

DICTAMEN: 68/2016, de 17 de març

MATÈRIA: Recurs extraordinari de revisió

DEPARTAMENT: Governació, Administracions Públiques i Habitatge - Ajuntament de Cubelles

PONENT: Joan Pagès i Galtés

DICTAMEN 68/2016, de 17 de març. Recurs extraordinari de revisió interposat per la societat Clece, SA, contra un acord de la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de Cubelles que va aprovar la liquidació econòmica corresponent al curs 2013-2014 de la llar d'infants La Draga

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 17 de març de 2016, amb la presidència del Sr. Albert Lamarca i Marquès, actuant com a secretari el Sr. Gabriel Capilla i Vidal, amb la participació de les Sres. i els Srs. Enric Argullol i Murgadas, Ferran Badosa i Coll, Alfredo Galán Galán, Marc Marsal i Ferret, Isabel Pont i Castejón, Sonia Ramos i González, Lluís Saura i Lluvià, Joan Manuel Trayter i Jiménez, Antoni Vaquer Aloy, i Carles Viver i Pi-Sunyer, i essent-ne ponent el Sr. Joan Pagès i Galtés, ha aprovat el Dictamen següent:

ANTECEDENTS

1. El 22 d'agost de 2010, la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de Cubelles va aprovar l'adjudicació de la concessió administrativa del servei públic de la llar d'infants La Draga, i el 3 d'agost de 2011 va aprovar la cessió del servei a favor de l'empresa Clece, SA.
2. Per Decret d'alcaldia núm. 77/2015, de 29 de juny, l'Ajuntament de Cubelles va aprovar la liquidació econòmica corresponent al curs 2013-2014 de la llar d'infants. La representació de l'empresa va impugnar aquesta liquidació, i, el 9 de setembre de 2015, la Junta de Govern Local va acordar estimar parcialment el recurs interposat i va determinar modificar alguns dels acords d'aquest decret.
3. El 29 d'octubre de 2015, la representació de l'empresa va presentar un recurs extraordinari de revisió contra la Resolució de 9 de setembre de 2015, de l'Ajuntament de Cubelles, amb invocació de l'article 118.1.1.^a de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), per haver incorregut l'Ajuntament en un error de fet en l'adopció de la resolució impugnada, en relació amb les despeses derivades del pagament de les pagues extraordinàries, i de les despeses derivades de les substitucions que resulten dels documents incorporats a l'expedient. També va fonamentar el recurs en la causa segona de l'article 118.1 de l'LRJPAC per l'aparició de documents de valor essencial per a la resolució de l'assumpte, amb l'aportació de les nòmines de les pagues extraordinàries objecte de controvèrsia.
4. El 26 de novembre de 2015, la tècnica d'Administració Especial d'Hisenda, de l'Ajuntament de

Cubelles, va emetre un informe sobre el recurs presentat.

5. El 14 de desembre de 2014, la secretària municipal va emetre l'Informe jurídic núm. 48/2015, en què proposava estimar parcialment el recurs extraordinari de revisió interposat per l'empresa concessionària.
6. Per Diligència núm. 74/2015, de 15 de desembre, la secretària municipal va emetre un informe sobre la tramitació del recurs interposat per l'empresa.
7. Per Decret d'alcaldia núm. 467/2015, de 15 de desembre, es va resoldre admetre a tràmit el recurs interposat, sol·licitar el dictamen a la Comissió Jurídica Assessora i suspendre el termini per a resoldre el procediment fins que no s'emetés el dictamen de l'òrgan consultiu. Aquesta resolució consta notificada a l'empresa recurrent i s'adjunta a la proposta d'estimació parcial del recurs interposat.
8. El 23 de desembre de 2015, l'alcaldesa de Cubelles va trametre al Departament de Governació i Relacions Institucionals (actualment de Governació, Administracions Públiques i Habitatge) l'expedient instruït, a l'efecte de sol·licitar el dictamen a la Comissió Jurídica Assessora.
9. El 25 de gener de 2015, la cap del Servei de Règim Local va informar favorablement sobre la tramesa de l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora.
10. El 8 de febrer de 2016, va tenir entrada en aquesta Comissió la petició de dictamen, formulada per l'Ajuntament de Cubelles i tramesa per la consellera de Governació, Administracions Públiques i Habitatge.
11. En la sessió del dia 11 de febrer de 2016, el Ple de la Comissió Jurídica Assessora va admetre a tràmit la petició referida i, en la sessió del dia 23 de febrer de 2016, es va reassignar ponent.

FONAMENTS JURÍDICS

I. Objecte

L'acte que se sotmet a consideració d'aquesta Comissió és la Resolució de 9 de setembre de



2015, de la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de Cubelles, respecte de la qual se sol·licita dictamen per a valorar si existeixen circumstàncies legitimadores del recurs extraordinari de revisió, consistents en l'error de fet que resulti dels documents incorporats a l'expedient i en l'aparició de documents essencials que evidencien l'error de la resolució objecte de recurs.

Per tal de delimitar millor l'objecte indicat, és convenient destacar que, segons consta en l'expedient, el 22 d'agost de 2010, la Junta de Govern Local va adjudicar la concessió administrativa del servei públic d'una llar d'infants, i que posteriorment, el 3 d'agost de 2011, va autoritzar la cessió de la concessió a una empresa determinada, que, per aquest motiu, va passar a tenir la condició de concessionària del servei.

Per Decret d'alcaldia 77/2015, de 29 de juny, es va aprovar el compte d'explotació del curs 2013-2014 de la concessió administrativa de la llar d'infants (pàg. 23-27 de l'expedient, apartat "liquidació"). El punt sisè d'aquesta resolució determinava aprovar la compensació de 65.815,94 euros en concepte de subministraments i superàvit amb les factures en concepte de subvenció del curs 2013-2014, el líquid resultant a satisfer de la qual era de 35.985,25 euros.

El 3 d'agost de 2015, l'empresa concessionària va presentar un recurs potestatiu de reposició contra el citat Decret d'alcaldia 77/2015, en què al·legava que no s'havia produït un superàvit al seu favor, sinó un desequilibri econòmic que determinava que el líquid resultant que l'Ajuntament havia de satisfer a la concessionària per a la liquidació econòmica del curs 2013-2014 de la llar d'infants era de 98.218,39 euros (pàg. 48-60 de l'expedient, apartat "recurs de reposició").

