decreto 390/1996, sobre desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, las solicitudes de certificaciones acreditativas de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social presentadas ante el órgano competente para expedir el certificado en los diecinueve días anteriores a la finalización del plazo de presentación de documentos ante el órgano de contratación, siempre que el plazo existencia entre el anuncio de licitación y el de presentación de los mismos sea superior a veinte días.

A quienes se encuentren en esta situación se les otorgará un plazo no superior a tres días para que subsanen el error material.

Esto es cuanto se ha de informar.

Y para que así conste a los efectos procedentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, expido la presente con el visto bueno del Vicepresidente, que actuó como Presidente en la sesión correspondiente.

SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1998 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO, SALA 10 DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SOBRE ADJUDICACIÓN DEL CONCURSO CONVOCADO PARA LA CONCERTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE CONSERVACIONES Y MANTENIMIENTO DEL ALUMBRADO PÚBLICO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se impugna mediante este recurso de apelación, interpuesto por el Procurador Don A.G.S., actuando en nombre y representación del Ayuntamiento X, la Sentencia de 25 de Marzo de 1991, de la sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Vizcaya, del Tribunal Supremo de Justicia del País Vasco, por el que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo núm. 556/1985, que se encontraba pendiente ante dicho órgano jurisdiccional.

El citado recurso contencioso-administrativo había sido iniciado por “Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas, S.A.”, que pretendía se declarasen contratos a derecho “los Acuerdos del Ayuntamiento X 11 de Abril y 4 de Julio del mismo año, en cuanto a los mismos adjudicaron el concurso convocando para la concertación de los trabajos de conservación y mantenimiento del alumbrado público, a la compañía mercantil “A., S.A.”, que no reúne las condiciones exigidas en los pliegos correspondientes, lo que puede implicar quebrantamiento por la propia Corporación Municipal de las normas que, libre y voluntariamente instituyó para regular y disciplinar la selección contratista”. Se solicitaba también a la adjudicación del concurso a favor de las ofertas presentadas por la recurrente. Consideraba la recurrente que la cláusula VI del pliego que rigió el concurso y que establecía: “Con objeto de adjudicar el servicio a un contratista idóneo, con las garantías precisas para el adecuado cumplimiento de las obligaciones que dimanar de este pliego, el contratista deberá satisfacer las siguientes condiciones mínimas, las cuales serán justificadas en su oferta a entera satisfacción de la Corporación: a) En el conjunto de los años 1981, 1982 y 1983 haber realizado obras específicas del alumbrado pública, y/o del conservación del mismo, por un importe superior a 250.000.000 de ptas. de las cuales como mínimo, 200.000.000 ptas. corresponden a ciudades con población a 250.000 habitantes. b) Contar con personal capaz, y con técnicos titulados para dirigir los trabajos que exige el pliego. c) Disponer de la necesaria capacidad económica, para el desempeño del servicio. d) Disponer en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la adjudicación definitiva, del personal, equipos, materiales, locales, etc., exigidos por el pliego o especificados en su oferta”, no había sido cumplida.

La sentencia de instancia estimó esta pretensión por entender que aún siendo cierto que las condiciones reseñadas fueran cumplidas por algunos de los titulares de acciones de la empresa que resultó adjudicataria ello no podía entender como el cumplimiento por



parte de la empresa adjudicataria (que había sido constituida dos meses antes de la celebración del concurso) de los requisitos exigidos.

En consecuencia, se acordó la anulación del concurso, aunque se desestimó la pretensión tendente a que se adjudicará dicho concurso a la entidad demandante.

Contra esta sentencia recurre el Ayuntamiento X alegando, en esencia, que la sentencia no comprende la doctrina de la personalidad jurídica y los numerosos trabajos existentes sobre la necesidad del levantamiento del velo para la adecuada inteligencia de las personas jurídicas.

SEGUNDO. Como más arriba ha sido expresado toda la discusión se centra en dilucidar cuál debe ser la interpretación que se dé a la citada cláusula VI del pliego de condiciones. Mientras el demandante, y con él la sentencia impugnada, estiman que las condiciones de los socios del orden personal, técnico, organizativo, económico y de experiencia no se tramiten a la Sociedad Anónima de que son dueños, el Ayuntamiento X sostiene que basta con que los requisitos mencionados se den en los socios para que automáticamente hayan de entenderse cumplidos por la sociedad de que son dueños, conclusión que comporta que la sociedad adjudicataria cumple los requisitos de la Cláusula sexta del Pliego a que se ha hecho mención, en lo atinente a realización de obras en materia de alumbrado público en tres últimos años; aptitud organizativa; y capacidad económica y técnica.

Este planteamiento del litigio ha de llevar a la desestimación del recurso, pues la afirmación del Ayuntamiento demandado lo que en realidad sostiene es la inexistencia de la persona jurídica creada. No pueden confundirse las cualidades de los socios de la Sociedad Anónima, con ésta; tampoco el capital, experiencia, organización, estructura y medios de la Sociedad Anónima. Su creación está destinada, precisamente a erigir una persona distinta de los socios. Ocurre en ocasiones mediante la creación de una persona jurídica se pretende ocultar quienes son los verdaderos artífices de las acciones o actividades cuya correcta imputación es importante. Entonces se hace preciso eliminar el velo u ocultación que mediante la creación de la persona jurídica impide imputar las acciones a sus verdaderos sujetos. Nada de esto sucede en la cuestión que decidimos, donde es patente que la persona jurídica creada no lo ha sido con la finalidad alguna de ocultación, y en la que se patente, también, por estar reconocido por las partes, que no concurren los presupuestos exigidos para la participación en el concurso. El hecho de que los socios, algunos de ellos, tenga las cualidades y requisitos exigidos para participar en el concurso no supone el cumplimiento de la garantía exigida por el pliego, pues la permanencia de los socios en la sociedad es contingente por lo que la adjudicación de un contrato, cuando determinadas circunstancias son relevantes, no puede dejarse al albur de las que tienen naturaleza contingente sino que ha de integrarse en lo que es constante y permanente, en contraposición a lo cambiante, de la entidad contratante. Lo determinante, en las situaciones del tipo de las contempladas en este litigio, es que las cualidades tenidas en cuenta, como esenciales, para participar y obtener los beneficios de un concurso han de concurrir en quien resulte adjudicatario, sea persona física o jurídica. Recíprocamente, no puede resultar adjudicatario de un concurso una entidad que no reúna las condiciones exigibles para ello, por mucho que las cumplan, uno o varios de sus socios. Ello no quiere decir que esos socios no hubiesen podido concurrir al mencionado concurso, junto a la Sociedad Anónima adjudicataria. Precisamente, y para resolver este tipo de cuestiones preveía el artículo décimo del texto articulado de 8 de Abril de 1965 (RCL 1965,771,1026 y NDL



7365) la creación y constitución de la Unión Temporal de empresas. Su constitución exigía, conforme el art. 26 del Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre (RCL 1975,2597 y ApNDL 3029) unas responsabilidades frente a la Administración contratante de los empresarios que se integraban en la Unión que faltan en el asunto que contemplamos.

En definitiva, entendemos que es correcta la solución adoptada por la sentencia de instancia y estimamos que la doctrina del velo de la personalidad jurídica pretende explicar fenómenos que nada tienen que ver con los contemplados en este litigio.

TERCERO. De todo lo razonado se deduce la necesidad de desestimar el recurso que examinamos y sin que de lo actuado se aprecien méritos suficientes para hacer una expresa imposición de las costas causadas.

SENTENCIAS, DICTÁMENES E INFORMES

II. GASTOS

II.2. Contratos

II.2.2 Contratos de obras

- [II.2.2.1.](#) 71/97 Dictamen del Consejo Consultivo, expediente de modificación del Contrato de Obras “Construcción de aulario para la facultad de informática en el sector Reina Mercedes de la Universidad de Sevilla.
- [II.2.2.2.](#) 75/97 Dictamen del Consejo Consultivo sobre “Resolución del contrato suscrito entre el S.A.S. y la firma X,S.A. para la ejecución de las obras del contrato de salud T-II en Ciudad Jardín (Málaga).
- [II.2.2.3.](#) 142/97 Dictamen Consejo Consultivo acerca del “Expediente sobre formalización de las modificaciones del Contrato de ejecución de obras denominado “Restauración del Convento e Iglesia de Santo Domingo en Ronda (Málaga) Exp. BC A.1.004.29 PC.
- [II.2.2.4.](#) Informe 24/97 Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre revisión de precios en los contratos de obras al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.2 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de Febrero y su posible vigencia.
- [II.2.2.5.](#) Sentencia de 19 de Febrero de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sobre abono de intereses de demora sobre el pago de certificaciones de obra.
- [II.2.1.6.](#) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 1998 sala 3 servicio 5 de lo Contencioso-Administrativo de contratos administrativos, de la administración autonómica, contratos de obras. Recepción Provisional y definitiva. Recepción tácita.



- II.2.2.7.** Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Junio de 1998. Contratación administrativa. Contratos de obras. Proyecto de obras sin que se incluya el plan de Seguridad e Higiene de la obra, a efectuar en separata y a liquidar mediante certificado independiente, pago precedente.
- II.2.2.8.** Sentencia de 17 de Junio de 1998. Contencioso-Administrativo. Sala 3ª, Sección 5ª. Contratación administrativa. Contratos de obras. Certificaciones de obras; endoso denegado por la administración al estar embargada la certificación por órgano sindical competente.
- II.2.2.9.** Sentencia de 25 de Junio de 1998. Contencioso-Administrativo. Sala 3ª, Sección 5ª. Contratación administrativa. Contratos de obras; Revisión de precios. Cumplimiento de los plazos por el contratista; Independientemente de la prórroga concedida por causa imputable al contratista la priva del derecho a revisión.

71/97 DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO. EXPEDIENTE SOBRE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS “CONSTRUCCIÓN DE UN AULARIO PARA LA FACULTAD DE INFORMÁTICA EN EL SECTOR REINA MERCEDES DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA”

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 23 de abril de 1997 tuvo entrada en este Consejo Consultivo de Andalucía solicitud de dictamen relativo al expediente instruido por la Consejería de Educación y Ciencia para la declaración de nulidad de la modificación, por reformado adicional, del contrato de obras para la construcción de un aulario destinado a la Facultad de Informática de Sevilla.

La solicitud la formula el Excmo. Sr. Consejero de Educación y Ciencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 21, párrafo segundo, de la Ley del Consejo Consultivo de Andalucía (Ley 8/1993, de 19 de Octubre), significándose el carácter preceptivo del dictamen en la modificación de contratos administrativos cuando su cuantía exceda del 20 por 100 del precio del contrato.

Del expediente remitido resultan los siguientes antecedentes fácticos:

1. Previos los trámites oportunos, con fecha 28-09-1989 la Consejería de Educación y Ciencia adjudicó a la empresa constructora S.J., S.A., el contrato para la ejecución de la obra denominada “construcción aulario sector Reina Mercedes en Sevilla”, con un presupuesto de 446.880.000 pesetas.

2. Con fecha 10-10-1989, una vez depositada la correspondiente fianza (5-10-1989), fue formalizado el contrato, en el que se fija un plazo de diez meses para la terminación de las obras. Según resulta de su cláusula sexta, el contratista presta su conformidad al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que se une como anejo al contrato, y se somete para cuanto no se encuentre en él establecido, a los preceptos del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre, según la nueva redacción dada por el Real Decreto 2528/1986, de 25 de Noviembre, y con carácter supletorio al Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3584/1970, de 31 de Diciembre.

3. El día 13-10-1989 se firma el acta de comprobación de replanteo, comenzando a contar desde el día siguiente el plazo de ejecución de las obras, que habían de terminar el 14-09-1990. Dicho plazo fue ampliado hasta el 13-11-1990 por Resolución por la Dirección General de Construcciones y Equipamiento Escolar de fecha 23-04-1990.



4. En Septiembre de 1991 se redacta un proyecto reformado adicional por importe de 47.072.702 pesetas, una vez afectado por la baja de licitación del contrato primitivo (0,219900263%), más 1.260.876 pesetas por actualización del Impuesto sobre el Valor Añadido. El proyecto recoge variaciones en diversos capítulos (excavaciones, albañilería, saneamiento) como consecuencia del cambio de uso del edificio. Con fecha 14-11-1991 dicho proyecto reformado fue informado favorablemente por el Servicio de Supervisión y Normalización.

5. Con fecha 21-09-1994 el Servicio de Programación e Inversiones propone la programación operativa del reformado, que es firmada de conformidad por Director General de Construcciones y Equipamiento Escolar ese mismo día. Con fecha 10-10-1994 el Jefe del Servicio de Obras y Patrimonio propone la aprobación de la modificación por reformado ya descrita, la imposición de la fianza correspondiente y la formalización de la modificación en documento administrativo, constando la conformidad del Director General antes referido. Con posterioridad emite informe favorable el Gabinete Jurídico (21-10-1994).

6. A continuación figura un "informe fiscal de convalidación de gastos" que emite la Intervención Delegada de la Consejería de Educación y Ciencia, de 16-11-1994, que hace notar:

- Que el expediente del reformado adicional "Contiene un gasto efectivamente realizado, como se desprende de las partidas de obra ejecutada que figuran en la última certificación de obras, que corresponden a las previstas en el proyecto reformado, así como la propia declaración del Vicerrector General de la Universidad de Sevilla".
- Que se ha omitido el trámite de fiscalización previa, regulado en la sección primera del capítulo II, del título primero del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía.
- Que si es expediente se hubiera sometido a la Intervención en el momento oportuno se habría fiscalizado de disconformidad, por ser la propuesta de aprobación de la modificación por reformado adicional posterior a la finalización del contrato.

