

En relación con el informe de fiscalización de 12 de agosto de 2021, con el que se interpone reparo suspensivo a la propuesta del Servicio de Atención Primaria e Inclusión de Resolución del Director General de Protección Social y Cooperación al Desarrollo, por el que se abona a la Fundación Gizain la cantidad de 66.097, 48 euros por el encargo del período de enero a mayo de 2021, por los incrementos retributivos debidos al convenio colectivo, se emite el siguiente

INFORME JURÍDICO

La primera cuestión que ha de resolverse, sin entrar al fondo de los actos anteriores a que el Informe alude, dado que las razones del reparo a esta propuesta de abono se refieren a actos administrativos anteriores respecto a los que, el que es objeto de reparo, es mera ejecución, es si, en el momento de la propuesta o ahora es posible legalmente impedir la ejecución de actos administrativos anteriores, ya fiscalizados favorablemente y por ello aprobados sin haber sido objeto de reparo o impugnación, y que han tenido consecuencias en actuaciones ad extra de la Fundación Gizain, constituida inicialmente para prestar de forma directa unos servicios antes prestados de forma indirecta por medio de contrataciones públicas y financiada con transferencias, y destinataria posterior de encargos, conforme al criterio de la Intervención General, que con los fondos transferidos antes o el pago de los encargos después, realiza actuaciones para prestar los aludidos servicios que implican retribuir al personal mediante el que se prestan los mismos.

En el punto 3 de su informe, el Interventor Delegado, a quien ya se trasladó verbalmente y por escrito esta cuestión, aborda de forma indirecta la misma, compartiendo que existen actos declarativos de derechos y argumentando que, por ello, la cuestión clave a dilucidar es si los actos que generaron esos derechos pueden ser calificados de nulos o anulables.

Acierta al indicar que el régimen de revisión de los actos administrativos difiere según las posibles vulneraciones que se puedan producir en ellos sean

incardinables o no entre los supuestos de nulidad de pleno derecho, pero omite que la consecuencia de esa calificación no afecta a las reglas sobre ejecutividad de los actos administrativos sino a las reglas sobre su forma de impugnación.

Los actos administrativos, tanto con la anterior regulación sobre procedimiento administrativo común, como en la actual, son ejecutivos desde que se dictan, es decir deben presumirse válidos desde esa fecha, salvo que en ellos se disponga otra cosa, gozando la Administración del privilegio de crear sus derechos mediante decisiones unilaterales y obligatorias para terceros, sin necesidad de acudir a un Tribunal para que tales derechos sean definidos y reconocidos, y son ejecutorios, es decir, deben cumplirse desde que se dictan, a salvo que la propia ley difiera su eficacia o que esta se suspenda conforme a la ley, pudiendo la Administración, ella misma, hacer efectiva esa obligatoriedad, pudiendo para ello utilizar incluso los instrumentos coercitivos previstos en la Ley, habiendo confirmado el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de la atribución legal de estos privilegios de que gozan frente a los actos privados, de ejecutividad o decisión ejecutiva y de ejecutoriedad del acto administrativo o de ejecución forzosa, con fundamento en la eficacia que a las Administraciones públicas impone la CE en su art. 103.1, vinculada a su vez con estar representando intereses generales (STC 22/1984, de 7 de febrero).

Así conforme al artículo 38 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley” y, por ello, en cuanto a sus efectos, conforme al art. 39 se prevé que “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa” y, conforme al apartado 4, que dichos “actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia **deberán ser observados por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración**”.

Esa regulación y esas consecuencias fueron comunicadas verbalmente y por escrito el 9 de agosto tanto al Interventor Delegado como a la Intervención General.

La LPAC no incluye el grado de invalidez en que se considere que puede incurrir un acto anterior entre las causas que pueden impedir el inmediato cumplimiento de un acto.

El artículo 98 LPAC, definido como “ejecutoriedad”, establece en su apartado 1:

“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que:

- a) Se produzca la suspensión de la ejecución del acto.
- b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición.
- c) Una disposición establezca lo contrario.
- d) Se necesite aprobación o autorización superior.”

Como ninguno de esos 4 supuestos concurría ni concurre, debe rechazarse el efecto suspensivo del reparo y que en estos momentos pudiera proceder un reparo suspensivo contra el abono, por motivo de discrepar con que la Orden Foral 152/2021, de 9 de junio, de la Consejera de Derechos Sociales, por la que se autorizó el incremento de gasto del encargo por el incremento retributivo del convenio colectivo debiera haberse considera no adecuada a Derecho, ya se considerara anulable o nulo de pleno derecho.

A efectos de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, es irrelevante que se considere que otros anteriores de los que trae causa y son consentidos y firmes puedan ser nulos o anulables, ya que lo que la LPAC establece, según se considere que existe un grado u otro de invalidez, es una manera diferente de obtener una declaración de su nulidad, que es la que, en su

caso, permitiría, sin perjuicio de la posible suspensión una vez iniciados esos procedimientos, entender interrumpida su eficacia.