La Resolució de 9 de setembre de 2015, de la Junta de Govern Local, va estimar parcialment aquest recurs potestatiu de reposició, en el sentit de considerar un superàvit per import de 49.619,62 euros, de requerir a la concessionària que presentés una factura d'abonament per import de 46.693,43 euros i d'aprovar la compensació de l'import de 56.521,56 euros; així, doncs, el líquid a satisfer era de 42.353,44 euros (pàg. 168-170 de l'expedient, apartat "recurs de reposició"). La resolució consta notificada el 23 de setembre de 2015 (pàg. 171-173 de l'expedient, apartat "recurs de reposició").

En resum: a) El Decret d'alcaldia 77/2015, de 29 de juny, va fixar la liquidació que l'Ajuntament havia de satisfer a la concessionària en 35.985,25 euros; b) La concessionària va presentar un recurs potestatiu de reposició en data de 3 d'agost de 2015, i considerava que tenia dret que la liquidació es fixés en 98.218,39 euros, i c) La Junta de Govern Local va dictar la Resolució de 9 de setembre de 2015, en què entenia que la liquidació s'havia de fixar en 42.353,44 euros.

Contra aquesta Resolució de la Junta de Govern Local, el 29 d'octubre de 2015, l'empresa concessionària va presentar un recurs extraordinari de revisió, en què:

a) S'invoca la causa primera de l'article 118.1 de l'LRJPAC, perquè consideren que l'acte impugnat ha incorregut en un error de fet que resulta dels mateixos documents incorporats a l'expedient en relació amb les despeses corresponents a les pagues extraordinàries del personal



docent i de neteja, atès que, en els documents constituïts pels TC2 i per les nòmines del personal educatiu de la llar d'infants, així com els corresponents al personal de neteja que consten en l'expedient, estan justificades les despeses per aquest concepte amb uns imports respectius de 44.895,10 euros i de 2.419,36 euros. També s'al·lega un error de fet respecte de les despeses derivades de les substitucions de personal, atès que queden acreditades mitjançant els documents (TC2 i nòmines) incorporats a l'expedient, per un import de 8.004,75 euros.

b) El recurs també invoca la causa segona de l'article 118.1 de l'LRJPAC, per l'aparició de documents essencials que evidencien l'error de la resolució impugnada, amb aportació de les nòmines de les pagues extraordinàries del personal indicat (pàg. 1-8 de l'expedient, apartat "recurs de revisió").

II. Intervenció de la Comissió Jurídica Assessora

La intervenció de la Comissió és preceptiva, ja que el recurs extraordinari de revisió exigeix, amb caràcter previ a la resolució sobre el fons de l'assumpte plantejat, el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, d'acord amb l'establert en l'article 8.3.b) de la seva llei reguladora, la Llei 5/2005, de 2 de maig, i en l'article 78 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

III. Qüestions relatives al procediment

Llevat del supòsit relatiu a l'omissió del tràmit d'audiència, el present procediment en si mateix considerat no presenta qüestions significatives.

Així, en relació amb el compliment dels requisits per a interposar-lo, cal tenir en compte que, des d'un punt de vista material, l'article 118.1 de l'LRJPAC estableix que el recurs extraordinari de revisió només és procedent contra els actes fermes en via administrativa. Aquest requisit procedimental existeix en el cas que ens ocupa, en què el recurs extraordinari de revisió es presenta contra la Resolució de 9 de setembre de 2015, de la Junta de Govern Local, que estima parcialment el recurs potestatiu de reposició interposat per l'empresa concessionària contra la Resolució 77/2015, de 29 de juny, que aprova la liquidació econòmica corresponent al curs 2013-2014. La resolució del recurs potestatiu de reposició, que posa fi a la via administrativa, es va notificar el 23 de setembre de 2015. El recurs extraordinari de revisió consta que es va interposar en data 29 d'octubre de 2015.

Tanmateix, des d'un punt de vista subjectiu, la legitimació activa de la societat recurrent és pacífica, per tractar-se de l'entitat concessionària del servei públic de la llar d'infants objecte de la liquidació econòmica impugnada. La representació amb què actua qui interposa el recurs queda acreditada en l'escriptura de poders incorporada a l'expedient (pàg. 9-18 de l'expedient, apartat "recurs de revisió").



Això no obstant, la competència per a resoldre correspon a l'òrgan que ha dictat l'acte qüestionat, en aquest cas la Junta de Govern Local.

En relació amb la documentació que integra l'expedient, cal dir que tampoc no suscita cap qüestió, ja que l'expedient tramès a la Comissió està indexat i l'integren els documents corresponents al recurs extraordinari de revisió i els relatius als actes que són objecte d'impugnació.

Finalment, en relació amb la tramitació, es constata que el procediment compleix amb els requeriments legals: s'ha dictat la resolució d'admissió a tràmit del recurs interposat; s'ha formulat la proposta de resolució, de caràcter estimatori parcial de les pretensions del recurrent, i s'ha suspès el termini per a resoldre i notificar el procediment fins que no s'emeti el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora.

Certament, i aquí hi ha la qüestió a què abans s'ha fet referència, no hi consta que s'hagi efectuat el tràmit d'audiència. Ara bé, es constata que, per a valorar el recurs interposat, únicament s'ha tingut en compte la documentació aportada per l'interessat i els informes emesos per l'Àrea Tècnica d'Administració Especial d'Hisenda i per la Secretaria de l'Ajuntament, aspectes que aquest alt òrgan consultiu considera que justifiquen ometre aquest tràmit d'acord amb el previst en l'article 112.3 de l'LRJPAC.