7. Con fecha 06-04-1995 emite informe el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía que, en primer término, advierte que la insuficiencia de la documentación acompañada no permite conocer con seguridad de las circunstancias acontecidas en el expediente.

Considerando la hipótesis de que las obras del reformado estén ya ejecutadas, se señala la improcedencia de la instrucción del expediente de convalidación de gastos. En lo que respecta al eventual abono al contratista del importe correspondiente al valor de las obras realizadas, se apunta que la inexistencia de datos concretos impide fórmulas una conclusión definitiva. No obstante, en el supuesto de que hubiese existido intervención administrativa irregular, el informe se remite a las consideraciones generales efectuadas por el Gabinete Jurídico en su informe 566/1994, de 19 de Diciembre.

8. El 30-11-1995 se adopta "acuerdo de iniciación del procedimiento de revocación del acto aprobatorio de la modificación del contrato de obras para la construcción de un aula en el sector Reina Mercedes para la Facultad de Informática de la Universidad de

Sevilla”, que suscribe el Director General de Construcciones y Equipamiento Escolar; el objeto de dicho procedimiento “la declaración de nulidad “del acto de referencia y, en consecuencia, a la “cesación de sus efectos”, invocándose para ello diversa legislación.

9. Por escrito con fecha de registro de entrada 11-12-1995, Don José Fernández Fernández, en calidad de apoderado de la Constructora S.J., S.A., afirma que con fecha 05-12-1995. recibió notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento de revocación mencionado en el punto anterior, manifestando que la empresa está de acuerdo con dicho acto.

10. A continuación figura en el expediente la propuesta de resolución, solicitándose previamente dictamen de la Asesoría Jurídica, que es emitido con fecha 06-04-95 y del mismo se desprende la oportunidad de revocar el acto administrativo aprobatorio de la modificación contractual y la devolución del contratista del valor de lo modificado.

12. Con fecha 05-11-1996 se emite documento contable “AD “ relativo al expediente de referencia, en el cual se consignan el tipo 34 y subtipo 1 (responsabilidad patrimonial de la Administración), siendo previamente informada la propuesta de pago también por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación y Ciencia.

13. Sobre dicho documento contable consta nota de reparos de 12-11-1996, que formula la Intervención Delegada de la Consejería de Educación y Ciencia en la que se pone de manifiesto entre otras cuestiones, que: A los efectos previstos en el artículo 7.2 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía se observa lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto en las conclusiones 1º c), del Dictamen nº 50/95, de 27 de Julio, del Consejo Consultivo de Andalucía, en los supuestos de nulidad de los expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Andalucía, la Intervención del Consejo ha de tener lugar en todo caso, cualquiera que sea la cuantía del contrario y existe ó no oposición del contratista”.

“De acuerdo con todo ello, y siguiendo el criterio de la Intervención General en su informe de 31 de Mayo de 1995, sobre la exigencia del preceptivo informe del Consejo Consultivo de Andalucía a los efectos del artículo 7.1 e) del citado Reglamento, se exigirá el dictamen del citado Consejo Consultivo, respecto del expediente de nulidad en trámite, al tiempo de fiscalizar la propuesta formal de pago.

15. Con fecha 21-01-1997 la Intervención General de la Junta de Andalucía solicita informe del Gabinete Jurídico que amplíe el inicialmente evacuado, con expreso pronunciamiento sobre la procedencia de solicitar dictamen del Consejo Consultivo. El informe fue emitido en el sentido de que no es necesario el dictamen en el expediente de revocación del acto de referencia,

16. La Intervención General ratificó la nota de reparo ya citada el punto 13 en estos antecedentes lácticos, “al considerar conveniente la evacuación de dictamen del Consejo Consultivo sobre los presentes expediente “.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

El dictamen solicitado a este Consejo Consultivo trae causa del procedimiento incoado por la Consejería de Educación y Ciencia para la revocación del acto aprobatorio de la modificación de contrato de obras.

Ha de señalarse que la solicitud formulada por el Excmo. Sr. Consejero se refiere al carácter preceptivo del dictamen en la modalidad de contratos administrativos cuando su cuantía exceda del 20 por 100 del precio del contrato. Sin embargo, no es éste el caso que nos ocupa, pues el expediente remitido a consulta versa sobre la posible declaración de nulidad de la modificación verbal del contrato de referencia.

Los antecedentes fácticos ponen de manifiesto que la petición de dictamen trae de la nota de reparos formulada por la Intervención Delegada de la Consejería de Educación y Ciencia con fecha 12-11-1996, citándose para ello la doctrina de éste “en los supuestos de nulidad de los expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Andalucía, la Intervención del Consejo ha de tener lugar en todo caso, cualquiera que sea la cuantía del contrato y exista o no oposición del contratista “.

En consecuencia, debe entenderse que la competencia de este Consejo para emitir el dictamen solicitado viene dada, no porque estemos ante una modificación cuya cuantía exceda del 20% del precio del contrato, sino “por la eventual declaración de nulidad que se postula para dicha novación contractual “.

Ciertamente en los supuestos de nulidad el artículo 60.3 a) de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, parece anudar el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado u Órgano consultivo autonómico a la existencia de oposición por parte del contratista. Sin embargo, tal interpretación fricciona con el artículo 65 de la propia Ley, dedicado específicamente a la “declaración de nulidad ” de los contratos, por las causas expresadas en los dos artículos anteriores podrá ser declarada por el órgano de contratación, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. Por tanto, el artículo transcrito, se limita a proclamar la obligatoriedad de la consulta, exige el dictamen de los órganos consultivos en todos los procedimientos de nulidad o anulación, a tenor de lo dispuesto en sus artículos 102 y 103.

La misma línea, sigue el artículo 16.8.c) de la Ley del Consejo Consultivo de Andalucía, al no introducir en los supuestos de nulidad, requisito específico alguno para que resulte obligada su intervención. A la vista de todo lo cual este Consejo concluía ya en su Dictamen 50/1995 que, en los supuestos de nulidad, su intervención resulta preceptiva, en todo caso, cualquiera que sea la cuantía del contrato y existía o no oposición del contratista.

En lo que concierne a la normativa aplicable, y dada la fecha de iniciación del expediente (30-11-1995), a la hora de establecer el iter procedimental preciso para declarar la nulidad que se pretende, resultan aplicables los artículos 60 y 65 de la Ley 13/1995 y el Título VII y por remisión de éste al Título VI de la Ley 30/1992.

II

Una vez constatado que la propuesta de resolución considera procedente declarar la nulidad del acto administrativo aprobatorio de la novación del contrato de obras, la primera cuestión que se suscita es si dicha declaración puede realizarse mediante la revocación de actos administrativos prevista en el artículo 105 de la Ley 30/1992

Ciertamente el precepto citado faculta a las Administraciones Públicas para revocar en cualquier momento sus actos, siempre que con ello no se contraría el ordenamiento jurídico, concebida la revocación como *modus operandi* encuadrable en el seno de los procedimientos de revisión de oficio (Capítulo I, del Título VII de la Ley 30/1992), el elemento capital que permite su delimitación respecto a la revisión de actos nulos o anulables (arts. 102 y 103) es, su ámbito objetivo, circunscrito a los actos que no producen efectos favorables a los interesados (“no declarativos de derechos y los de gravamen”).

La distinción apuntada no es baladí, pues la revisión de oficio contemplada en los artículos 102.1 y 103.1 de la Ley 30/1992, particularmente referidos a los actos declarativos de derechos, exige el preceptivo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiera, mientras que la revocación-sujeta al procedimiento común— no exige la intervención del órgano consultivo.

La propuesta de resolución considera que se dan los presupuestos necesarios para revocar el acto en cuestión, por motivos de legalidad, conforme al artículo 105.1 de la Ley 30/1992; solución ésta que se estima acorde con el espíritu y finalidad de la norma y que salvaguarda los derechos legítimamente adquiridos por particulares. La tesis que sostiene la Consejería de Educación y Ciencia coincide con el sentido del informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía de 06-04-1995.,” que incide en la oportunidad de utilizar el procedimiento revocatorio para proceder a la declaración de nulidad del acto.

En este punto, el Consejo Consultivo debe reiterar la improcedencia de utilizar la categoría jurídica de la revocación contemplada en el artículo 105.1 de la Ley 30/1992 para declarar la nulidad de un acto “declarativo de derechos”.

Como ocurre, así “un acto que amplía la prestación originaria y que por tanto supone para el contratista un incremento de la actividad que constituye precisamente su giro o tráfico como empresario, no puede ser calificado sino como un acto declarativo de derechos, así sea éste nulo no. Mucho más cuando, como en el concreto caso estudiado y con independencia de lo anterior, junto a las pretensiones restitutorias e indemnizatorias, introducen además unas consecuencias jurídicas distintas a las que produce la nulidad en sentido estricto”.

“Por las razones expuestas, no puede acogerse la interpretación de la Administración.

“Al hilo de esta consideración, ha de significarse que el régimen procedimental aplicable a la declaración de nulidad en el ámbito de la contratación administrativa resulta en parte regulado por los artículos 60 y 65 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. En concreto, el artículo 60 exige la audiencia del contratista y el previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, mientras que el 65.1) dispone”:

“La declaración de nulidad de los contratos por las causas expresadas en los dos artículos precedentes podrá ser acordada por el órgano de contratación, previo dictamen fa-



vorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva'.

“Por consiguiente, es claro que la vía procedimental aplicable es la prevista en el artículo 102 de la Ley 30/1992, es decir, el procedimiento regulado en su Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al caso conforme determina su artículo 102.2”

“En lo que atañe al fondo del asunto, ha de verificarse si concurre causa de invalidez por nulidad de pleno acuerdo y, en su caso, los efectos que de la misma se derivan”.

“A la hora de calificar el vicio consistente en la contratación verbal de la modificación contractual, el Consejo Consultivo comparte el parecer de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación, pues estamos ante un supuesto en que se prescinde total y absolutamente del procedimiento establecido, lo que supone una nulidad radical que ni siquiera discute la empresa contratista”.

“En nuestro caso, la constatada ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido es subsumible en el supuesto descrito en el artículo 47.1c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958 y permite afirmar la nulidad del acto administrativo que se revisa”.

“Por el contrario, los efectos que la Administración extrae de la declaración de nulidad no son correctos” ya que, “el artículo 47 del Reglamento General de Contratación dispone la anulación de los actos separables previos al contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo, y si esto no fuera posible se devolverán su valor”.

Como se deduce del citado artículo, “el contrato nulo no ha de producir los mismos efectos que el contrato regular y válidamente gestado. Siendo así no es conforme a Derecho la propuesta consistente en abonar el valor de las obras realizadas en más como consecuencia del reformado adicional, pues no puede incluirse la partida de beneficio industrial. Del mismo modo, tampoco procede la incoación de expediente para el cálculo y abono de los intereses de demora que correspondan por retraso en el pago de la cantidad debida”.

“De otra parte, dada la obvia improcedencia de los expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración en casos como el estudiado, ha de considerarse errónea la calificación que el órgano gestor atribuye al documento contable “AD” presentado para fiscalización ante la Intervención Delegada de la Consejería de Educación y Ciencia”.

“En cuanto a la duda sobre el tipo de gravamen correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre las obras ejecutadas, debe partirse de la exigibilidad del impuesto con independencia de los vicios de que adolezca el negocio jurídico sobre el que gravita, principio que aparece hoy plasmado en el artículo 28.2 de la Ley General Tributaria, en la redacción dada al mismo por la de 25/1995, de 20 de Julio, de modificación parcial de aquélla, debe significarse que el expediente no permite concretar el momento exacto de finalización de las operaciones gravadas, pero sí deducir que las obras concluyeron y fueron puestas a disposición de la Administración antes de la entrada en vigor de la Ley 37/1992.

En consecuencia, resultan de aplicación tanto la Ley 30/1985, de 2 de Agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido. No habiendo existido pagos anticipados a la realización del hecho imponible, devengándose el impuesto con la puesta a disposición de las obras, siendo el tipo de gravamen vigente en 1991 del 12 por cien.

Por otra parte, si la Administración hubiera de satisfacer el impuesto, deberá contemplar que la cantidad que se abona al contratista no equivale al montante total del presupuesto de ejecución por los motivos ya reflejados; consecuencia que, en el plano de la fiscalidad, permite afirmar que la resolución administrativa declarando la nulidad tiene la virtualidad de modificar a la baja la base imponible que en principio hubiera servido para calcular el impuesto si la modificación contractual hubiera sido válidamente convenida (art. 17.4 de la Ley 30/1985)".

CONCLUSIONES

“Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución del procedimiento de revocación para declarar la nulidad de la modificación, por reformado adicional, del contrato de obras para la construcción de un aulario destinado a la Facultad de Informática de Sevilla, pudiendo la Administración declarar dicha nulidad por la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992, previa audiencia del contratista”.

75/97. DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO SOBRE “RESOLUCIÓN DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE EL S.A.S. Y LA FIRMA BERSOL, S.A. PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DEL CONTRATO DE SALUD T-II EN CIUDAD JARDÍN (MÁLAGA)”

ANTECEDENTES DE HECHO

“Con fecha 21 de Agosto de 1997 tuvo entrada en este Consejo Consultivo de Andalucía solicitud de dictamen relativa a la Propuesta de resolución del contrato suscrito entre el Servicio Andaluz de Salud y la firma L.,S.A. para el Proyecto de ejecución y realización de las obras del Centro de Salud T-II en Parque Alcosa de Sevilla”.

