



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **373/2016**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 21 de diciembre de 2016, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Fomento e Infraestructuras (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficios registrados los días 2 y 19 de diciembre de 2016, sobre resolución de discrepancia formulada por la Consejería de Fomento e Infraestructuras respecto a los reparos formulados por la Intervención General en el expediente de autorización del gasto relativo a la reconstrucción del Barrio de San Fernando en Lorca (expte. **341/16**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 26 de julio de 2016 el Interventor General formuló reparo al expediente remitido por la Consejería de Fomento e Infraestructuras para la "Reconstrucción de 10 viviendas de promoción pública y 2 locales propiedad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, pertenecientes al grupo de 232 viviendas sitas en el Barrio de San Fernando de Lorca". De acuerdo con el reparo y con el expediente de gestión remitido por la Consejería citada, el Instituto Nacional para la Promoción Pública de la Vivienda, promovió en 1980 la construcción del grupo de "232 viviendas, locales y urbanización en el denominado Barrio de San Fernando en Lorca", calificado como viviendas de promoción pública.

Los edificios fueron demolidos al declararse su ruina tras el terremoto de 2011 y, dado que en los edificios demolidos existían inmuebles que continuaban siendo de titularidad de la Comunidad Autónoma en el momento de los terremotos, o han pasado a serlo con posterioridad al acaecimiento de los mismos como consecuencia de la resolución de los contratos de compra-venta de las viviendas de promoción pública por falta de pago, el expediente tiene por objeto hacer frente a las obligaciones que para la CARM se derivan de su participación en la rehabilitación del complejo inmobiliario, con un presupuesto de inversión que asciende a 1.249.978,01 euros que se encuentra dotado con fondos provenientes del Banco Europeo de Inversión.

Con la extinción de la propiedad horizontal, señala el informe de fiscalización, se pasaría a un régimen de copropiedad ordinaria respecto del solar, surgiendo una comunidad de bienes sobre él, lo que implica que dicho solar pertenece "pro indiviso" a varios titulares. En principio, las cuotas de participación de los propietarios en la comunidad de bienes sobre el mismo se repartirán según los mismos porcentajes que los definidos en las cuotas de la escritura de división horizontal y, por tanto, según la proporción de propiedad que se ostentase respecto de la edificación original. Sin embargo, según sigue el informe de control, por parte del centro proponente no se incorpora ninguna documentación que establezca con claridad cuáles son los bienes que se van a recibir, su superficie ni niveles de acabado (el informe se extiende en pormenores), lo que impide formar un juicio fundamentado sobre aquello que se va a recibir por la CARM como resultado del proyecto de ejecución,

incertidumbre que es necesario despejar.

Si como consecuencia de tal clarificación, dice el informe, es voluntad de la Comunidad Autónoma recibir una participación en el edificio resultante inferior a la que originalmente ostentaba, se habrá de tramitar el correspondiente expediente de carácter patrimonial que permita a la Administración desposeerse de la cuota de participación a la que se quiera renunciar, produciéndose por lo tanto el correlativo ajuste en las obligaciones que se tengan que asumir.

Si, por el contrario, el resultado es el incremento de la participación de la Comunidad -cual sería el caso de la hipotética atribución de los locales comerciales 1.4 y 15- tal atribución habría de ser tramitada como una donación percibida por la Comunidad que, de acuerdo con el artículo 46.1 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, habría de ser autorizada por Decreto del Consejo de Gobierno acordado a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública.

A la vista de las consideraciones anteriores, concluye el informe, no se fiscaliza de conformidad el expediente remitido.