IV. Aspectes temporals: el silenci administratiu

En relació amb els aspectes temporals que planteja el recurs extraordinari de revisió, en aquest apartat del dictamen s'ha d'examinar si el procediment de revisió s'ha desenvolupat tal com preveu l'article 119.3 de l'LRJPAC, segons el qual l'òrgan competent té un termini de tres mesos per a dictar i notificar la resolució. Transcorregut aquest termini, el recurs s'ha d'entendre desestimat, i queda expedita la via jurisdiccional contenciosa administrativa, la qual cosa, de conformitat amb l'article 43.1 de l'LRJPAC, significa que el recurrent té el dret a optar entre esperar que el recurs es resolgui d'una manera expressa o interposar el recurs contenciós administratiu.

En el cas que ens ocupa s'adverteix que:

a) El recurs extraordinari de revisió es va interposar en data 29 d'octubre de 2015.

b) Per Decret d'alcaldia 467/2015, de 15 de desembre, es va resoldre admetre a tràmit el recurs interposat, sol·licitar el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora i suspendre el termini per a resoldre el procediment fins que no s'emetés el dictamen de l'òrgan consultiu. Aquesta resolució consta notificada a l'empresa concessionària recurrent i acompanya la proposta d'estimació parcial del recurs interposat. Tanmateix, no consta en l'expedient que la concessionària hagi interposat un recurs contenciós administratiu per silenci negatiu.

Per tant, es pot considerar que s'està dins de termini per a resoldre el recurs en via



administrativa.

D'altra banda, i independentment de la qüestió del silenci administratiu, cal tenir en compte el termini per a interposar el recurs en els termes de l'article 118.2 de l'LRJPAC. Però aquest altre aspecte temporal es tractarà en els propers apartats VI.5.g) i VI.6.b).

V. Les circumstàncies del cas

La problemàtica deriva del fet que l'empresa concessionària no va presentar les nòmines de les pagues extraordinàries en el moment de fer la liquidació de l'exercici 2013-2014.

L'empresa recurrent al·lega que el pagament d'aquestes pagues extraordinàries es reflecteix en les nòmines i els TC2 presentats per a la liquidació del curs 2013-2014, que incorporen un apartat corresponent a la "prorrata de pagues extres" (pàg. 185-397 de l'annex de l'expedient), que demostren que l'import de la base salarial està constituït pel salari base mensual i la part meritada mensualment d'una manera proporcional de les pagues extraordinàries; documentació que l'empresa va considerar suficient per a acreditar aquestes despeses.

Pel que fa a les despeses de substitució de l'educadora, la problemàtica radica en el fet que l'Administració va considerar que les substitucions formen part del risc i ventura que ha d'assumir el contractista. Mentre que la societat recurrent, per a desvirtuar aquesta interpretació, va al·legar el compliment de la clàusula 8a del Plec de prescripcions tècniques, que estableix que el concessionari ha de comptar, com a mínim, amb la quantitat de personal docent que s'estipuli legalment.

Doncs bé, la proposta de resolució que efectua l'Ajuntament va estimar parcialment el recurs per considerar que incorrien les causes de l'article 118.1.1.^a i 2.^a de l'LRJPAC en relació amb les despeses de les pagues extraordinàries del personal educatiu i de neteja, i que existia la causa prevista en l'article 118.1.1.^a, en relació amb les despeses de substituir la baixa d'una educadora, en vista de l'Informe 15/2015 de la Unitat Tècnica d'Hisenda, que efectua uns càlculs respecte dels mesos que s'han de computar com a despesa.

VI. El fons de l'assumpte

VI. 1. Plantejament

El fons de l'assumpte a dictaminar se centra a saber si la liquidació econòmica derivada de l'estimació parcial del recurs potestatiu de reposició aprovada per la Junta de Govern de Local de l'Ajuntament a favor de la concessionària ha incorregut en un error de fet per no tenir en compte certs documents incorporats a l'expedient i, a més, no ha tingut en compte altres documents que han aparegut posteriorment a la resolució impugnada. D'una manera esquemàtica, el present recurs extraordinari de revisió es fonamenta:

a) En primer lloc, en la causa primera de l'article 118.1 de l'LRJPAC per considerar que, en



haver dictat els actes objecte d'impugnació, s'ha incorregut en un error de fet que resulta dels mateixos documents incorporats a l'expedient. Concretament, l'error adduït fa referència al fet que no es van incloure ni com a despeses de personal ni com a despeses ordinàries i de manteniment les pagues extraordinàries abonades al personal educatiu i al personal de neteja i que tampoc no es va incloure la substitució de la baixa d'una educadora, les quals són despeses que constaven en la documentació presentada per la concessionària a l'Ajuntament.

b) En segon lloc, en la causa segona de l'article 118.1 de l'LRJPAC, per considerar que han aparegut documents de valor essencial, i en aquesta línia la concessionària ha aportat les nòmines de les pagues extraordinàries que formen part de l'objecte de controvèrsia.

Aquestes qüestions s'han de resoldre d'acord amb els paràmetres que tot seguit s'exposaran.

VI. 2. Normativa aplicable al contracte

Cal partir de la base que s'està davant un contracte de concessió administrativa adjudicat el 22 d'agost de 2010 (pàg. 55 de l'expedient, apartat "recurs de revisió"). Això implica que:

a) És d'aplicació la normativa de contractes públics, la qual tradicionalment ha previst que una de les mencions que com a mínim ha de tenir el contracte o el plec de condicions és el "El preu cert, o la forma de determinar-lo" (art. 26.1.f) de la Llei estatal 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic; actualment recollit en l'article 26.1.f) del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre).

b) Pel que fa al contracte que s'examina, segons es dedueix de l'expedient (pàg. 5, apartat "liquidació"):

1. "En la clàusula 5, relativa a la subvenció a pagar al concessionari, es diu que l'Ajuntament transferirà al concessionari una compensació econòmica per un import màxim de 81.805,08 euros anuals per igualar la diferència entre despeses i ingressos, i sempre tenint en compte el resultat del compte d'explotació."

2. "A la clàusula 8 del Plec de prescripcions tècniques (PPT), respecte al personal del centre s'indica: 'La llar d'infants comptarà, com a mínim, amb la quantitat de personal docent segons estipuli legalment el Departament d'Educació de la Generalitat de Catalunya.'"