“La solicitud la realiza el Excmo. Sr. Consejero de Salud, al amparo de lo previsto en los artículo 16.8.c) y 21 de la Ley 8/1993, de 19 de Octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía”

“En aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de la citada Ley 8/1993, de 19 de Octubre, y en el 45.1.f), párrafo tercero, del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Andalucía (Decreto 89/1994, de 19 de Abril), la competencia para la emisión del dictamen solicitado corresponde a la Comisión Permanente”.

“Del expediente sometido a dictamen resultan los siguientes antecedentes fácticos”:

“1.– Mediante Resolución del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud, de fecha 4 de Noviembre de 1994, fue adjudicado definitivamente el contrato de obras denominado C.C.0021/94 F.R., para el Proyecto de ejecución y realización de las obras correspondientes al Centro de Salud T-II, resultando adjudicataria la empresa L.,S.A. por un importe de 169.741.065 pesetas. Con anterioridad se habían producido los siguientes trámites: El día 9 de Mayo de 1993 se acuerda la iniciación del expediente; el 27 de Octubre de 1994 tuvo lugar la fiscalización previa y la aprobación del gasto”.

“Del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares merecen destacarse, las siguientes”:

- “La quinta que establece un plazo de ejecución del contrato de veinte meses, dos meses para la redacción y presentación del proyecto de ejecución y dieciocho meses para la ejecución de las obras”.
- “La decimosexta, relativa a la recepción provisional de las obras”.
- “La decimoctava, que señala que el plazo de garantía será de un año, a contar desde la recepción provisional de la obra, viniendo obligado el contratista durante dicho plazo a la conservación, y en su caso, reparación de la obra”.



- “La vigésimo primera, que establece como causas de resolución del contrato, además de las previstas en el artículo 52 de la Ley de Contratos del Estado, manifiesta incompetencia en la ejecución de las obras y el incumplimiento de los requisitos de calidad consignados en el Proyecto.

“2.– Con fecha 28 de Noviembre de 1994 se formalizó en documento administrativo el contrato de obras de ejecución y realización del Centro de Salud T-II entre el Servicio Andaluz de Salud y L. S.A. De sus cláusulas, cabe destacar las siguientes: el Contratista se compromete a ejecutar la obra; el precio del contrato es de 169.741.065 pesetas; el plazo de ejecución total de las obras se fija en diecisiete meses, dos para la redacción del proyecto y quince para la ejecución; se hace constar que el contratista ha constituido la fianza definitiva por importe de 7.000.000 de pesetas; se reproducen las causas de resolución del contrato que se recogían en la cláusula vigésimo primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”.

“3.– Con fecha 14 de Marzo de 1994 se aprobó el programa de trabajos.

El 18 de Febrero de 1997 se notificó a la contratista oficio de 11 de Febrero del mismo año, por el que se convocaba a las partes al acto de recepción provisional, que había de tener lugar el 4 de Marzo de 1997. Llegado el día de la convocatoria no compareció el representante de la contratista, por lo que se acordó convocar de nuevo a los asistentes para el 18 de Marzo de 1997”.

Con fecha 17 de Marzo de 1997 se notifico oficio a la contratista en el que se ponían de manifiesto las siguientes cuestiones:

Del acta de Comparecencia a la Recepción Provisional levantada el día 4 de Marzo de 1997 por los asistentes se deduce:

Que la documentación de final de obra, de obligatoria presentación por el Contratista, que constaba en poder de la Dirección facultativa (protocolos de pruebas de instalaciones, legalizaciones, ensayos, etc.) es incompleta, lo que supone incumplimiento de la cláusula 16.4 del P.C.A.P. que rige el contrato.

“Que no se han podido comprobar las deficiencias de las obras, ni la terminación de ciertas partidas, que según manifestación del Director de obra, están pendientes de ejecutar lo que supone incumplimiento, ampliamente rebasado, del plazo final de las obras (cláusula 20.1. del P.C.A.P.) ya que la terminación de las obras estaba fijada para el día 17 de Mayo de 1996. Existe incluso escrito de esa empresa con entrada en los Servicios Centrales del Servicio Andaluz de Salud el 30 de Octubre de 1996 en el que se constaba que a esa fecha aun existen unidades de obra para ejecutar, así como homologaciones y certificados de instaladores pendientes de obtener para su entrega a la Administración”.

“En cumplimiento de la cláusula 71 del P.C.A.G. el representante de la Administración le remite, un ejemplar del acta de fecha 4 de Marzo de 1997, adjuntándole fotocopia de la lista de documentación a aportar por el contratista, en la que se indica aquella de la que actualmente se dispone, y la que aun falta para facilitar por el contratista, asimismo se le remite listado de terminaciones y reparación de la obra aun pendientes”.

“El acto de Recepción Provisional positivo, en todo caso estará condicionado al cumplimiento efectivo tanto de entrega de documentación pendiente como de la terminación y reparación de obras indicadas en los citados Anexos 2 y 3 respectivamente”.

“Se le convoca para un nuevo Acto de Recepción para el próximo 18 de Marzo en el lugar de las obras, haciéndole constar que su reiterada inasistencia al mismo, si bien impedirá el reconocimiento efectivo del estado de las obras, así como de las pruebas y legalizaciones de instalaciones a que alude la cláusula 16.4 del P.C.A.P., conllevaría la iniciación de expediente de Resolución de contrato por incumplimiento del Contratista”.

“4.– Con fecha 18 de Marzo de 1997 se firmó, con la asistencia del representante de la empresa contratista, acta de recepción provisional con reparos. En la referida acta se hacen, las siguientes observaciones:

- A. Por parte de la Intervención se manifiesta que el “acto se lleva a cabo con posterioridad al plazo previsto en la legislación de contratos”.
- B. Faltan los siguientes remates de obras....
- C. Se hace constar que la partida de saipolam que aparece en el anterior documento ha sido levantada en su totalidad, por lo que debe procederse a su reposición.
- D. Faltan algunos otros remates referentes a cristales de bocas antiincendio, algunos sanitarios sueltos en planta baja, señalización contraincendios, mecanismos eléctricos en sala de revelados, repaso de carpintería y reposición de dos esferas de luminarias exteriores.
- E. Se adjunta, asimismo, una relación de la documentación a aportar por el contratista.

“Se concede al contratista un plazo de dos semanas para reparar lo indicado, convocándose a los asistentes para el 8 de Abril de 1997”.

“En dicha fecha, sin la comparecencia del contratista, se extiende acta de recepción provisional negativa, indicándose que “visto que no se han ejecutado por la empresa L,S.A. las observaciones contenidas en el Acta de recepción con reparos del 18 de Marzo de 1997, y no justificada por el representante legal su ausencia, se propone por los asistentes se inste al órgano de contratación el inicio del correspondiente expediente para la resolución del contrato”.

“5.– De acuerdo con la Directora Gerente del Servicio Andaluz de Salud, el 28 de Abril de 1997, se incoó expediente de resolución del contrato de obras de referencia, consignándose como causa de resolución el incumplimiento contractual por parte del contratista.

Por oficio de 30 de Abril de 1997, notificado al contratista el 7 de Mayo siguiente, se le comunica el inicio del expediente de resolución del contrato. En el mismo escrito se le concede un plazo de quince días para formular alegaciones.



“6.– El 24 de Junio de 1997 se emitió Informe por la Asesoría Jurídica Central del S.A.S. en relación con la resolución del contrato de proyecto, en el que indica que debe notificarse al contratista el texto integro de la resolución de inicio del expediente. Por lo que respecta a los incumplimientos contractuales, entiende que son suficientes para proceder a la resolución contractual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 del reglamento General de Contratación del Estado, debiendo acordarse la pérdida de la fianza y la indemnización de daños y perjuicios que proceda”.

Finalmente se señala la obligatoriedad de recabar el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, ya que el precio del contrato supera los cien millones de pesetas.

“7.– Por último, consta en el expediente Propuesta de Resolución que formula la Directora Gerente del Servicio Andaluz de Salud, según la cual procede resolver el contrato por incumplimiento imputable al contratista de conformidad con el artículo 170 del Reglamento General de Contratación del Estado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

“El Servicio Andaluz de Salud solicita dictamen a este Consejo Consultivo sobre la resolución del contrato”.

“La primera cuestión que debe ser objeto de examen es la relativa a la norma en virtud de la cual debe apreciarse la procedencia de resolver el indicado contrato. La adjudicación del mismo se produjo el 4 de Noviembre de 1994, mucho antes, de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, en tales supuestos el contrato y su resolución ha de regirse por las disposiciones vigentes en el momento de su adjudicación (conclusión que deriva de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 13/1995), señaladamente, por la Ley de Contratos del Estado, Decreto 923/1965, de 8 de Abril, modificado parcialmente, entre otras disposiciones”.

“Estas disposiciones resultaban de aplicación a los contratos administrativos que celebraba la Comunidad Autónoma de Andalucía, tanto directamente, en cuanto ostentaran la condición de legislación básica sobre contratos administrativos, al amparo del artículo 149.1.18º de la Constitución, como supletoriamente, de acuerdo con los artículo 149.3 del Texto constitucional y 10 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y con la Disposición Transitoria de la Ley 6/1983, de 21 de Julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma”.

“Sin embargo, si será de aplicación la Ley 13/1995 al procedimiento que se ha seguir para resolver el contrato, pues el expediente incoado a tal efecto se ha iniciado con posterioridad (concretamente, el 28 de Abril de 1997) a la entrada en vigor de aquélla”.

“El artículo 4,1º de la citada Ley de Contratos del Estado establece que los contratos cuyo objeto sea la ejecución de obras se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la propia Ley y sus disposiciones reglamentarias y, supletoriamente, por las restantes normas del Derecho administrativo, resultando de aplicación en defecto de éstas las normas del Derecho privado”.

II

“Antes de entrar en el fondo del asunto, procede apreciar la competencia de este Consejo para emitir el dictamen solicitado, así como pronunciarse sobre a quién corresponde la competencia para resolver el contrato y si el expediente remitido ha seguido el iter procedimental que prescribe la normativa vigente con tal finalidad”.

1.– Nos encontramos ante un procedimiento de resolución de un contrato de obras de cuantía superior a cien millones de pesetas, por lo cual el dictamen de este Consejo resulta exigible a tenor de lo dispuesto en el artículo 16.8.c) de la Ley 8/1993, de 19 de Octubre, de creación de este Órgano consultivo, y ello a pesar de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que sólo exige la intervención del Órgano consultivo cuando hay oposición del contratista o si la cuantía del contrato es superior a mil millones de pesetas. Esta divergencia ha sido resuelta mediante interpretación sentada en el Dictamen de este Órgano 50/1995, emitido ante la consulta facultativa que le fue formulada sobre los expedientes en materia de contratación administrativa en que procede solicitar preceptivamente el dictamen de este Consejo Consultivo. En él se establecen las siguientes conclusiones. Queda sometida a dictamen preceptivo la resolución de los contratos administrativos, cualquiera que sea la cuantía de éstos, siempre que se formule oposición por parte del contratista (artículo,60.3a) de la Ley 13/1995. Es preceptivo el dictamen cuando, la cuantía del contrato sea superior a cien millones de pesetas, exista ó no oposición del contratista (artículo 16.8c) de la Ley 8/1993”.

“Siendo en este caso la cuantía del contrato superior a cien millones de pesetas, el dictamen solicitado tiene carácter preceptivo”.

2.– Al ocuparse de la competencia para acordar la resolución, el artículo 113 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso”.

“Los representantes legales de los Organismos autónomos y demás entidades públicas estatales y los Directores Generales de las distintas Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, son los órganos de contratación de unos y otros”.

“En el ámbito de nuestra Comunidad, la competencia en materia contractual queda fijada en el artículo 39.7ª de la Ley 6/1983, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, por cuya virtud corresponde a los Consejeros la facultad de contratar en los asuntos propios de su Consejería, previéndose en el artículo 47.1 de la misma que las atribuciones o competencias administrativas serán delegadas en órganos jerárquicos subordinados”

3.– En lo relativo al iter procedimental, el citado artículo 113 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine. Dicho procedimiento sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a)** Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales.



- b) Informe del servicio jurídico, salvo en los casos de los artículo 42 y 97 de la Ley.
- c) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista. En el supuesto de expedientes tramitados por la Comunidad Autónoma de Andalucía, tal dictamen resulta también preceptivo cuando el precio del contrato sea superior a cien millones de pesetas.

Se ha emitido informe por la Asesoría Jurídica, se ha solicitado el preceptivo dictamen de este órgano y se ha dado audiencia al contratista, que no ha formulado alegaciones. Sobre este aspecto se pronunció la Asesoría Jurídica, indicando que “el acuerdo que autoriza el inicio del expediente de resolución del contrato, de 28 de Abril de 1997, que afecta claramente a los derechos del contratista, no se notificó a éste, conculcando lo establecido en la precitada disposición y la jurisprudencia”. Sin embargo, nada puede objetar este Consejo al respecto, ya que consta en el expediente la notificación del acuerdo de inicio a la empresa contratista con fecha 7 de Mayo de 1997, al mismo tiempo que se le otorgaba un plazo de quince días para formular alegaciones”.

III

“La Administración consultante fundamenta la resolución en el incumplimiento por parte del contratista de la obligación de entregar las obras en perfecto estado”.