Así, en el caso de actos declarativos de derechos, el art. 106 prevé la revisión de oficio cuando se consideren nulos de pleno derecho, procedimiento que, efectivamente, puede iniciarse en cualquier momento, salvo que concurran los límites del artículo 110, mientras el art. 107 prevé la impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los favorables para los interesados que sean anulables, previa declaración de lesividad. Esta sí está sujeta a plazo, pero el plazo es de cuatro años desde que se dictó el acto.

Por el contrario, el artículo 108 no establece distinción a los efectos del 98.1 a) y, en ambos casos, es una vez iniciado un procedimiento u otro, el del 106 o el del 107, cuando “el órgano competente para declarar la nulidad o lesividad” podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

En su Sentencia 1.273/2018, de 17 de Julio (Roj 2868/2018) el Tribunal Supremo resuelve que en un caso que traía causa de la anulación de un acto administrativo (una Resolución de la propia Administración interpretativa de un contrato) tras impugnación por la propia Administración, previa declaración de lesividad establecía: “Ahora bien, la declaración de lesividad no constituye más que un paso previo a la demanda de lesividad, dentro del procedimiento, que constituye un presupuesto para la ulterior impugnación judicial, siendo la sentencia que en su caso estime la acción de lesividad, la que produce el efecto de anulación del acto declarado lesivo, que, mientras tanto, y también durante el procedimiento judicial de impugnación del acto declarado lesivo, despliega todos sus efectos, a no ser que se haya adoptado medida cautelar.”

En el supuesto de la STS 1273/2018, por estar vigente la LRJ-PAC, se alude al artículo 103 de aquella, porque ni siquiera la declaración de lesividad (como el inicio de un procedimiento de revisión de oficio) comporta la suspensión, si no se adopta tal medida cautelar, y por ello concluye el TS: “En definitiva, no adoptada medida de suspensión, y la sentencia no dice que lo

fuera, ni las partes lo afirman, resulta evidente que el acto administrativo sujeto al procedimiento de lesividad despliega todos sus efectos, al estar dotado de ejecutividad conforme al art. 56 y 57.1 de la LPAC” (artículos que se corresponden con lo establecido en la vigente LPAC en sus arts. 38 y 39, ya citados).

En lo que al control interno previo de los actos con consecuencias económicas se refiere, el Decreto Foral 31/2010, de 17 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de Control Interno, contempla un control a través de la fiscalización previa, que distingue, en función de las etapas o fase de ejecución del gasto, entre el control de los actos de reconocimiento de obligaciones, control que ya se produjo en relación con la Orden Foral 152/2021, de 9 de junio, de la Consejera de Derechos Sociales, por la que se autorizó el incremento de gasto del encargo por el incremento retributivo del convenio colectivo, y la intervención (formal y material) del pago, estableciendo en el artículo 30.1 respecto a la intervención formal del pago que “están sometidos a intervención formal de la ordenación del pago los actos que ordenen pagos con cargo a la Tesorería de la Comunidad Foral. **Esta intervención tendrá por objeto verificar que las órdenes de pago se dictan por órgano competente y se ajustan al acto de reconocimiento de la obligación.**”

Esa es la razón por la que, tras haber remitido la documentación solicitada en primera instancia, el Servicio gestor consultó si tenía que entregar por segunda vez información y documentación que no parecía relacionada con los aspectos que son objeto de fiscalización previa cuando se interviene un pago, como el propuesto por el Servicio de Atención Primaria e Inclusión de Resolución del Director General de Protección Social y Cooperación al Desarrollo, por el que se abona a la Fundación Gizain la cantidad de 66.097, 48 euros por el encargo del período de enero a mayo de 2021, objeto del reparo que motiva este informe.

Si bien el aludido Decreto Foral también contempla, en su Título III, el control financiero permanente, en su artículo 41.2 concreta y limita claramente sus fines, en coherencia con la exigencia de seguridad jurídica que el art. 9 CE exige garantizar, previendo que los fines de dicho control se concretan en:

- “a) Ofrecer una visión del grado en que la gestión económico financiera de la entidad, unidad orgánica o área funcional sujeta a este control se ajusta a los principios de buena gestión financiera y al cumplimiento de la normativa que le sea de aplicación, a través del análisis y evaluación de la gestión realizada.
- b) Efectuar, en su caso, recomendaciones y propuestas de actuaciones correctoras de las deficiencias que se observen, de medidas de carácter preventivo que eviten deficiencias, o de acciones que puedan redundar en una mejora de la gestión económico-financiera.”