3. "En la clàusula 32 de drets i obligacions recíprocs de concessionari i Ajuntament del Plec de clàusules administratives particulars per la concessió administrativa de la gestió de la llar d'infants municipal, figura com a obligacions de l'Ajuntament el manteniment de l'equilibri financer de la concessió, per la qual cosa:

Compensarà econòmicament al concessionari, per raó de les modificacions que li ordenés introduir en el servei que incrementessin les despeses o disminuïssin els ingressos.

Revisarà les aportacions municipals quan, encara que no hi hagi modificacions en el servei, circumstàncies sobrevingudes, anormals i imprevisibles determinessin, en qualsevol sentit, la ruptura de l'equilibri econòmic de la concessió."



VI. 3. Inclusió en el compte d'explotació de les pagues extraordinàries al personal de plantilla i de les pagues al personal de substitució

De la normativa esmentada es desprèn que la subvenció que l'Ajuntament ha de pagar al concessionari està en funció de la diferència de despeses i d'ingressos conformement al resultat del compte d'explotació.

El "compte d'explotació" és un concepte fruit de la teoria comptable que es correspon amb el resultat d'explotació del "compte de pèrdues i guanys". Consisteix en un document que, partint de les anotacions de la comptabilitat oficial ajustada al Pla general comptable, recull l'evolució de l'empresa durant un període determinat a l'efecte de reflectir ordenadament el conjunt d'ingressos i despeses generats per l'activitat pròpia de l'empresa i, d'aquesta manera, s'evidencia la manera en què ha arribat a obtenir un guany o una pèrdua al llarg del període considerat (norma 7a de la tercera part del Pla general de comptabilitat, en relació amb l'annex, aprovat pel Reial decret 1514/2007, de 16 de novembre –en endavant, PGC–).

Una de les partides que computa és la constituïda pel compte de "Despeses de personal", relatiu a l'activitat ordinària de l'empresa, el qual inclou els "Sous i salaris", definits com a "Remuneracions, fixes i eventuais, al personal de l'empresa" (cf. compte 640 del PGC). En vista d'aquesta àmplia definició de "Sous i salaris", sembla evident que:

a) Abasta les "pagues extraordinàries", ja que no deixen de formar part del sou o salari que merita el personal de plantilla, i des d'un punt de vista substancial és indiferent que, en el compte d'explotació, s'incloguin dins de la partida "Despeses de personal" (com es fa amb el personal docent), o dins la partida "despeses ordinàries i de manteniment" (com es fa amb el personal del servei de neteja). Fins i tot, en el cas que les pagues extraordinàries se satisfessin a "personal extern a la mateixa empresa", igualment figurarien en el compte d'explotació, l'únic que la partida adequada seria la del compte 607 ("Treballs realitzats per altres empreses").

b) I el mateix cal dir de les remuneracions que se satisfan al "personal de substitució", és a dir, al personal que està contractat temporalment a l'efecte de substituir la baixa del personal fix. En tot cas es tractaria d'una partida que s'hauria d'imputar al compte d'explotació.

Doncs bé, de l'expedient examinat resulta que, en el supòsit concret que s'examina, està acreditat que la concessionària ha satisfet una sèrie d'importos en concepte de pagues extres per personal docent i per personal de neteja que no es van imputar al compte d'explotació i que també ha satisfet una sèrie d'importos en concepte de personal de substitució que tampoc no es van imputar al compte d'explotació.

Certament, s'adverteix que hi ha una discussió entre l'Ajuntament i la concessionària quant als importos exactes que s'han d'imputar al compte d'explotació de la concessió. Però, sens perjudici de la valoració que es farà d'aquestes discrepàncies quantitatives en l'apartat VI.5.h), des d'un punt de vista qualitatiu és indubtable que aquests conceptes, sigui quin sigui l'import exacte,

són susceptibles de figurar en el compte esmentat; criteri en el qual coincideixen tant la concessionària com l'Ajuntament (cf. el recurs extraordinari de revisió presentat per la concessionària –antecedent 3–, l'informe de la tècnica d'Administració Especial d'Hisenda de l'Ajuntament –antecedent 4– i l'informe de la Secretaria municipal –antecedent 5–).

VI. 4. Valoració de les causes de nul·litat que s'invoquen: plantejament

El recurs extraordinari de revisió regulat en l'LRJPAC es pot fonamentar en alguna de les quatre causes taxades per l'article 118. En el cas que ens ocupa, se n'invoquen dues: la primera i la segona, que, tot seguit, es valoren per separat.

VI. 5. Causa primera: error de fet

a) Coincidència qualitativa de les posicions de la concessionària i de l'Ajuntament

L'article 118.1 de l'LRJPAC estableix com a causa primera per a fonamentar el recurs extraordinari de revisió dels actes administratius, "Que en dictar-los s'hagi incorregut en un error de fet, que resulti dels mateixos documents incorporats a l'expedient".

Doncs bé, el present recurs de revisió es fonamenta, en primer lloc, en la previsió d'aquest precepte legal, per considerar que, a l'hora de dictar-se l'acte objecte d'impugnació, s'ha incorregut en un error de fet que resulta dels mateixos documents incorporats a l'expedient. Concretament, l'error aduït fa referència al fet que no es van incloure les pagues extraordinàries abonades al personal educatiu i al personal de neteja ni la substitució de la baixa d'una educadora com a despeses de personal ni com a despeses ordinàries i de manteniment, les quals constaven en la documentació presentada.

Pel que fa a les pagues extraordinàries, la problemàtica deriva del fet que l'empresa concessionària no va presentar les nòmines d'aquestes pagues en el moment de fer la liquidació de l'exercici 2013-2014. L'empresa recurrent al·lega que el pagament d'aquestes pagues extraordinàries es reflecteix a les nòmines mensuals i als TC2 presentats per a la liquidació del curs 2013-2014, que incorporen un apartat corresponent a la "prorrata de pagues extres" (pàg. 185-397 de l'expedient, apartat "annex"), que demostren que l'import de la base salarial està constituït pel salari base mensual i la part meritada mensualment d'una manera proporcional de les pagues extraordinàries; documentació que l'empresa va considerar suficient per a acreditar aquestes despeses.