“Artículo 52 de la Ley de Contratos del Estado, es causa de resolución de dicho contrato el incumplimiento de las cláusulas contenidas en el mismo. Ciertamente el interés público que ampara la decisión de la Administración de resolver unilateralmente un contrato administrativo demanda que tal medida sea proporcionada al grado de incumplimiento detectado, pues como tiene manifestado el Consejo de Estado “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida”.

“La norma general es que la resolución del contrato se configura como un recurso al que, por la gravedad de sus consecuencias, la Administración no debe recurrir de modo sistemático”.

“Ello no impide que se pueda estimar como causa suficiente de resolución del contrato el cumplimiento defectuoso de la prestación cuando el mismo afecta notoriamente a su utilidad, o revela un comportamiento contumaz del contratista, a la Administración le quede como única salida, la resolución del contrato”.

“La Administración ampara su pretensión resolutoria en la disposición contenida en el último párrafo del artículo 170 del Reglamento General de Contratación del Estado, “Cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas, se hará constar así en el acta y se darán las instrucciones precisas y detalladas por el facultativo al contratista, con el fin de remediar los defectos observados, fijándole plazo para efectuarlo, expirado el cual se hará un nuevo reconocimiento para la recepción provisional de las obras. Si el contratista no hubiese cumplido se declarará resuelto el contrato con pérdida de la fianza por no terminar la

obra en el plazo estipulado, a no ser que la Administración crea procedente concederle un nuevo plazo que será improrrogable”.

“Después de un primer intento de recepción provisional el 4 de Marzo de 1997, resultó imposible ante la incomparecencia del representante del contratista, se citó de nuevo a éste para el día 18 de Marzo del mismo año, acto al que sí compareció. Se levantó entonces acta de recepción provisional con reparos, señalándose por la Administración los siguientes, para cuya subsanación se concedió al contratista un plazo de dos semanas”.

“Transcurrido el plazo concedido al contratista para la subsanación de los defectos advertidos, el 8 de Abril de 1997 se levantó acta de recepción provisional negativa, pues la empresa L,S.A. no había ejecutado ninguna de esas observaciones, incumpliendo su obligación de comparecer al acto de la recepción provisional”.

“A la hora de calificar el posible incumplimiento por parte del contratista no puede olvidarse la importancia que tiene en un contrato de la naturaleza y características del que nos ocupa el cumplimiento del programa de trabajos y la entrega de las obras al uso para el que han sido concebidas en el momento en que haya sido pactado por los contratantes. Al no poder llevarse a cabo la recepción provisional por los defectos que presenta la obra, el transcrito artículo 170 equipara tal incumplimiento al del plazo final, de tal forma que resultará aplicable el artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado, cuyo último párrafo señala que para que se produzca la constitución en mora del contratista no es necesaria interpelación o intimación previa por parte de la Administración, pues el vencimiento de los plazos sin que el contratista haya llevado a cabo la prestación, por causa imputable al mismo, implica ipso iure una automática situación del incumplimiento”.

“Cabe afirmar que se ha incurrido en la causa de resolución prevista en el artículo 170 del Reglamento General y que ha sido el contratista el que con su comportamiento ha dado lugar a que la misma acaezca al no subsanar los defectos durante el plazo que al efecto le fue otorgado”.

IV

“En lo que concierne a las consecuencias de la resolución, procede, la recepción definitiva de las obras, así como la liquidación de las realmente ejecutadas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 178 y 179 del Reglamento General de Contratación del Estado”.

“En cuanto a la incautación de la fianza, el artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado dispone: “El acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la devolución de la fianza constituida y del plazo en que la Administración y el contratista practicarán contradictoriamente las mediciones y toma de datos necesarios para la liquidación del contrato. Terminado dicho plazo la Administración podrá disponer del contrato y asumir directamente su ejecución o celebrarlo nuevamente”.

“El artículo 53 de la Ley de Contratos del Estado establece que “cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios”. El párrafo quinto del artículo 170 dispone que “se declarará resuelto el contrato con pérdida de la fianza...”.



“En el caso concreto que nos ocupa, puede estimarse que no está ante un incumplimiento total con frustración del fin del contrato, sino ante un incumplimiento parcial. Por la anterior consideración entiende este Consejo que debe acogerse aquí el principio de moderación equitativa recogido en el artículo 1154 del Código Civil, siendo invocable además, lo dispuesto en el artículo 115,2 de la Ley de Contratos en cuanto a la función de cobertura que la fianza tiene respecto de los daños y perjuicios causados a la Administración.

CONCLUSIONES

Se dicta favorablemente la Propuesta por la que se acuerda la resolución del contrato de obras suscrito con la empresa L.,S.A., relativo al contrato para el “Proyecto de ejecución y realización de las obras del Centro de Salud T-II en Parque Alcosa de Sevilla”, **sin perjuicio de que la resolución se adecue a los términos contenidos en el Fundamento Jurídico IV de este Dictamen.**

142/97. DICTAMEN CONSEJO CONSULTIVO ACERCA DEL “EXPEDIENTE SOBRE FORMALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRAS DENOMINADO “RESTAURACIÓN DEL CONVENTO E IGLESIA DE SANTO DOMINGO EN RONDA” (MÁLAGA). EXPTE. BC.A1.004.29.PC

ANTECEDENTES DE HECHO

“Con fecha 2 de Octubre de 1997 ha tenido entrada en este Consejo Consultivo solicitud de dictamen relativa al modificado del contrato de obras denominado “Restauración del Convento e Iglesia de Santo Domingo de Ronda (Málaga)”.

“La solicitud la realiza la Excm. Sra. Consejera de Cultura de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 8/1.93, de 19 de Octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía”.

Del expediente remitido resultan los siguientes antecedentes fácticos:

“1.– El 30 de Diciembre de 1992, la entonces denominada, Consejería de Cultura y Medio Ambiente y la empresa R. suscriben el documento administrativo de formalización del contrato de obras, por un importe de 151.416.227 pesetas, disponiéndose que el plazo de ejecución de las obras es de 24 meses contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo.

El sistema de contratación elegido es el de contratación directa, de conformidad con lo establecido en el artículo 117 del Reglamento General de Contratación, por concurrir las causas previstas en los apartados 2º y 4º del artículo citado.

“2.– El acta de comprobación del replanteo tuvo lugar el día 1 de febrero de 1993, se hace constar que existe la debida autorización para la ocupación de los terrenos y/o edificaciones afectados por la obra, que han sido subsanados que motivaron la suspensión del inicio de la obra de fecha 07-01-1993, y no existiendo obstáculo alguno para la ejecución del proyecto.

“3.– Constan en el expediente las certificaciones de obra número 1 a 21”.

“4.– Con fecha 10 de Septiembre de 1993 los Arquitectos Directivos de la obra, que fueron a su vez los autores del proyecto de restauración, redactaron solicitud de proyecto modificado en el que exponen que “han ido surgiendo exigencias que no estaban contempladas inicialmente en el programa del proyecto”.



Indicándose, además que dicho modificado supondría un incremento del presupuesto de adjudicación del proyecto de ejecución original valorado en 23.813.508 pesetas, cantidad que supone un porcentaje del 15,72 por cien, así como un aumento del presupuesto general del 15,77 por ciento”.

“5.— Con fecha 23 de Septiembre de 1993 se emitió Informe favorable al proyecto modificado por parte de la Arquitecto de la Delegación Provincial en Málaga de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente, indicándose en el mismo que se constata la realidad de las causas alegadas, que son técnicas e imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto y que las reformas planteadas superan el 20% del presupuesto de contrata.

El 7 de Octubre de 1993 se emite Informe por el Servicio de Conservación y Restauración de Bienes Culturales en el que se pone de manifiesto su postura favorable a la redacción del proyecto modificado, indicándose que el presupuesto solicitado no supera el 20% del presupuesto original”.

“6.— Con fecha 9 de Octubre de 1993 el Director General de Bienes Culturales, actuando por Delegación del Consejero de Cultura y Medio Ambiente, dictó Resolución por la que “autoriza la redacción de un proyecto modificado de la obra de referencia con un incremento del Presupuesto de Contrata máximo de 23.813.508 pesetas y un incremento del Presupuesto General máximo de 26.400.146 pesetas”.

“7.— La empresa adjudicataria, alegando que el presupuesto de adjudicación va a quedar agotado durante el mes de Octubre de 1994, solicita la suspensión total temporal de las obras, la cual, previo Informe favorable del Servicio de Conservación de Patrimonio Histórico, es acordada con fecha 2 de Noviembre de 1994 por Resolución del Director General de Bienes Culturales.

“8.— En la Memoria elaborada por los Arquitectos Directores de la obra se expone que debido a que la marcha de la obra continuaba mientras se desarrollaba la tramitación del proyecto modificado, surgieron nuevas necesidades que hubieron de unirse a las modificaciones y correcciones anteriores. Tras conversaciones con la Dirección General de Bienes Culturales se vio la conveniencia de recoger en un solo documento todas las modificaciones surgidas y previstas, así como todos los aumentos de mediación surgidos. Superándose las previsiones económicas anteriores y el proyecto modificado supone un aumento del Presupuesto General de 43.861.439 pesetas.

“9.— El 28 de Agosto de 1995 el Viceconsejero de Cultura dictó Resolución en la que se confirma “la autorización de redacción del proyecto modificado de fecha 9 de Octubre de 1993, incluyendo las actuaciones complementarias anteriormente definidas, con un incremento del Presupuesto de Contrata máximo de 40.015.053 pesetas y un incremento del Presupuesto General máximo de 43.507.205 pesetas”.

“10.— El 14 de Febrero de 1997 se emitió Informe favorable a la redacción del proyecto modificado por el Servicio de Conservación y Obras del Patrimonio Histórico, indicándose

se que el incremento sobre el Presupuesto de Contrata máximo es de 26,41% y del 25,87% sobre el Presupuesto General.

Con fecha 18 de Febrero de 1997 se acordó por la Viceconsejera de Cultura “confirmar la autorización del proyecto modificado de fecha 9 de Octubre de 1993, así como la orden complementaria de redacción de proyecto modificado de 28 de Agosto de 1995, incluyendo las actuaciones anteriormente descritas, con un incremento del Presupuesto de Contrata de 40.339.809 pesetas, que supone un aumento del 26,41% y un incremento del Presupuesto General de 43.861.439 pesetas, que supone un aumento del 25,87%.

“11.– El 24 de Marzo de 1997 se emite Informe favorable a la modificación por la oficina de Supervisión de Reformados, señalándose que se han elaborado precios contractorios a los que el contratista ha prestado su conformidad, así como que la modificación supone un incremento del 26,41%, por que el plazo de ejecución se verá incrementado en 6,33 meses.

“12.– El 4 de Abril de 1997 se notificó a la empresa adjudicataria de contrato, T., y a los Arquitectos Directores de la obra la apertura del trámite de audiencia por plazo de diez días, transcurridos los cuales no se presentaron alegaciones.

“13.– Con fecha 8 de Mayo de 1997 se emitió Informe por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Cultura en el que se formulan las siguientes objeciones:

- La modificación no aparece justificada en base al interés público.
- No hay constancia expresa en el expediente de la elaboración de precios contradictorios ni de la conformidad del contratista.
- Debe producirse un reajuste de garantías.

“14.– El 20 de Mayo de 1997 se aprobó el Proyecto modificado con un Presupuesto de contrata de 40.339.809 pesetas y un Presupuesto General de 43.861.439 pesetas, así como la ampliación del plazo de ejecución de la obra en 6,33 meses.

Con fecha 10 de Julio de 1997, el expediente es fiscalizado de conformidad por la Intervención Delegada.

Se incorpora al expediente la Orden, sin fecha, de aprobación de la modificación del contrato de obras en cuestión, con expresión del gasto que supone, la ampliación del plazo de ejecución y la correspondiente ampliación de la garantía definitiva.

“15.– El expediente incluye propuesta de documento administrativo de formalización de la modificación del contrato.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el modificado del contrato de obra de "Restauración del Convento e Iglesia de Santo Domingo, de Ronda (Málaga)".

En primer término es de notar que aunque originariamente la modificación propuesta no alcanzaba el 20% del presupuesto del contrato, durante la ejecución de las obras fueron surgiendo nuevas partidas que se incluyeron en el proyecto reformado, de tal forma que éste, finalmente, supone un incremento del Presupuesto de Contrata de 40.339.809 pesetas, que implica un aumento del 26,41%, y un incremento del Presupuesto General de 43.861.439 pesetas, que conlleva un aumento del 25,87%.

A la vista de dichos antecedentes, de conformidad con lo dispuesto tanto en el artículo 16.8.c) de la Ley 8/1993, de 19 de Octubre, por la que se crea el Consejo Consultivo de Andalucía, como en los artículos 18 de la Ley de Contratos del Estado y 60.3.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, parece evidente que el dictamen de este Órgano consultivo resulta preceptivo, habida cuenta de que, como se ha dicho, la modificación proyectada es superior en más de un 20% al precio original del contrato.

II

"El estudio de la modificación en proyecto ha de comenzar por determinar el conjunto de fuentes al que debe ceñirse. Como la adjudicación del contrato de obras se llevó a cabo antes de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, su modificación ha de regirse por las disposiciones vigentes en el momento en que tuvo lugar dicha adjudicación, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 13/1995. Esto es, habrá que estar a lo que dispusieran la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación del Estado".