Dicho control no permite suspender la efectividad de las actuaciones ya aprobadas y por ello, en todos los casos, y especialmente en el caso de actos declarativos de derechos o con efectos ad extra, lo que procede cuando se considere, en el ejercicio de esa otra función de control y en el marco de las actuaciones que reglamentariamente formen parte del mismo, que no ha habido una buena gestión financiera o se haya podido incumplir la normativa, no es suspender la eficacia de actuaciones ya aprobadas sino realizar recomendaciones o/y propuestas de actuaciones correctoras o/y medidas preventivas que mejoren la gestión económica-financiera.

En la aludida STS, en relación con la invocación de la normativa reglamentaria autonómica que regula el control interno en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (el Decreto 62/2006, de 7 de julio, de esa Comunidad Autónoma), cuya Administración autonómica era la otra parte en la repetida Sentencia, el TS establece:

“La interpretación de la sentencia recurrida, en el sentido de que la falta de fiscalización por los reparos que puso la Intervención, supone incurrir en infracción del citado art. 103 en relación al art. 63, y para ello no precisamos entrar en la interpretación del derecho autonómico, como aduce la administración recurrida, al referirse al Decreto 62/2006 autonómico, cuyo art. 15 se invoca en la sentencia recurrida. Obviamente ese precepto de carácter reglamentario ordena la forma en que se realizan los pagos, pero **no puede cuestionar la regulación de la ejecutividad de los actos administrativos y los efectos de un procedimiento de declaración de lesividad**, aspectos reservados a la legislación estatal conforme al art. 149.1.18 de la Constitución española. Nuestro razonamiento queda en una fase previa, y no hemos de entrar en la incidencia de los reparos de la Intervención respecto al acto de ordenación del pago, resolución de 9 de junio de 2011. Cualquiera que sea la

respuesta que merezca este punto, lo que resulta incuestionable es que el acto de interpretación del contrato, la resolución de 1 de junio de 2011, del que por otra parte deriva aquel de ordenación de pago, **era un acto plenamente ejecutivo, y desplegaba todos sus efectos, y por tanto vinculaba a la propia Administración en tanto no resultare anulado**".

A idéntica conclusión se llega en relación con las actuaciones que, en su caso, se consideraran nulas de pleno derecho, existe la posibilidad de revisarlas, en este caso de oficio, por la propia Administración, pero, hasta que no se haya resuelto ese procedimiento o adoptado una medida cautelar de suspensión una vez iniciado el mismo, los actos, aunque se consideren nulos por la Intervención Delegada, despliegan todos sus efectos, vinculan a la Administración y deben ser observados por el resto de órganos administrativos, dependen jerárquicamente del que lo dictó o no.

A mayor abundamiento, y como establece expresamente el TS en la repetida STS, la suspensión de los efectos de la Orden Foral 152/2021, de 9 de junio, de la Consejera de Derechos Sociales, vulnera los principios de buena fe y de confianza legítima, actualmente recogidos en el art. 3.1 e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (LRJSP), en el momento de dictarse la STS establecidos en el art.3.1 LRJ-PAC:

“Lo razonado conduce también a la estimación del motivo cuarto, en el que se alega, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA la infracción del «[...] artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, "LPAC"), en cuanto establece los principios de buena fe y de confianza legítima, así como la jurisprudencia que lo interpreta y que establece la doctrina que prohíbe ir contra los actos propios», pues la Administración, al paralizar la ejecución de actos firmes que gozaban de ejecutividad, como la resolución de 1 de junio de 2011, así como de la ordenación de pagos acordada en ejecución de la misma, mediante resolución de 9 de junio de 2011, actúa con desconocimiento, no sólo de su ejecutividad, sino de la confianza legítima creada en la recurrente por la actuación seguida por el órgano administrativo

competente, actuación que, en tanto no fuera privada de sus efectos por el cauce de la impugnación jurisdiccional, previa declaración de lesividad, obliga a atender las obligaciones derivadas del contrato.”

Por otro lado, aunque como se deduce lo anterior, no procede entrar ahora en las cuestiones de fondo relacionadas con los actos de reconocimiento de las obligaciones, por un lado, el cálculo del coste en futuros ejercicios por la subida del Convenio se propuso por la Fundación al Patronato con carácter previo a la aprobación de la Orden Foral y fue tomada en cuenta por el Departamento en cuanto a su repercusión en futuros ejercicios en el marco plurianual a medio plazo que maneja para todos ellos (estimador de reglas fiscales) y no existe falta de crédito para hacer frente ni a ese ni a ninguno de los compromisos adquiridos por la Fundación en este ejercicio.

Por otro lado, ya se argumentó, se expuso y se acordó en reunión ad hoc con Intervención General, que por ello ya conoce, los motivos por los que se consideró que la subida salarial derivada del Convenio Colectivo para el personal de la Fundación no vulneraba las limitaciones a la subida general para el conjunto del personal de la LPGE y, en todo caso, encaja en el apartado 7 del artículo 18 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado.

En Pamplona, a 3 de septiembre de 2021

EL SECRETARIO GENERAL TÉCNICO

Ignacio Iriarte Aristu