Pel que fa a les despeses de la substitució de l'educadora, la problemàtica radica en el fet que l'Administració va considerar en un primer moment que les substitucions formen part del risc i ventura que ha d'assumir el contractista. Mentre que la societat recurrent, per a desvirtuar aquesta interpretació, va al·legar el compliment de la clàusula 8 del Plec de prescripcions tècniques, que estableix que el concessionari ha de comptar, com a mínim, amb la quantitat de personal docent que s'estipuli legalment.

La proposta municipal de resolució (pàg. 80-91 de l'expedient, apartat "recurs de revisió")

estima parcialment el recurs per considerar que es dóna la causa de l'article 118.1.1.^a de l'LRJPAC en relació amb les despeses de les pagues extraordinàries del personal educatiu i de neteja, així com amb les despeses de la substitució de la baixa d'una educadora, en vista de l'Informe 15/2015 de la Unitat Tècnica d'Hisenda (pàg. 55-62 de l'expedient, apartat "recurs de revisió"), que efectua uns càlculs respecte dels imports que s'han de computar com a despesa.

Per tant, sembla clar que, independentment de les discrepàncies quantitatives que hi puguin haver, des d'un punt de vista qualitatiu, tant la concessionària com l'Ajuntament coincideixen en el fet que es dóna la causa de l'article 118.1.1.^a de l'LRJPAC.

Ara cal veure si la Comissió Jurídica Assessora pot corroborar aquest criteri, per la qual cosa resulta inexcusable examinar quins són els requisits que estableix el precepte legal esmentat perquè resulti aplicable la causa de revisió que preveu.

b) Enumeració dels requisits necessaris perquè resulti aplicable la causa de l'article 118.1.1.^a de l'LRJPAC

Aquesta Comissió interpreta, com ha fet en altres ocasions (dictàmens 149/2006, 368/2006, 426/2012, 401/2013 i 155/2015, entre d'altres), que els requisits necessaris per a apreciar la causa de revisió de l'article 118.1.1.^a de l'LRJPAC són:

1. Que l'acte, la revisió del qual se sol·licita, sigui ferm en via administrativa.
2. Que existeixi un error de fet, és a dir, que s'estigui davant d'una equivocació fàctica, no jurídica, independent de qualsevol opinió, criteri particular o qualificació (Dictamen del Consell d'Estat 438/1998, de 16 d'abril, i sentències del Tribunal Suprem de 25 de juny de 1974, de 10 de juny de 1975, de 5 de desembre de 1977 i de 4 d'octubre de 1993, entre d'altres).
3. Que l'error ha d'haver estat causat per l'Administració i no per l'interessat (Dictamen del Consell d'Estat 123/1998, de 19 de febrer).
4. Que l'error resulti dels mateixos documents incorporats a l'expedient (o que constin en els arxius de l'Administració –Dictamen del Consell d'Estat 795/1991–).

A més, també s'ha de tenir en compte un requisit de caràcter temporal, ja que l'article 118.2 de l'LRJPAC estableix que el recurs de revisió per la causa primera s'ha d'interposar dins el termini de quatre anys a comptar des de la data de la notificació de la resolució impugnada.

Es passa a examinar l'abast i la concurrència en el cas que ens ocupa.

c) Fermesa en via administrativa

D'acord amb el primer paràgraf de l'article 118.1 de l'LRJPAC, el recurs de revisió només és procedent "Contra els actes fermes en via administrativa [...]".

Aquest requisit existeix en el cas que s'analitza, ja que el recurs extraordinari de revisió es va interposar contra un acte administratiu que va ser objecte de recurs potestatiu de reposició, el qual en l'àmbit municipal posa fi a la via administrativa (art. 109.c) de l'LRJPAC en relació amb l'article 52.2.a) de la Llei estatal 7/1985, de 2 d'abril, de bases del règim local; amb l'article 172.2.a) del

Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril; i amb l'article 210.a) del Reglament d'organització, funcionament i règim de les entitats locals, aprovat pel Reial decret 2568/1986, de 26 de novembre).

d) Error de fet

La causa primera de l'article 118.1 de l'LRJPAC exigeix als actes dels quals se'n pretén la impugnació en recurs extraordinari de revisió "Que en dictar-los s'hagi incorregut en un error de fet [...]".

Aquesta Comissió Jurídica Assessora i el Consell d'Estat a partir de la jurisprudència han precisat aquest requisit.

En centrar-nos en el criteri més consolidat, es pot sostenir que s'exigeix necessàriament, no solament una equivocació, sinó, a més, que aquesta sigui fàctica, no jurídica, és a dir, s'ha de tractar d'una apreciació no ajustada a la realitat objectiva dels successos i d'una realitat independentment de qualsevol opinió, criteri particular o qualificació (Dictamen del Consell d'Estat 4388/1998), de tal manera que les qüestions de qualificació jurídica de l'activitat realitzada i de valoració de prova no siguin susceptibles de revisió (Dictamen del Consell d'Estat 5287/1998, de 18 de març).

En aquesta línia, la Comissió Jurídica Assessora ha recordat (Dictamen 283/2015) que el Tribunal Suprem, en sentències com la de 26 d'octubre de 2005, ha indicat que "*Hay error de hecho en una resolución administrativa cuando el órgano administrativo que la dictó apoya su decisión en hechos inexistentes o no pondera otros que son reales y relevantes para lo que había de resolverse; y esta clase de error constituye la circunstancia 1º del artículo 118.1 de la LRJ/PAC cuando la inexactitud o la omisión, determinante del desacierto en la apreciación fáctica, resulta de las propias actuaciones obrantes en el expediente administrativo donde fue dictada la resolución cuya revisión se pretende*". I la mateixa Sentència afegeix que "*Hay error de derecho cuando no hay controversia sobre los hechos materiales que tuvo en consideración el órgano administrativo y, sin discutirse esa realidad fáctica o material, la polémica que pretende suscitarse está referida a la calificación formal que en un plano normativo haya sido dada a los hechos o a las consecuencias jurídicas que se hayan hecho derivar de esos mismos hechos*".