"A pesar de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la Ley 13/1995 resulta de aplicación al procedimiento de modificación del contrato, pues aunque el expediente incoado a tal efecto se inició antes de la entrada en vigor de dicha Ley, con fecha 28 de Agosto de 1995 se confirmó la autorización de redacción del proyecto modificado de 9 de Octubre de 1993, incluyéndose las actuaciones complementarias que fueron surgiendo, de tal forma puede decirse que, en realidad, la modificación que nos ocupa y que ha sido sometida a dictamen de este órgano se ha tramitado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1995, por lo que habrá de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 102 y 146 de la misma".

III

Como ha señalado reiteradamente este Órgano consultivo, uno de los principios básicos que presiden las relaciones contractuales es el de invariabilidad de lo pactado de las partes, principio "en varietur", que tiene su traducción en diversos preceptos de la legislación contractual administrativa, sin embargo en determinadas condiciones, la propia legis-

lación contempla la potestad de la Administración de modificar unilateralmente el objeto de los contratos amparados en el Derecho Administrativo, también denominada “ius variandi”. Esta potestad se encuentra afirmada con carácter general en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado (y actualmente en el artículo 60.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) de acuerdo con los cuales, el órgano de contratación podrá modificar los contratos celebrados por razones de interés público. Tal posibilidad implica una prerrogativa especialmente privilegiada de la Administración, puesto que supone una excepción al principio de invariabilidad que preside, las relaciones contractuales y, en atención a ello, dicha potestad se encuentra reglada en cuanto a su ejercicio, debiendo someterse de forma estricta a las exigencias del interés público y a los precisos límites que, como protección de ese interés, impone la Ley. Como es doctrina de este Consejo, no puede ser entendida como una facultad absoluta de la Administración que le permita, la alteración de lo inicialmente acordado, vinculando al contratista”.

“Del conjunto de normas que rigen el presente contrato de obras, pueden establecerse dos tipos de requisitos, cuyo cumplimiento resulta indispensable para que pueda llevarse a cabo su modificación”.

“En primer lugar, es necesario el cumplimiento de unos requisitos de naturaleza formar. Ello implica, de acuerdo con el artículo 146.3 de la Ley 13/1995, que la modificación deba ser acordada por el órgano de contratación, mediante resolución adoptada en expediente incoado como consecuencia de propuesta del director facultativo de la obra; expediente que debe incluir redacción del proyecto y aprobación del mismo, audiencia del contratista por el plazo mínimo de tres días y aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos. A dichos trámites debe unirse el informe de la Asesoría Jurídica a que se refiere el artículo 60.2 de la Ley 13/1995, la lógica fiscalización previa de la Intervención y, en el caso de que la cuantía de la alteración contractual exceda del 20 por 100 del precio del contrato, dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía. Además la modificación deberá formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 13/1995.

Además, y como presupuesto añadido, es preciso, desde una perspectiva temporal, que el procedimiento se sustancia antes de que sea ejecutadas las obras objeto de la modificación y no en un momento posterior”.

“Desde un punto de vista sustantivo, la modificación debe venir impuesta por un interés público debidamente justificado y no por la libre voluntad de la Administración contratante. Así se desprende de los artículos 18 de la Ley de Contratos del Estado y 149 del Reglamento General de Contratación, conforme a los cuales, la modificación ha de realizarse por razones de interés público, debiendo obedecer, en el contrato de obras, a necesidades nuevas o a causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto, cuyas circunstancias deberán quedar debidamente justificadas”.

“Desde este mismo prisma material, las obras en que consista la modificación deben ser consustanciales a las inicialmente proyectadas y no simplemente accesorias o complementarias de las mismas; pues según dispone el artículo 153 del Reglamento General de Contratación, las obras deberán ser objeto de contratación independiente, salvo que no excedan del 20 por 100 del precio del contrato, en cuyo supuesto si podrán ser encomendadas al contratista de la obra principal”.



IV

“Descendiendo ahora a la circunstancias del supuesto examinado, procede comprobar si el proyecto modificado del contrato de “Restauración del Convento e Iglesia de Santo Domingo de Ronda (Málaga)”, respeta las prescripciones de la normativa vigente”.

“Con carácter previo debe indicarse que la Consejería de Cultura ha incluido en un único expediente dos modificaciones distintas, dada su íntima conexión, tal y como se expone en la Memoria, ya que las nuevas necesidades que motivaron la ampliación de la modificación inicialmente prevista surgieron durante la ejecución de la obra, de tal forma que esas nuevas necesidades se han unido a las modificaciones y correcciones ya existentes”.

“En el plano de las exigencias formales, en el expediente remitido a consulta no se incorpora en el expediente la conformidad del contratista con los precios contradictorios, aunque en la Memoria se hace referencia al hecho de que éstos fueron definitivamente aceptados por el contratista el 3 de Octubre de 1995. No obstante, debería haberse incorporado al expediente el acta de precios contradictorios”.

“A la vista de todos los citados documentos cabe afirmar que el procedimiento seguido ha cubierto los trámites previstos. Ahora bien, este Consejo, si aprecia en cambio una patente insuficiencia de dichos actos o trámites en relación con el objeto mismo del procedimiento, con el ejercicio de la prerrogativa del “ius variandi”.

“En efecto, el procedimiento no puede concebirse como una mera sucesión de actos puramente rituarios cuyo contenido sea indiferente, sino como la aportación sucesiva de elementos de juicio que permitan dictar una resolución final acertada y ajustada a Derecho. El contenido de los trámites del procedimiento debe ser consecuente con la finalidad a la que sirve la actuación administrativa y con la clase de potestad que se ejercita. En el presente caso nos encontramos ante un procedimiento que además de su obligado componente técnico expresa el ejercicio de un privilegio cual es el de la modificación unilateral del contrato administrativo, que como potestad excepcional, y por tanto, restringida exige de una cumplida justificación”.

“Como consecuencia de lo anteriormente expuesto la debida concordancia entre el contenido de los actos y el fin al que han de servir es superior, en procedimiento como el presente en que este Consejo, ha de emitir dictamen preceptivo al término de su tramitación, dictamen que al haber de dictarse en Derecho exige el cumplimiento previo por parte de la Administración activa de todo cuanto el propio Derecho le exige en orden a la aportación de datos y elementos de juicio que hagan posible una decisión final del especial rigor que la Ley quiere asegurar en estos señalados asuntos”.

V

“En cuanto a la cuestión de fondo, doctrina reiterada de este Consejo ha venido reconociendo la potestad administrativa de alterar las previsiones iniciales de la contratación en aras del interés público, para lo que se deberá acreditar el interés público concurrente de manera específica y detallada, no bastando invocar motivos genéricos de esa naturaleza. En cuanto a las modificaciones por “causas técnicas imprevistas”, como ya dijera este Consejo

en su Dictamen 17/1994 de 20 de Octubre, “no puede admitirse que el ejercicio del “ius variandi” sirva para ocultar errores o faltas de previsión en los proyectos originales. Los Proyectos iniciales deben contener todas las previsiones necesarias para que la obra pueda ejecutarse de forma útil tal como fue proyectada, lo que exige extremar el rigor en la elaboración de tales proyectos, de modo que no sea preciso acudir sistemáticamente a la introducción de sucesivas reformas en ellos”. Y en el mismo sentido restrictivo la doctrina de este órgano ha interpretado el concepto de “necesidad nueva” Dictamen 17/1994; como premisa necesaria para no quebrantar indebidamente los principios de publicidad y concurrencia”.

“Como consecuencia lógica de lo anterior, surge la necesidad de que la Administración justifique cumplidamente la concurrencia de las causas que le permiten modificar el contrato, “sin que tal justificación puede consistir en la afirmación puramente tautológica de que las variaciones obedecen a causas necesarias e imprevistas a la hora de redactar el proyecto, que es justamente lo que el precepto citado exige justificar a los Servicios correspondiente” (Dictamen del Consejo de Estado de 17 de Junio de 1987)”.

“En relación con esta última doctrina hay que destacar como en el expediente administrativo abundan manifestaciones que se limitan a expresar el hecho de que la modificación se debe a causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto y a nuevas necesidades, adoptándose en la Orden de redacción del Proyecto modificado una fórmula más extensa “causas técnicas imprevistas no imputables al Arquitecto redactor del Proyecto por ser consecuencia de la obtención de nuevos datos durante la ejecución de las obras”, que se repetirá en los sucesivos trámites. A juicio de este Consejo ello no cubre una motivación suficiente, como correctamente puso de relieve el Informe de 8 de Mayo de 1997 del Letrado del Gabinete Jurídico, Asesoría Jurídica de la Consejería de Cultura”.

Por consiguiente, en la medida en que la Administración no ha aportado una justificación sustantiva mínima de la que se derive la procedencia de la modificación propuesta, este Consejo Consultivo estima que debe dictaminarse desfavorablemente la aludida modificación del Contrato.

CONCLUSIONES

Se dictamina desfavorablemente la modificación del contrato de obras denominado “Restauración del Convento e Iglesia de Santo Domingo de Ronda (Málaga).

INFORME 24/97 JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE OBRAS AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 4.2 DEL DECRETO-LEY 2/1964, DE 4 DE FEBRERO Y SU POSIBLE VIGENCIA

ANTECEDENTES

Por don José Luis Alonso Alonso, en su calidad de Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

“Por parte de algunos de contratación se viene interpretando que, además de los límites establecidos en el artículo 104-1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para que tenga lugar la revisión de precios, en precio en que el resultado de la aplicación de los índices de precios a las fórmulas polinómicas correspondientes a cada contrato sea superior a un entero veinticinco milésimas (1,025) ó inferior a cero enteros novecientos setenta y cinco milésimas (0,975). Es decir, se interpreta que el artículo 4º del Decreto-Ley 2/1964 mantiene su vigencia con rango reglamentario.

Hay que recordar que, tanto la antigua Ley de Contratos del Estado en su artículo 12, como el Reglamento General de Contratación en su artículo 30, contenían una remisión a la legislación especial en lo que respecta a la posible inclusión de cláusulas de revisión de precios en los contratos. Esta legislación especial se hallaba contenida en el Decreto-Ley 2/1964, de febrero, y en sus normas de desarrollo reglamentario.

El citado Decreto-Ley 2/1964 establecida en su artículo 4º los siguientes requisitos para la inclusión de cláusulas de revisión de precios en los pliegos de condiciones particulares:

1. La revisión no tendría lugar hasta que se hubiese certificado al menos un 20% del presupuesto total del contrato.
2. Para que hubiera lugar a la revisión sería condición indispensable que el coeficiente resultante de la aplicación de los índices de precios oficialmente aprobados a las fórmulas polinómicas correspondientes, fuese superior a 1,025 ó inferior a 0,975. A partir de tal situación se procedería a la revisión restando o sumando al coeficiente resultante 0,025, obteniendo así el coeficiente aplicable sobre la parte de obra pendiente de ejecutar.

La nueva Ley 13/1995 dedica el Título IV de su Libro II a la revisión de precios de los contratos de la Administración. A diferencia de la antigua ICE, que se remita a una legislación especial, la propia Ley regula en seis artículos los requisitos para la revisión de pre-



cios, las fórmulas de revisión, los índices de precios, el procedimiento de revisión y el pago de su importe.

El apartado 1 del artículo 104 establece que la “revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este Título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por cien de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación”. Y el artículo 107, relativo al procedimiento de revisión, dispone que “cuando se utilicen fórmulas de revisión de precios en los contratos de obras y suministro de fabricación, se procederá a la revisión mediante la aplicación del coeficiente resultante de aquéllas sobre el precio liquidado en la prestación realizada. Es decir, se ha eliminado la antigua restricción, aplicándose ahora el coeficiente resultante de las fórmulas en su integridad.

Por su parte, la disposición derogatoria única de la Ley 13/1995, deroga expresamente en su apartado 1,e), el Decreto Ley 2/1964 y sus disposiciones complementarias, manteniendo, no obstante, su vigencia con carácter reglamentario en cuanto no se ponga a lo establecido en esta Ley.

Por lo tanto, la normativa sobre revisión de precios contenida en la Ley 13/1995, ha venido a sustituir en gran parte el régimen previsto en el Decreto-Ley 2/1964, que mantiene su vigencia con carácter reglamentario únicamente en lo que no se oponga a la Ley. Y, a juicio de esta Confederación, está claro que los requisitos señalados en el artículo 4º, de éste han sido sustituidos por los establecidos en el artículo 104 y 107 de la nueva Ley, que ya hemos señalado.

En cuanto al requisito relativo a la ejecución de al menos un 20% del contrato, éste no ofrece duda pues existía ya en la regulación anterior y se mantiene. En cuanto al transcurso de los seis meses desde la adjudicación, se trata de un nuevo requisito establecido por la nueva Ley. Y en cuanto al antiguo requisito relativo al coeficiente resultante de la aplicación de los índices a las fórmulas polinómicas, que debía ser superior a 1.025 o inferior a 0,975, a nuevo juicio ha quedado derogado, puesto que se opone a lo dispuesto en el artículo 107 de la nueva Ley más arriba transcrito.

En consecuencia, entiende esta Confederación que los requisitos para la aplicación de la revisión de precios en los contratos de la Administración son los establecidos en el Título IV del Libro Y de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, no siendo de aplicación la restricción contenida en el apartado 2 del artículo 4º. del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero.

Por ello interesa a esta Confederación conocer el dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el régimen aplicable a la revisión de precios de los contratos de la Administración y en concreto sobre la cuestión de si surgen siendo aplicables los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 4º. del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar si, conforme a la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 4.2 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, en cuanto establece que “para que haya lugar a revisión será condición indispensable que el coeficiente resultante de la aplicación de los índices de precios oficialmente aprobados a las fórmulas polinómicas o conjunto de fórmulas polinómicas correspondientes a cada contrato sea superior a un entero veinticinco milésimas (1,025) o inferior a cero enteros novecientos setenta y cinco milésimas (0,975)” añadiendo que “a partir de tal situación se procederá a la revisión, restando o sumando al coeficiente resultante, según sea superior o inferior a la unidad, cero enteros veinticinco milésimas (0,025) obteniéndose así el coeficiente aplicable sobre la parte de la obra pendiente de ejecutar”, debe considerarse subsistente, como norma reglamentaria que no se opone a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o, por el contrario, por no darse esta última circunstancia debe considerarse derogado por la citada Ley, cuestión que habrá de ser resuelta sobre la base del examen de la naturaleza y significado de la prescripción contenida en el artículo 4.2 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, y de la finalidad y regulación concreta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en materia de revisión de precios, debiendo tenerse en consideración, además, los antecedentes históricos y legislativos de esta última, al ser este último un elemento interpretativo de las normas consagrado expresamente en el artículo 3.1 del Código Civil.

2. El artículo 4.2 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, viene a establecer un umbral o límite para la práctica de la revisión de precios consistente en un 2,5 por 100 (0,025) de tal modo que cuando la oscilación de precios determina una variación del 2,5 por 100 se ha cumplido el umbral de la revisión o, dicho en otros términos, el contratista asume el riesgo hasta el 2,5 por 100 del aumento de los precios y la Administración del 2,5 por 100 del descenso, como ha señalado la doctrina más autorizada que se ha ocupado del tema.

Siendo esto así debe concluirse que la prescripción del artículo 4.2. del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, constituye un umbral o límite cuantitativo a partir del cual puede operar la revisión de precios equiparable en cuanto a su naturaleza jurídica, al que el propio Decreto-Ley establece en su artículo 4.1. disponiendo que “no habrá lugar a revisión, cualquiera que sea la oscilación de los costos, hasta que se haya certificado, al menos, un 20 por 100 del presupuesto total del contrato, volumen de obra que no será susceptible de revisión”.

Con ello se quiere resaltar que el tan citado artículo 4.2. del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, no viene a regular un aspecto procedimental o complementario de la revisión de precios, sino un elemento esencial, cualquiera que sea el significado económica del mismo, de la propia revisión de precios, por lo que ya, por este carácter, debe anticiparse que es difícil admitir que este citado artículo y apartado puede encajar en el apartado 1,e), de la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administración Públicas en cuanto establece la subsistencia, como reglamentarias, de los preceptos del Decreto-Ley 2/1964, de 2 de febrero.

3. La finalidad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la regulación concreta de la revisión de precios son las que avalan definitivamente la conclusión anticipada.



Sabido es que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como resalta su Exposición de Motivos, en su apartado 1.3, coloca entre sus objetivos o finalidades el de incorporar a su texto una serie de disposiciones dispersas, entre las que se cita expresamente el Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, sobre revisión de precios, que “dada su importancia exigen que se integren en la nueva (Ley) que se promulga para conseguir la continuidad en el propósito de aquélla (la antigua Ley) y que informa la redacción de ésta.”

De acuerdo con esta idea los artículos 104 a 109 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que integran el Título IV, de su Libro I abordan la regulación de la revisión de precios, incorporando, con ciertas innovaciones, los preceptos del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, y como consecuencia de ello la disposición derogatoria única de la Ley, en su apartado 1.e), deroga expresamente el citado Decreto-Ley con la aclaración de que sus preceptos mantendrán su vigencia con carácter reglamentario en cuanto no se oponga a lo establecido en la propia Ley.

Así, el artículo 104 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que debe considerarse fundamentalmente a los efectos del presente informe, aparte de señalar los contratos en los que procede o no procede la revisión de precios y de exigir que en el pliego se excluya la revisión cuando proceda y detalle la fórmula de revisión aplicable, viene a recoger, en su apartado 1, los umbrales de la revisión de precios al establecer que la misma tendrá lugar “cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación.

Si la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hubieran querido mantener además los umbrales del artículo 4.2 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, hubiera sido necesario que los hubiese incorporado expresamente a su texto, como lo ha hecho con el del importe del 20 por 100 que antes figuraba en el artículo 4.1 del mismo Decreto-Ley y, al no hacerlo, demuestra claramente la intención del legislador de suprimir los umbrales no incorporados a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que, por lo indicado anteriormente y por el criterio de su artículo 104, pueda considerarse que los umbrales de la revisión de precios pueden ser establecidos y regulados en normas reglamentarias, lo que sucedería si, al amparo de la disposición derogatoria de la Ley se admitiese la vigencia del apartado 2 del artículo 4 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero.

4. Lo hasta aquí expuesto aparece confirmado por la tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dado que el proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, presentado por el Gobierno el mes de marzo de 1994, incluyó el artículo 105 en el que se reproducía casi literalmente el artículo 4.2 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, texto que fue suprimido en el Congreso de los Diputados como consecuencia de una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán CUI y que, por tanto, ya no figura en el texto definitivo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contrato de las Administraciones Públicas.

Con ello queda evidenciada la voluntad del legislador de suprimir los umbrales de revisión de precios que figuraban en el artículo 4.2 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, y que asimismo figuraban en el proyecto Ley remitido por el Gobierno a las Cortes en el año 1994, en contraposición con los umbrales del 20 por 100 y de seis meses que actualmente figuran incorporados al artículo 104.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.



CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el artículo 4.2 del Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, al no incorporarse su contenido al texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe considerarse derogado por esta última, sin que pueda admitirse su subsistencia como norma reglamentaria, al amparo del apartado 1,e), de su disposición derogatoria, dado que regulaba elementos esenciales de la revisión de precios, como son los umbrales de la revisión, que en todo caso, han de serlo por norma con rango de Ley y no por norma reglamentaria.

SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1998, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SOBRE AL ABONO DE INTERESES DE DEMORA SOBRE EL PAGO DE CERTIFICACIONES DE OBRA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Sentencia apelada estima íntegramente el recurso interpuesto por la entidad X, SA, contratista de diversas obras públicas, y condena al Ayuntamiento Y a pagar a la misma la cantidad de ochocientas cincuenta y nueve mil quinientas cuarenta y ocho pesetas en concepto de intereses de demora por retraso en el pago de distintas certificaciones de obras, más los intereses legales desde la fecha en que se presentó el recurso hasta la fecha de la sentencia, sin perjuicio de que la cantidad total resultante de la suma principal más los intereses devengue, a su vez, desde entonces el interés legal incrementado en dos puntos, hasta que se produzca su pago efectivo.

SEGUNDO. El Ayuntamiento Y ciñe sus alegaciones en esta apelación al extremo único de defender que la fecha inicial de devengo de intereses debe ser la que resulta en la Cláusula 3.^a de los Pliegos que rigieron los contratos y que constituyen –dice– la Ley de los mismos, con un periodo de carencia de seis meses en el devengo de intereses desde la expedición de la certificación no abonada a tiempo. Fundamenta el Ayuntamiento sus alegaciones en la doctrina de los propios actos y en el principio de buena fe, invocando jurisprudencia sobre la fuerza vinculante de los Pliegos.

TERCERO. El recurso no puede prosperar. La cuestión que se plantea en la apelación ha recibido ya respuesta en abundantísima jurisprudencia de esta Sala, plenamente coincidente con la apreciación de la sentencia recurrida. Basta el transcurso de dos meses desde la fecha en que debió efectuarse el pago de las certificaciones, en la esfera local, para que comience la obligación de pagar intereses (por todas, Sentencias de la Sección Cuarta de esta Sala de 10 de febrero y de 25 marzo 1992 y 22 noviembre 1994. Razona dicha jurisprudencia que el “dies a quo” para el computo del plazo de carencia y devengo de intereses es el de libramiento de las certificaciones de obra y no la aprobación de éstas por el Ayuntamiento sin que, en contra, pueda esgrimirse el clausulado de los Pliegos, añadiéndose que con otra interpretación se estaría en una situación de inseguridad jurídica para el acreedor legítimo que, caso de deber esperar más de dos meses para hacer la intimación, perdería las cantidades correspondientes.



CUARTO. Basta lo expuesto para confirmar la sentencia apelada, que, en este caso concreto, aprecia la obligación de pagar desde el tercer mes, pero por razones de congruencia procesal, al estimar íntegramente con este pronunciamiento la petición en tal sentido de la entidad contratista.

QUINTO. No se aprecian circunstancias que justifiquen una expresa imposición de las costas de esta apelación, en aplicación de los criterios establecidos en el art.131.1 de la LJCA.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MARZO DE 1998 SALA 3 SERVICIO 5 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA. CONTRATOS DE OBRAS. RECEPCIÓN PROVISIONAL Y DEFINITIVA. RECEPCIÓN TÁCITA

La Empresa X S.A. fue el 30 de Diciembre de 1982, adjudicataria del contrato de obras para la creación de quinientos puestos escolares, ofertado por el Departamento de Educación Universidades e Investigación del Gobierno Vasco.

Recibida provisionalmente la obra el 7 de Enero de 1985, ya que fue ocupado el Centro por los alumnos y profesores, la recurrente presentó escritos en fecha 10 de Octubre de 1986 ante la Administración para que se reciba provisional y definitivamente la obra, así como se la liquidará su importe más los intereses de demora al haber transcurrido más de nueve meses desde la recepción provisional.

FUNDAMENTO DE DERECHO

1ª) La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de Julio de 1991 estimó el recurso interpuesto por la entidad X.S.A., contra la desestimación presunta por silencio administrativo de las peticiones formuladas en los escritos ante la Administración, de 10 de Octubre de 1986 y 30 de Abril de 1987, y la correspondiente denuncia de mora, sobre abono de la cantidad de 3.754.307 pts., importe de los intereses por demora en el pago de las liquidaciones de obra, más el importe del interés legal de esa cantidad desde la formalización de la demanda.

2ª) Aunque la recepción provisional y la definitiva de las obras han de formalizarse en un acto expreso de la Administración conforme a los artículos 54 y 55 de la Ley de Contratos del Estado, 17 y 173 de su Reglamento, no es menos cierto que para garantizar los derechos del contratista y para hacer efectivo su derecho a la liquidación y pago de las obras, tanto la recepción provisional como la definitiva deben producirse en los preventivos plazos señalados en los referidos preceptos.

La recepción Provisional de las obras ha de entenderse producida, desde el momento en que terminadas aquéllas, la Administración procedió a la inauguración del edificio, lo destinó al cumplimiento de sus fines y aprobó la liquidación presupuestaria de la obra. a pesar de que no se extendiera la correspondiente acta, pues dicha solemnidad quedó satisfecha con el acto de inauguración, destino y utilización de la obra, que vienen incluso a considerar como expresión de conformidad y recepción definitiva de la obra, a pesar de la



falta de acta de formalización de la misma, todo ello en la línea de los actos administrativos tácitos, en virtud de los cuales, la Administración viene a resolver la cuestión debatida de una forma indirecta, es decir, que sin mediar una resolución expresa de la propia actividad administrativa resulte una voluntad creadora de una situación jurídica concreta. Por todo lo expuesto, es procedente desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia apelada.

3º) No procede hacer expresa declaración sobre costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 131. de nuestra Ley Jurisdiccional.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JUNIO DE 1998. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. CONTRATOS DE OBRAS. PROYECTO DE OBRAS SIN QUE SE INCLUYA EL PLAN DE SEGURIDAD E HIGIENE DE LA OBRA. A EFECTUAR EN SEPARATA Y A LIQUIDAR MEDIANTE CERTIFICACIÓN INDEPENDIENTE, PAGO PROCEDENTE

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra denegación tácita de recurso de reposición contra desestimación de petición dirigida al Consorcio "X" a fin de que abonase las cantidades correspondientes a estudio de Seguridad e Higiene de contrato de obras, que desestimado por el T.S.S. de Andalucía de 16-3-92, interpuesto recurso de apelación, el T.S. lo estima, anula los actos administrativos impugnados y condena a la Administración al abono de la cantidad reclamada con los intereses devengados desde la fecha en que aquélla debió ser satisfecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º) La Entidad mercantil "X" S.A., a quien se le adjudicó el contrato, para la construcción del Palacio de Congresos, pretende en este recurso de apelación, la revocación de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de J.de Andalucía, que rechazaba la petición de que se le abonase la cantidad de 10.813.580 pts, correspondiente a una certificación expedida del Plan de Seguridad de Higiene de dicha obra.

2º) Conforme al Real-Decreto 555/1986, de 21 de Febrero, en los proyectos de construcción, deberá formar parte del proyecto de ejecución de obra, un estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que contendrá un presupuesto que cuantifique el conjunto de gastos previstos para su aplicación. Este presupuesto deberá ir incorporado al presupuesto general de la obra como unidad independiente y el contratista quedará obligado a elaborar un plan de seguridad e higiene en el que se analicen, estudien y complementen las previsiones contenidas en el estudio citado.

Aunque el estudio de Seguridad e Higiene forma parte del proyecto de ejecución de la obra, no integra el presupuesto de ejecución material, tal como lo define el artículo 68 del Reglamento General de Contratación del Estado, su valoración puede alterarse en el proceso de contratación y su liquidación es paralela pero independiente de la del proyecto general de la obra.



3º) La regulación del estudio sobre Seguridad e Higiene en el Trabajo parece implicar que el presupuesto sometido a licitación es el de ejecución material, aunque nada impide que el presupuesto de seguridad e higiene se integre en aquél a los solos efectos de determinar un precio de adjudicación único.