I en el Dictamen 155/2015, la Comissió va indicar que "també ha assenyalat el Tribunal Suprem (STS de 6 d'abril de 1998) que l'error de fet és aquell que versa sobre un fet, cosa o succés, és a dir, alguna cosa que es refereix a una realitat independent de tota opinió, criteri o qualificació, i que ha de posseir les notes de ser evident, indiscutible i manifest".

En el cas que s'examina, s'adverteix que, abans de dictar-se la resolució impugnada, l'empresa concessionària havia lliurat a l'Ajuntament:

1. Tant les nòmimes mensuals, en què consten la prorrata mensual de les pagues extraordinàries, com els TC2, en què es pot comprovar que l'import de base total està format pel

salari base més la prorrata de la paga extra (cf. en aquest sentit, l'observació feta per la secretària municipal en l'Informe de 15 de desembre de 2015 –segon paràgraf de la pàg. 69 de l'expedient, apartat “recurs de revisió”–).

2. Les nòmines i els documents TC2 relatius a una nova educadora que resulta indiscutible que havia estat contractada, i tot sembla apuntar que en substitució d'una altra educadora que estava de baixa; però, s'insisteix, el més rellevant és que en la documentació presentada inicialment per la concessionària figuraven les nòmines i els TC2 relatius al sou de la nova educadora (cf. en aquest sentit, l'observació que fa la secretària municipal en l'Informe de 15 de desembre de 2015 –primer paràgraf de la pàg. 71 de l'expedient, apartat “recurs de revisió”–).

De tal manera, doncs, que, si l'Ajuntament no va tenir en compte aquesta informació per tal de dictar la liquidació corresponent, és per la senzilla raó que la va obviar i, en conseqüència, va cometre un error de fet manifest segons ha reconegut d'una manera explícita la secretària municipal.

e) Error causat per l'Administració

Encara que no es digui explícitament en l'article 118.1.1.^a de l'LRJPAC, la doctrina sol exigir que l'error ha d'haver estat causat per l'Administració, no per l'interessat (Dictamen del Consell d'Estat 123/1998, de 19 de febrer).

En el cas que s'analitza, sembla clar que qui va dictar la liquidació sense tenir en compte la informació subministrada per la concessionària va ser, precisament, l'Administració. Per tant, també sembla clar que es dóna aquest requisit.

f) Error resultant dels mateixos documents incorporats a l'expedient

La causa primera de l'article 118.1 de l'LRJPAC exigeix als actes dels quals es pretén la impugnació en recurs extraordinari de revisió que l'error de fet “[...] resulti dels mateixos documents incorporats a l'expedient”.

En aquest cas, segons ja s'ha dit, hi consta que, si l'Ajuntament va dictar la liquidació errònia, no va ser per manca d'informació, sinó perquè no va tenir en compte la documentació que ja constava en l'expedient.

Certament, aquesta informació originalment aportada per la concessionària va ser posteriorment complementada. Però el més rellevant a aquests efectes és que, amb la documentació que ja va aportar inicialment la concessionària, l'Administració tenia les dades precises per a girar una liquidació ajustada a dret. Precisament, el fet de no tenir-la en compte és el que comporta que l'Administració hagi incorregut en un error de fet.

g) Termini d'interposició

L'article 118.2 de l'LRJPAC estableix que “El recurs extraordinari de revisió s'ha d'interposar, quan es tracti de la causa 1a, dins del termini de quatre anys següents a la data de la notificació de la resolució impugnada [...]”.



En l'expedient es constata que la resolució impugnada es va notificar el 30 de setembre de 2015. De tal manera que, com especifica la secretària municipal, el termini fineix l'1 d'octubre de 2019 (pàg. 67 de l'expedient, apartat "recurs de revisió") i, en conseqüència, el recurs extraordinari de revisió s'ha interposat dins de termini.

h) Aspecte quantitatiu

Malgrat que l'objecte del dictamen de la Comissió s'ha de centrar essencialment en els aspectes qualitatius, atès que això és el que determina si existeix o no alguna causa legitimadora de la revisió sol·licitada, s'ha de tenir en compte que, en aquest cas, l'aspecte quantitatiu també té rellevància, ja que la proposta municipal accepta només parcialment el recurs extraordinari de revisió interposat per la concessionària, i les diferències entre ambdues parts són quantitatives o, més precisament, estan referides a la quantitat en què s'ha de quantificar la liquidació que l'Ajuntament ha de satisfer a la concessionària partint de l'acreditació dels imports que s'han d'imputar al compte d'explotació de la concessió.

En efecte:

1. La liquidació fixada al Decret d'alcaldia 177/2015 era de 35.985,25 euros.
2. La concessionària, en el recurs potestatiu de reposició de 3 d'agost de 2015 contra el Decret esmentat, va considerar que la liquidació havia de ser de 98.218,39 euros.
3. La resolució d'aquest recurs efectuada per Acord de data 9 de setembre de 2015, de la Junta de Govern Local, va fixar la liquidació en 42.353,44 euros.
4. Contra aquesta resolució, la concessionària va interposar un recurs extraordinari de revisió en data de 29 d'octubre de 2015, que aportava arguments a favor del criteri que estava defensant.
5. Finalment, el Decret d'alcaldia 467/2015, pel qual s'admet a tràmit el recurs extraordinari de revisió citat, remet a la proposta de resolució municipal d'aquest recurs, que es basa en l'Informe tècnic d'Hisenda 15/2015, en què es fixa la liquidació en 80.960,87 euros.

A judici d'aquesta Comissió, no es pot oblidar que l'Ajuntament, com a titular del servei, té la facultat, i fins i tot el deure, d'intervenir –en el sentit de validar– les partides que han d'integrar el compte d'explotació presentat per la concessionària. Tant és així que, en la mesura que aquesta validació pot suposar el reconeixement d'una obligació econòmica a càrrec de l'Ajuntament derivada del compliment de les clàusules contractuals, està subjecte al control intern constituït per la funció interventora segons estableix l'article 214 del Text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2004, de 5 de març.

En aquest sentit, la proposta d'estimació parcial del recurs de revisió recorda que "[...] l'acreditació de les despeses de personal ha de ser la determinada per la intervenció" (pàg. 86 de l'expedient, apartat "recurs de revisió"). De tal manera que, si les despeses imputades per la concessionària no estan acreditades de la manera que reclama la intervenció municipal, l'Ajuntament està legitimat per a no computar-les, sens perjudici, òbviament, del dret que té la



concessionària a interposar els recursos pertinents si considera que l'actuació municipal no s'ajusta a dret.

Doncs bé, és precisament la manca d'acreditació en els termes reclamats per la intervenció municipal el que provoca que l'Ajuntament no accepti l'import total de les despeses que, en el recurs extraordinari de revisió, al·lega que ha sofert la concessionària.

Això és el que succeeix en l'import de les substitucions, en què, en vista de la documentació presentada per la concessionària, l'Ajuntament tan sols admet com a despesa la part que considera que s'ha acreditat degudament (pàg. 57 i 58 de l'expedient, apartat "recurs de revisió"). I, certament, entrant ja en el fons de l'assumpte, s'adverteix que, en la documentació presentada per la concessionària, només s'acredita que les substitucions han estat necessàries per a un temps determinat (de setembre a desembre de 2013 i dotze dies al gener de 2014), que és el temps en què la treballadora substituïda ha estat de baixa.

Per tant, les nòmines per substitució diferents d'aquest període, si bé poden formar part del compte d'explotació de l'empresa, no s'han d'imputar al compte d'explotació que ha de presentar a l'Ajuntament, ja que el titular del servei no està obligat a pagar més personal del que sigui necessari per a la gestió correcta del servei en els termes estipulats en el contracte concessional. És a dir, per més que la concessionària acrediti la despesa per salaris, aquesta despesa només serà imputable al compte d'explotació que vincula l'Ajuntament titular del servei si la despesa per salari es correspon amb la despesa d'un lloc de treball previst en el contracte concessional.

Per aquest motiu, aquesta Comissió entén que el criteri que s'ajusta a dret és el proposat per l'Ajuntament, ja que la concessionària no ha acreditat que la resta de nòmines destinades a la substitució fossin necessàries per al compliment del contracte concessional i que, per tant, puguin formar part del compte d'explotació que la concessionària ha de retre a l'Ajuntament.

j) Corol·lari

D'acord amb l'exposat, aquesta Comissió considera que, en el present cas, es donen tots i cadascuns dels requisits establerts per l'article 118.1.1.^a de l'LRJPAC i, per tant, és procedent el recurs extraordinari de revisió per haver-se incorregut en error de fet, amb el benentès que, en els aspectes quantitius, s'accepta íntegrament el criteri argumentat per la proposta municipal.

VI. 6. Causa segona: aparició de documents que evidencien error en la resolució objecte de recurs

a) Coincidència qualitativa de les posicions de la concessionària i de l'Ajuntament

L'article 118.1 de l'LRJPAC estableix com a causa segona per a fonamentar el recurs extraordinari de revisió dels actes administratius "Que apareguin documents de valor essencial per a la resolució de l'assumpte que, encara que siguin posteriors, evidencien l'error de la resolució recorreguda".

Doncs bé, el present recurs de revisió es fonamenta, en segon lloc, en la previsió d'aquest

precepte legal per considerar que a l'hora de dictar-se l'acte objecte d'impugnació s'ha incorregut en un error, ja que no s'han tingut en compte les pagues extraordinàries del personal educatiu i del personal que presta el servei de neteja, tot i que amb posterioritat la concessionària ha pogut aportar les nòmines d'aquestes pagues.

Aquí la problemàtica també deriva del fet que l'empresa concessionària no va presentar les nòmines esmentades en el moment de fer la liquidació de l'exercici 2013-2014. La peculiaritat consisteix en el fet que l'empresa concessionària estima que el fet d'aportar aquestes nòmines amb posterioritat a la liquidació que va fer l'Administració comporta que hagin aparegut uns documents que tenen un valor essencial per a la resolució de l'assumpte (últim paràgraf de la pàg. 5 de l'expedient, apartat "recurs de revisió").

La proposta municipal de resolució (pàg. 80-91 de l'expedient, apartat "recurs de revisió") també estima parcialment el recurs per considerar que es dóna la causa de l'article 118.1.2.^a de l'LRJPAC en relació amb les despeses de les pagues extraordinàries del personal educatiu i de neteja en vista de l'Informe 15/2015 de la Unitat Tècnica d'Hisenda (pàg. 55-62 de l'expedient, apartat "recurs de revisió"), que efectua uns càlculs respecte dels imports que s'han de computar com a despesa.

Per tant, sembla clar que, independentment de les discrepàncies quantitatives que puguin donar-se, des d'un punt de vista qualitatiu, tant la concessionària com l'Ajuntament coincideixen en el fet que es dóna la causa de l'article 118.1.2.^a de l'LRJPAC. Ara cal veure si la Comissió Jurídica Assessora pot corroborar aquest criteri.

b) Requisits necessaris perquè resulti aplicable la causa de l'article 118.1.2.^a de l'LRJPAC

Aquests requisits són els següents:

1. Que apareguin documents anteriors o posteriors a la data de la resolució recorreguda.
2. Que els documents siguin de valor essencial per a la resolució de l'assumpte.
3. Que els documents apareguts evidencin l'error de la resolució objecte de recurs.

A més, també s'ha de tenir en compte un requisit de caràcter temporal, ja que l'article 118.2 de l'LRJPAC estableix que el recurs de revisió per la causa segona s'ha d'interposar dins el termini de tres mesos a comptar des del coneixement dels documents.

Com tot seguit s'explicarà, aquest alt òrgan consultiu entén que no es compleixen ni el primer ni el segon dels requisits indicats, cosa que fa innecessari ocupar-nos del tercer requisit enunciat, així com del requisit temporal.

c) Aparició de documents anteriors o posteriors a la data de la resolució recorreguda

A judici de la Comissió, és important tenir en compte el criteri que tendeix a delimitar el terme "apareguin" utilitzat en el redactat de la causa segona de l'article 118.1 de l'LRJPAC, el qual consisteix a tenir en compte que, si els documents ja existien i no van ser aportats per l'interessat sense haver-hi cap motiu que ho justificués, no es dóna el present requisit legitimador de la



revisió.