La tesis de la Administración y de la sentencia de instancia, es que en el precio de adjudicación de la obra, a la recurrente no se hizo diferenciación alguna en razón al estudio de seguridad e higiene y que aquel precio comprendía todo lo que la Administración debería satisfacer por la ejecución de la obra. Dicho presupuesto no constaba en el expediente de contratación de la obra ni se ha aportado su presupuesto de ejecución material ni el Pliego de condiciones del contrato, pero resulta claramente de lo actuado que el proyecto que sirvió de base al concurso no comprendía el presupuesto del Estudio de Seguridad. Así lo confirma el artículo 4.3 del Pliego de Condiciones particulares del estudio de Seguridad citado por ambas partes de modo concorde, que prevé la percepción de su importe por el contratista a través de certificaciones complementarias a las certificaciones propias de la obra general, lo que supone la existencia de dos presupuestos distintos.

FALLO

Por lo expuesto, procede estimar el presente recurso y previa revocación de la sentencia apelada, reconocer a la entidad apelante el derecho al cobro de la certificación discutida, sin hacer especial declaración sobre las costas causadas, por no concurrir ninguna de las circunstancias exigidas por el artículo 131. de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1998. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SALA 3ª, SECCIÓN 5ª. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA; CONTRATOS DE OBRAS; CERTIFICACIONES DE OBRAS; ENDOSO DENEGADO POR LA ADMINISTRACIÓN AL ESTAR EMBARGADA LA CERTIFICACIÓN POR ÓRGANO SINDICAL COMPETENTE

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Interpuesto Recurso Contencioso Administrativo contra Acuerdo del Gobierno de Navarra de 8-6-89, desestimatorio del recurso de alzada formulado contra la denegación tácita de solicitud de abono de certificación de obras realizadas en la Residencia de Ancianos de Lumbier (Navarra); certificación que habría sido transmitida y endosada a entidad bancaria, que desestimado por Sentencia de la Sala correspondiente del T.S.J. de Navarra de 13-4-92.

SEGUNDO: Con fecha 29 de Diciembre de 1986 el Banco Bilbao Vizcaya presentó el endoso que le habría realizado "Ostiz Electricidad S.L." a la que contestó la Administración demandada en fecha 9 de Enero de 1987 diciendo que no podría ser atendido el endoso, ya que la certificación estaba embargada. En fecha 12 de Enero de 1997, la Entidad "Ostiz Electricidad, S.L.", presentó escrito solicitando el abono de dicha certificación, que fue denegado por la Administración presuntamente.

TERCERO: Interpuesto recurso contencioso Administrativo por tales entidades con base en el argumento de que según lo dispuesto en el artículo 47,3 de la Ley de contrato del Estado de 1963 y 145 del R.C.E.. "Las certificaciones solo podrán ser embargadas con destino al pago de salarios devengados en la propia obra y al de las cuotas sociales derivadas de los mismos".

La Administración demandada obró conforme a Derecho cuando puso la certificación a disposición de los Juzgados embargantes, ante los cuales los demandantes hubieran debido interponer una tercería de mejor derecho si es que creían que los embargos eran contrarios a Derecho.

CUARTO: Se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia impugnada por la S.S. razones:

1) El artículo 47.3 de L.C.E. de 8 de Abril de 1965, no dice que la Administración no haya de cumplir las órdenes de embargo que los Jueces o Tribunales decreten sobre las



certificaciones de obras, sino que éstas no serán embargables (salvo las dos excepciones que cita), lo que es distinto. El precepto va destinado a las Autoridades Sindicales o Administrativas, a quienes veda el embargo de las certificaciones (salvo para las dos citadas excepciones) y son esas Autoridades las que han de tener en cuenta la prohibición, a fin de no decretar el embargo.

Ahora bien, si expresar de ello, un Juez decreta el embargo de una certificación, ello no quiere decir que la Administración pueda entrar a juzgar sobre si el embargo es ó no ajustado a Derecho, porque ní esto está dicho en el artículo 47.3 de la L.C.E., ni lo puede decir, ya que la Constitución Española otorga sólo a los Jueces y Tribunales la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo Juzgado (Artículo 117.3.L.O.P.J.).

La Administración, pues obró correctamente cuando cumplió las órdenes de los Juzgados que habrían decretado el embargo y los interesados pudieron interponer ante éstos la correspondiente tercería de mejor derecho tal como disponen los artículos 1532 y SS.de la Ley Enjuiciamiento Civil, que permiten al tercero ejercitar mediante ellas “el derecho a ser reintegrado su crédito con preferencia al acuerdo ejecutante.

QUINTO: No existen razones que aconsejen una condena en costes.

SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1998. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.— SALA 3º, SECCIÓN 5º, CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. CONTRATOS DE OBRAS. REVISIÓN DE PRECIOS; CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS POR EL CONTRATISTA; INDEPENDIENTEMENTE DE LA PRORROGA CONCEDIDA POR CAUSA IMPUTABLE AL CONTRATISTA; LA PRIVA DEL DERECHO A REVISIÓN

Contencioso-Administrativo.— Sala 3º, Sección 5º, Contratación Administrativa. Contratos de obras; Revisión de precios: cumplimientos de los plazos por el contratista; independientemente de la prórroga concedida por causa imputable al contratista; la priva del derecho a revisión.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra Resoluciones del Presidente de la Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar del Ministerio de Educación y Ciencia, que denegaron petición de revisión de precios de certificaciones de obras de construcción de un edificio de B.U.P., fue desestimado por S.T.J. de Madrid de 5-2-92. Interpuesto

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se impugna en este recurso de apelación la Sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de J. de Madrid, contra la demanda de la Empresa X S.A. contra la Resolución del Presidente de la Junta de construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar del Ministerio de Educación y Ciencia, por la cual se aprobó la liquidación de la obra de construcción a la vez que se denegó la revisión de precios solicitada por la adjudicataria.

SEGUNDO. La razón que la Administración tuvo en cuenta para denegar la revisión de precios que el contratista incumplió los plazos parciales 2º y 3º y el general de terminación, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto-Ley 2/1964 de 4 de Febrero, no procede la revisión solicitada.

TERCERO. La sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo con base al argumento de que, si bien debe deducirse del expediente administrativo, que la Administración concedió una prórroga tácita para la terminación de la obra al aceptar sin protestar que su finalización tuviera lugar fuera del plazo previsto en el contrato, sin embargo, dicha prórroga se hubo de producir por causas imputables al contratista, lo que impide la concesión de la revisión de precios.



CUARTO. Utiliza la mercantil actora un argumento equivocado al decir que “una vez admitido por el tribunal que la prórroga se concedió tácitamente éste debe aprovechar plenamente al contratista, Se olvida con ello que el artículo 6 del Decreto Ley 2/1964, dispone expresamente que las prórrogas otorgadas por causas inimputables con contratista, no privarán del derecho de revisión de lo que se deduce, a contrario sensu, que si las causas de la prórroga son imputables al contratista, le privarán de ese derecho.

QUINTO. En el presente caso, estando demostrado que las obras se terminaron fuera del plazo establecido (y así lo admite la propia parte al aceptar la existencia de una prórroga tácita) ninguna de las causas en que la demandante funda al retraso puedan considerarse suficientes para exonerarte de responsabilidad en el retraso. en efecto; la falta de acometida eléctrica, lluvias ó la escasez de mano de obra, son contingencias que debe prever el contratista.

SEXTO. Procede, en consecuencia y desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia impugnada.

SÉPTIMO. No existen razones que aconsejen una condena en coste.



SUBVENCIONES, DICTÁMENES E INFORMES

II. GASTOS

II.3. Subvenciones y transferencias

- II.3.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 1 de Junio de 1988, acerca de la justificación de ayudas a través de factura para abonos parciales o totales de adquisición por leasing.
- II.3.2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de fecha 30 de Noviembre de 1998, sobre concesión de una subvención instrumentada a través de Convenio.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, DE 1 DE JUNIO DE 1998, ACERCA DE LA JUSTIFICACIÓN DE AYUDAS A TRAVÉS DE FACTURA PARA ABONOS PARCIALES O TOTALES DE ADQUISICIÓN POR LEASING

En contestación a su consulta de 16-03-98, referente a las ayudas, concedidas de acuerdo con la Orden de 22 de abril de 1997, cuyo objeto es mejorar la competitividad de las entidades privadas y las entidades locales del sector turístico, cuya justificación se está haciendo en algunos casos a través de facturas para abonos parciales o totales de adquisición por leasing, este Centro Directivo considera lo siguiente:

- a) Los conceptos subvencionables se corresponden tanto con la realización de actividades como con la ejecución de inversiones.
- b) El leasing, al surgir como alternativa a la financiación bancaria tradicional para la realización de inversiones, es una alternativa óptima desde el punto de vista del coste financiero-fiscal.
- c) La Ley 26/1978 sobre disciplina e intervención de Entidades de Crédito define en arrendamiento financiero y establece determinadas presunciones legales respecto al mismo.

Se presume que la opción de compra está razonablemente asegurada cuando:

– El precio de la opción de compra es insignificante o simbólico en relación al importe total del contrato de arrendamiento.

- d) Es importante conocer el método de contabilizar seguido por la entidad beneficiaria de la subvención, ya que:

– **Si no existen dudas razonables de que se va a ejecutar la opción de compra el proceder contable por el arrendatario** de acuerdo con la norma de valoración 5ª f) del Plan General de Contabilidad **será el siguiente:**

“Los derechos derivados de los contratos de arrendamiento financiero se contabilizarán como activos inmateriales por el valor contado del bien, debiéndose reflejar en el pasivo la deuda total por las cuotas más importantes de la opción de compra. La diferencia entre ambos importes, constituida por los gastos financieros de la operación, se contabilizará como gastos a distribuir en varios ejercicios. Los derechos registrados como activos inmateriales serán amortizados, en su caso, atendiendo a la vida útil del buen objeto del contrato. Cuando se ejercite la opción de compra, el valor de los derechos registrados y su co-



respondiente amortización acumulada se dará de baja en cuentas, pasando a formar parte del valor del bien adquirido.”

La cuarta parte del plan en la norma 5ª, apartado j, se dice:

“El importe global de los derechos sobre los bienes afectos a operaciones de arrendamiento financiero que deben lucir en el activo del balance, figurará en rúbrica independiente. A estos efectos, se creará una partida en el epígrafe B.II del activo del balance, con la denominación “Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero”. Las deudas correspondientes a tales operaciones figurarán en rúbrica independiente. A estos efectos, se crearán las partidas “Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo” y “Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo” en los epígrafes D.II y E.II, respectivamente del pasivo del balance.”

- En caso de que existan dudas razonables de que se vayan a ejercitar la opción de compra se irán contabilizando las cuotas de leasing como un arrendamiento puro, es decir como un gasto del ejercicio.

Por todo lo anterior, esta Intervención General ha llegado a la siguiente conclusión:

Ante una factura por arrendamiento financiero no queda acreditada la realización de la inversión, pues la misma no concluye hasta el ejercicio de la opción de compra, salvo lo expuesto en el apartado d) anterior, debiéndose estudiar cuál es el tratamiento contable que da el beneficiario el arrendamiento financiero mediante leasing.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, DE FECHA 30 DE NOVIEMBRE DE 1998, SOBRE CONCESIÓN DE UNA SUBVENCIÓN INSTRUMENTADA A TRAVÉS DE CONVENIO

Se ha recibido en esta Intervención General, con fecha 19 de Noviembre de 1998, escrito remitido por la Viceconsejería de X, por el cual se formula discrepancia a la nota de reparos emitida por el Interventor Delegado de esa Consejería, correspondiente a la propuesta de documento contable AD nº 2.801, con cargo a la aplicación presupuestaria 0.1.18.00.03.00.44200.42A, por importe de 50.000.000 ptas., relativa a la concesión de una subvención con carácter excepcional instrumentada a través de Convenio de Colaboración a suscribir entre la Consejería y la empresa pública.

De dicho escrito, así como de la documentación que se acompaña, se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO. Con fecha 5 de los corrientes se emitió por la Intervención Delegada de la Consejería nota de Reparos al expediente de referencia fundamentada en los siguientes motivos:

- El gasto que se pretende fiscalizar no es una “disposición gratuita de fondos “ de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley General de Hacienda Pública, por lo que no puede catalogarse como una subvención.
- Como consecuencia de lo expuesto, el crédito al que se pretende imputar el gasto, Capítulo VI “Transferencias Corrientes “, no es el adecuado a la naturaleza de la contraprestación, entendiéndose que se debería realizar con cargo a créditos de inversiones.
- Sería necesaria una mayor concreción en la definición del objeto del presente Convenio de Colaboración, siguiendo la línea del informe emitido por el Letrado del Gabinete Jurídico.

SEGUNDO. Recibida dicha nota de reparos, esa Viceconsejería plantea discrepancia en base a las siguientes razones:

- 1ª. A la vista del informe del Gabinete Jurídico, por la Dirección General de C se ha redactado un nuevo borrador del Convenio, eliminando las cláusulas Quinta y



Sexta y modificando la Cuarta, con el objeto de precisar el fin de la subvención, que se acompaña a este expediente de discrepancia.