En aquest sentit es pronuncia el Dictamen 281/2014: “Els supòsits previstos en l’article 78 de la Llei 26/2010 i l’article 118.1.2 de l’LRJPAC són supòsits taxats per a interposar un recurs extraordinari de revisió i, com el seu nom indica, només es poden donar per les causes taxades.

En el cas objecte del present Dictamen, la Comissió considera que no es dóna la causa de l’article 118.2, ja que, en la data en què es va presentar la documentació acreditativa de les despeses, no es va acreditar la totalitat de la despesa, quan tant la despesa com els documents acreditatius ja estaven a disposició del beneficiari, el qual estava obligat a justificar-los. En els documents presentats pel mateix beneficiari en el recurs extraordinari de revisió (pàg. 6 a 188) constaven dins de l’exercici del 2007, i, a més, en els informes d’auditoria i de gestió de l’exercici realitzat per una empresa especialitzada, tota la documentació justificativa estava dins el període 2007.

Per tant, no es dóna la circumstància prevista en l’article 118.1.2ª per a quan apareixen documents de valor essencial per a resoldre l’assumpte: no van aparèixer perquè el beneficiari ja els tenia al febrer de 2008.

Si aquests documents no formen part de l’expedient de justificació de la subvenció, no és perquè no hi fossin, o no existissin, o fossin posteriors, sinó senzillament perquè el beneficiari no els va aportar, com era la seva obligació en la justificació de la subvenció.”

Més recentment, el Dictamen 362/2015 explica: «[...] A aquesta consideració cal afegir que la jurisprudència (Sentència de 9 de maig de 2007 del Tribunal Suprem, entre d’altres, recurs núm. 9187/2004) ha interpretat la circumstància al·legada com a fonament d’aquest recurs en el sentit que *“los conceptos de ‘aparición’ y ‘aportación’ de los nuevos documentos, habilitantes del motivo, que alternativamente se han venido empleando a los largo de las mismas (se refiere a las distintas redacciones de los textos reguladores del recurso extraordinario de revisión artículos 127.2ª de la Ley de 17 de julio de 1958, y 118.2ª de la Ley 30/1992, y modificación operada en este último precepto por la Ley 4/1999), han de ser entendidos referidos a una misma conclusión: la imposibilidad real de que los documentos hallados o aportados hubiesen sido puestos a disposición del órgano decisor, pese a que su contenido hubiese resultado esencial para evidenciar el error sufrido al resolver [...]”*».

Aplicant aquest criteri al cas que s’analitza, s’adverteix que la concessionària podia haver aportat les nòmines de les pagues extraordinàries abans que es dictés la resolució objecte de recurs, i, per tant, no es tracta de l’aparició del document en els termes en què la Comissió ha interpretat el precepte legal.

d) Valor essencial dels documents

Tanmateix, aquest alt òrgan consultiu no creu que els documents relatius a les nòmines de pagues extraordinàries tinguin valor essencial a aquests efectes.



Efectivament, no basta que aparegui qualsevol document, ha de tractar-se d'un document essencial i d'importància decisiva per a la resolució; és a dir, que, atès el contingut, racionalment pugui suposar-se que, si s'hagués tingut en compte a l'hora de decidir, la resolució hauria estat diferent de l'adoptada.

I així, en el Dictamen 64/2012, es diu el següent: «com ha assenyalat la doctrina i aquest mateix òrgan en dir que “els documents adquireixen importància i essencialitat quan serveixen per a demostrar que l'acte sobre el qual es recorre hauria estat diferent si aquests documents haguessin format part de l'expedient, ja que haurien modificat la situació coneguda en aquell moment (Dictamen 262/2006). Per tant, i com ha posat de manifest el Consell d'Estat, es tracta, certament, d'una solució casuística (vid. dictàmens 384/1994, 385/1994, 386/1994 i 530/1994)”. Més encara, aquests documents han de posar de manifest que les decisions adoptades han esdevingut errònies. Per tant, no n'hi ha prou amb invocar o aportar el document que es predica d'essencial, sinó que, com recorda la Sentència del Tribunal Suprem d'1 de març de 2004, s'ha de raonar aquesta essencialitat. En un sentit complementari es pot afegir el que es deia en el Dictamen del Consell d'Estat de 27 de maig de 1996, en afirmar que “un documento de valor esencial es aquél que motiva la destrucción de la firmeza de un acto administrativo por la sola certeza de su existencia. Así en virtud de la atribución de tan excepcional relevancia a un documento se produce una radical subversión de todo aquello a lo que afecta el contenido de dicho escrito” (STS de 17 d'octubre de 2006, Sala Contenciosa Administrativa).»

En vista de la doctrina exposada, no sembla que, en aquest cas, es compleixi aquest requisit. I és que, segons s'ha explicat en l'anterior fonament de dret VI.5.d), malgrat que l'Administració no comptava amb les nòmines de les pagues extraordinàries, sí que comptava amb les nòmines mensuals on constaven aquestes pagues. D'aquí es dedueix que les nòmines de les pagues extraordinàries no constitueixen un document essencial, atès que la informació que contenen ja es pot deduir de les nòmines mensuals.

Tant és així, que la concessionària i l'Ajuntament coincideixen en el fet que amb la informació continguda en les nòmines mensuals ja s'hauria pogut fer una liquidació on es tinguessin en compte les pagues extres. D'aquí que, en no fer-ho, s'ha considerat que s'està davant un error de fet resultant dels mateixos documents incorporats a l'expedient, subsumible dins la causa primera de l'article 118.1 de l'LRJPAC.

e) Corol·lari

D'acord amb l'exposat, aquesta Comissió considera que, en el present cas, no es donen els requisits establerts en l'article 118.1.2.^a de l'LRJPAC i, per tant, resulta improcedent basar el recurs extraordinari de revisió en l'aparició de documents de valor essencial.



CONCLUSIÓ

S'informa favorablement sobre el recurs extraordinari de revisió instat per la concessionària contra l'acord de la Junta de Govern Local relatiu a l'aprovació de la liquidació econòmica corresponent al curs 2013-2014 del servei de llar d'infants, atès que es dóna la causa primera de l'article 118.1 de l'LRJPAC.