- 2ª. Que en ejecución del Convenio Marco suscrito entre las dos entidades ya citadas el día 29 de Junio de 1995, se formalizaron sendos Acuerdos de Colaboración en 1996 y 1997 en los mismos términos que el que se ha sometido a fiscalización y con cargo a la misma aplicación presupuestaria, siendo informadas favorablemente por el Gabinete Jurídico y que fuesen objeto de reparo las propuestas presentadas.
- 3ª. En cuanto a la calificación de la prestación como subvención, se ha seguido en el mismo sentido dos años anteriores, fundamentando esta postura en los informes emitidos por la Asesoría Jurídica con coacción de los Acuerdos ya citados, en los que se configuran— “la prestación de la Consejería de X como subvención a la consecución de los fines convenientes comunes— “.

A los antecedentes expuestos son de aplicación las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRIMERA. Siguiendo el orden argumental del escrito de discrepancia y atendiendo al contenido del borrador del Convenio que se adjuntaba a la propuesta de documento contable AD, se ha de poner de manifiesto que se coincide con el criterio interventor en que el mismo adolece de falta de concreción en lo que al objeto se refiere, puesto que no se desprende con claridad las actividades a financiar ni, tampoco, el gasto que comportaría cada una de ellas. Así, la cláusula segunda del Convenio enuncia un objetivo o actuación genérica, cual es mantener la coproducción y edición del programa de televisión por parte de la empresa pública, realizando nuevos programas de una hora diaria de duración, sin especificar cuántos programas se van a emitir, horario o fecha de emisión de los mismos, cual es el presupuesto desglosado por gastos y programas y en qué proporción se van a coproducir. Respecto a las cláusulas tercera, entrega de material curricular, cuarta, relativa a la realización de dos campañas de divulgación por la citada empresa pública conjuntamente con la Consejería X y quinta, sobre el compromiso que adquieren ambas instituciones en la organización de unas jornadas, no queda claro si han de considerarse como objetos adicionales del citado Convenio, pues si la respuesta fuera afirmativa deberían haberse especificado la cuantía que financiaría cada una de las citadas actuaciones, su presupuesto y su adecuada descripción.

A juicio de esta Intervención General el objeto es el elemento esencial en cualquier negocio jurídico, por lo que su concreción ha de quedar recogida en el instrumento de formalización, que en el presente supuesto no es otro, que el propio convenio a suscribir, siendo por ello imprescindible su clarificación y su cuantificación para que sea posible la fiscalización del gasto correspondiente.

SEGUNDA. Siguiendo con la segunda alegación formulada en el escrito de discrepancia la Intervención no siempre puede estar vinculada por fiscalizaciones anteriores que pueden partir de supuestos de hechos homogéneos pero diferentes o simplemente erróne-

os. Como consecuencia de ello la Intervención no puede perpetuar dichos errores de criterio o interpretación cuando los advierta ya que eso puede suponer una falta de garantía para los propios gestores de los créditos controlados, debiendo tender a que su actuación se someta lo más posible a las normas vigentes, corrigiendo criterios o actuaciones realizadas cuando las considere no adecuadas, tanto cuando el cambio de criterio sea contrario al del órgano gestor como cuando haya de asumirse el mantenido por éste.

TERCERA. Respecto a la consideración de la contraprestación a realizar por la Consejería como una subvención, entendemos que atendiendo a la verdadera naturaleza del gasto, el propuesto no podría encuadrarse en aquél tipo, y todo ello, primero, porque toda formalización de convenio no implica una disposición gratuita de fondos y, segundo, porque habrá que estar al nexo causal de las contraprestaciones de las partes. Así, en este caso estamos ante un Convenio en el que se establece una relación bilateral y onerosa, ya que la Consejería aparece como titular o cotitular de los programas, adquiriendo la producción para diversos usos, sin que se advierta que se esté financiando una actividad o producto de la empresa pública, sino encargando la realización de una producción que no es de propiedad exclusiva de dicho ente público. Lo que parece desprenderse del Convenio es, por tanto, que lo que se está haciendo es pagar para adquirir una producción propia.

Al hilo de esta cuestión, se ha de observar que no aparece tampoco expresado claramente si la Consejería de X aparece como coproductora en los títulos de crédito de los programas que se emitan ni si los emite dicho Centro Directivo.

Desde este punto de vista sería más adecuado, a juicio de esta Intervención General, que el gasto se imputara a créditos del Capítulo II, coincidiendo, también en este punto, con el criterio interventor. No obstante, al estar presupuestado de forma específica en el Capítulo IV por la Dirección General de Presupuestos, órgano competente en la materia, se entiende que se puede fiscalizar con cargo a dicho crédito, sin perjuicio de que se promueva su presupuestación en el futuro como un gasto corriente o de inversión.

En consecuencia, esta Intervención General, en base a los antecedentes y consideraciones anteriores, y de conformidad con lo establecido en el art.13 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de Abril.

RESUELVE

Ratificar la nota de reparos emitida por la Intervención Delegada de la Consejería X, de fecha 5 de los corrientes, en relación con el expediente de proyecto de convenio de colaboración entre la Consejería y la Empresa Pública.

No obstante, de no estar conforme con la presente Resolución, en base a lo dispuesto en el art. 84 de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el art. 13 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, se podrán trasladar las actuaciones, para su definitiva resolución, al Consejo de Gobierno, por razón de su cuantía, comunicándolo a la Consejería de Hacienda en la forma prevista en el art. 10 del citado Reglamento.



SENTENCIA, DICTÁMENES E INFORMES

III. INGRESOS

III.1. Tributos

- III.1.1.** Resolución de 20 de Noviembre de 1988, de la Dirección General de Tributos, relativa a la exención del impuesto sobre el valor añadido de los contratos de arrendamiento y fletamentos totales de aeronaves utilizadas por entidades para cumplir funciones públicas.

RESOLUCIÓN DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1998, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS, RELATIVA A LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO Y FLETAMENTOS TOTALES DE AERONAVES UTILIZADAS POR ENTIDADES PARA CUMPLIR FUNCIONES PÚBLICAS

I

Con fecha 30 de Junio de 1997, esta Dirección General dictó una Resolución para unificar los criterios en la aplicación de la exención del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente a los arrendamientos y fletamentos totales de las aeronaves cedidas a las entidades públicas.

En dicha Resolución, el centro directivo se apoyó en el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1990, que admite la aplicación analógica para trasladadas al derecho aéreo las categorías y conceptos del derecho marítimo y en la doctrina clásica un mayoritaria al objeto de configurar el fletamento como un contrato por el que el fletante pone a disposición del fletador un buque con fines de transporte.

Con base en estos fundamentos, se resolvió en el sentido de considerar, a efectos de la exención prevista en el artículo 22. cuatro de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, el fletante total con “un contrato por el cual el titular de una aeronave cede la total capacidad de carga de la misma al fletador (entidad pública) comprometiéndose frente a este último a realizar, mediante precio, un transporte de mercancías o personas en la forma y condiciones estipuladas.” Consecuentemente, quedaban fuera del ámbito de aplicación de la exención las cesiones de aeronaves con fines distintos al transporte.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria más reciente para la calificación del contrato de fletamento de aeronaves atiende al hecho de que el fletante ceda el uso de la aeronave conservando el control y la titularidad de su explotación con independencia del destino de tal cesión.

Asimismo, pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo independizan el contrato de fletamento de la finalidad de transporte. Entre ello cabe destacar las sentencias de 16 de Septiembre de 1992 y de 1 de Abril de 1995. En esta última se admite que dicho contrato puede tener una finalidad distinta del transporte, como ocurre en el caso en ella contemplado, en el que se fleta un buque para dedicarlo a la pesca de arrastre.

La doctrina y jurisprudencia indicada marcan una evolución en el concepto de fletamento que tiene consecuencias importantes en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido.



Para precisar el alcance de esta evolución, se ha solicitado informe sobre el particular a la Asesoría Jurídica de la Secretaría de Estado de Hacienda, cuyo criterio es coincidente con el sustentado por la doctrina y jurisprudencia mencionadas, más acordes con la realidad económica del momento, en el sentido de entender que un contrato de fletamento puede tener por objeto cualquier tipo de actividad, sea o no de transporte de tal manera que la actividad desarrollada por el fletador (entidad pública) no afecta a la naturaleza del contrato.

En consecuencia, dada la situación descrita y para evitar las consecuencias negativas que pudieran derivarse de una interpretación restrictiva del concepto de contrato de fletamento, se modifica la Resolución de fecha 30 de Junio de 1997 (“Boletín Oficial del Estado” de 19 de Julio), de esta Dirección General, que quedará anulada y sustituida por la siguiente:

II

Resulta aconsejable, por tanto, clarificar el régimen de tributación de las mencionadas operaciones y asegurar la unidad de criterio en la Administración.

De lo dispuesto en el art. 22 de la Ley 37/1992, de 28 de Diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, resulta que la exención que en él se contempla, cuando el destinatario es una entidad pública, se condiciona a la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1º Que la operación sea una de las enumeradas en el precepto (entregas, transformaciones, reparaciones, mantenimiento, fletamento total o arrendamiento).
- 2º Que tenga por objeto una aeronave.
- 3º Que la aeronave sea utilizada por el destinatario de la operación (entidad pública) en el cumplimiento de sus funciones públicas.

La aplicación de la exención establecida en el precepto transcrito no ofrece dudas cuando se trata de entregas, transformaciones, reparaciones o mantenimiento de las aeronaves. Las dudas surgen en relación con la distinción entre el arrendamiento y el fletamento total de las aeronaves, debido principalmente a que el Código de Comercio no contiene una regulación específica de estos contratos.

Efectivamente, el Código de Comercio sólo regula expresamente el fletamento marítimo, por lo que la configuración del arrendamiento y del fletamento aéreo deberá resolverse aplicando las normas generales de interpretación contenidas en el capítulo II del Título preliminar del Código Civil, particularmente las contenidas en los artículos 3 y 4 del mismo.

En aplicación de estas reglas, resulta que el régimen jurídico del arrendamiento de una aeronave debe ser el contenido en el Código Civil para el arrendamiento de cosas configurándolo en consecuencia el arrendador cede al arrendatario por un tiempo determinado la plena disponibilidad de una aeronave, trasladándole la titularidad de su explotación, sin que puedan considerarse como tales aquellos supuestos en los que la empresa titular de la aeronave mantenga su posesión, su gestión y dirección técnica y a la tripulación bajo su

dependencia. No puede considerarse como arrendamiento la cesión de una aeronave para la realización de un servicio de extinción de incendios o traslados de enfermos, por ejemplo, cuando el cedente continua siendo el titular de su explotación.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 23 de la Ley 230/1963 de 28 de Diciembre, General Tributaria, que previene que “no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones “. Por ello, no pueden calificarse como arrendamientos, susceptibles de exención a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido los contratos que no se ajusten a las circunstancias descritas anteriormente, sean cuales fueran las denominaciones utilizadas por las partes.

A este respecto, resultan claves la titularidad de la explotación de la aeronave y su dirección técnica y comercial, de forma que, no existirá arrendamiento de una aeronave si el arrendatario o cesionario no adquiere la titularidad de su explotación o no asume la dirección técnica de la misma.

En cuanto al fletamento de una aeronave, es cierto que una parte de la doctrina, hoy minoritaria, lo asimila al fletamento marítimo en su concepción clásica. Sin embargo, a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Supremo y la doctrina mayoritaria más recientes, debe calificarse el contrato de fletamento aéreo atendiendo a la prestación del fletante consistente en poner a disposición del fletador la totalidad o parte de una aeronave para la realización del objeto del contrato aunque esto puede tener por objeto una actividad mercantil distinta del transporte de personas o de mercancías.

Lo mismo que en el arrendamiento, en el fletamento total se pone la totalidad de la aeronave a disposición del fletador, pero se diferencia de aquél en que en el fletamento total no hay traspaso de la titularidad de explotación ni el fletador asume la dirección técnica y comercial de la aeronave.

La Asesoría Jurídica de la Secretaría del Estado de Hacienda ha emitido un informe de fecha 24 de Junio de 1998 a instancia de este Centro, en el que se mantiene que el contrato de fletamento es aquel por el cual el empresario de la navegación pone la aeronave debidamente pertrechada y tripulada a disposición del fletador por un tiempo determinado o para realizar un concreto número de viajes, comprometiéndose la empresa aérea a realizar por cuenta ajena uno a varios vuelos. En los contratos de fletamento, el fletante conserva la posesión de la aeronave y la dirección técnica de la misma, pero su utilización es imputable al fletador por lo que a él corresponde la titularidad de la “obra” conseguida y también su realización y concluye que “el contrato entre la empresa titular de la explotación de una aeronave equipada y tripulada para que por el ente público se lleve a cabo una actividad cualquiera que esta sea, es un contrato de fletamento.

En consecuencia, esta Dirección General considera ajustada a derecho la siguiente resolución:

Están exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido el arrendamiento y el fletamento total de una aeronave cuando el destinatario de dichos servicios sea un ente público que utilice la aeronave en el cumplimiento de sus funciones públicas.

A estos efectos se entenderá:



- a) Por arrendamiento, el contrato en virtud del cual el arrendador cede el arrendatario (el ente público) por un tiempo determinado la plena disponibilidad de la aeronave, trasladándose la titularidad de su explotación y la dirección técnica y comercial de las mismas.

- b) Por fletamento total, el contrato por el que el titular de una aeronave pone la totalidad de la misma a disposición del fletador (entre público), comprometiéndose frente a este último a realizar mediante precio, un transporte de mercancías o personas o cualesquiera otras actividades empresariales o profesionales, tales como la prevención y extinción de incendios, fumigación, vigilancias, salvamento y otras similares, en la forma y condiciones estipuladas.