SEGUNDO.- El expediente tuvo nueva entrada en la Intervención General, la cual, en un nuevo informe de 11 de noviembre de 2016, señala que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16.3 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General, una vez formulado un reparo por la Intervención, cuando el órgano al que se dirija tal reparo, lo acepte, deberá subsanar las deficiencias observadas y remitir nuevamente las actuaciones a la Intervención que lo dictó. En el caso de no aceptarlo, el órgano al que se dirija el reparo habrá de iniciar el procedimiento de discrepancia, que si se trata de reparos emitidos o confirmados por la Intervención General será resuelta definitivamente por el Consejo de Gobierno, previo informe preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Sobre el nuevo expediente que se aporta, observa el Interventor General que adolece de ciertos defectos formales, como que la propuesta que se pretende elevar al Consejo de Gobierno no se encuentra firmada. Al margen de ello, examina la subsanación de las incidencias puestas de manifiesto por el informe de fiscalización desfavorable anterior y, aunque considera que el Informe de 26 de octubre del Jefe de Servicio Jurídico-Administrativo de la Dirección General de Ordenación del Territorio, Arquitectura y Vivienda, justifica los presupuestos jurídicos (entre los cuales se encuentra la disponibilidad de los terrenos) que permiten la reconstrucción del Barrio de San Fernando, no cabe decir lo mismo del "Informe técnico aclaratorio en relación al informe de fiscalización previa realizado para hacer frente a las obligaciones derivadas de una participación en el proceso de construcción del nuevo barrio de San Fernando de Lorca", de 19 de septiembre de 2016, elaborado por el Jefe del Departamento Técnico de la Oficina de Gestión Social de la Vivienda de la Dirección General proponente. En tal informe se afirma que la viabilidad técnica ha de entenderse garantizada con base en el proceso edificatorio y normativo en que se encuentra inscrito el proyecto, obviando -según indica la Intervención- que la Comunidad Autónoma como futura copropietaria que resultaría en caso de adherirse a la promoción, dispone de medios humanos y técnicos que le permitirían tener un conocimiento profundo de la situación de la obra y de su viabilidad, y a los que debe recurrir a los efectos de salvaguardar el interés público que representa. En cuanto a la viabilidad económica de la promoción, dice el Interventor General, en tanto que el propio informante pone de manifiesto en el informe citado y en el fechado el 25 de octubre, sustanciales diferencias en cuanto a los costes y presupuestos que considera adecuados frente a los propuestos por la dirección de la obra y la UTE constructora, sigue resultando insuficientemente clarificada; así, entiende la Intervención General que las consideraciones que realiza el técnico en el informe de 25 de octubre en el anexo I dedicado al "Coste de la promoción", en las que se manifiesta su disconformidad con los costes indicados por la Asociación de propietarios, no dejan claro si desde ese punto de vista emite un juicio positivo sobre la actuación que se pretende.

El informe de control tampoco considera subsanado el defecto puesto de manifiesto en el informe de fiscalización anterior en cuanto a la participación de la Comunidad Autónoma en los beneficios y cargas derivados de su cuota de participación en el bien demolido. Recuerda que la Comunidad ha de mantener su participación del 7,52% en el bien que se reconstruya (art. 393.1 del Código Civil) mientras que estima el centro proponente que esa participación de la CARM en el complejo reconstruido es del 7,057%.

Finaliza el informe señalando que, dado que no se puede entender que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16.3 del ya referido Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, el órgano proponente haya aceptado el reparo, hay que considerar que discrepa del mismo, debiendo de obrar como se indica en el artículo 17.3 del Decreto citado, es decir, formulando discrepancia cuya resolución corresponderá al Consejo de Gobierno previo informe preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

TERCERO.- El 2 de diciembre de 2016 tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el escrito del Consejero de Fomento e Infraestructuras planteando la discrepancia con el reparo del Interventor General. Con fecha 19 de diciembre también de 2016 se ha completado el expediente con la preceptiva propuesta de Acuerdo al Consejo de Gobierno (del día 16 anterior) en la que, previa propuesta de la Directora General de Ordenación del Territorio, Arquitectura y Vivienda, el titular de la Consejería plantea la discrepancia por remisión a anteriores informes técnicos fechados el 19 de septiembre, el 25 de octubre y el 25 de noviembre de 2016.

Se ha agregado también al expediente una comunicación que tuvo entrada en la Consejería en fecha ilegible, dirigida por el Presidente de la Asociación de Propietarios del Barrio de San Fernando, en la que aporta nueva propuesta de ajuste aritmético de la cuota de participación de la Comunidad Autónoma en el inmueble reconstruido, manteniendo la premisa de que todos los propietarios ostenten la participación que tuviesen en la promoción original. Fija tal participación en el 7,52 por ciento.

Sobre ello, un nuevo informe del Jefe del Departamento Técnico de la Oficina de Gestión Social de Vivienda (Dirección General de Ordenación del Territorio, Arquitectura y Vivienda), de 1 de diciembre de 2016, parece acoger la distribución anterior afirmando que la cuota o coeficiente de propiedad supone un valor inalterable.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.13 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- El ámbito institucional y normativo de la controversia.

I. El capital artículo 103.1 CE establece que *"La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho"*. Ordena a la Administración que persiga un fin -el interés general- a la par que le impone un sometimiento "pleno" a la ley y al derecho, sin reserva alguna. Los controles regulados para la debida aplicación de tal precepto se conjugan para eliminar del panorama administrativo zonas exentas de ser alumbradas por el principio de legalidad así instaurado. El mandato constitucional es que la Administración sea garante del interés general o público, sin que tenga libertad absoluta de medios para conseguirlo. La meta impuesta no puede alcanzarse por cualquier medio. Se reconoce con carácter general que, de esta manera, la CE proclama la interdicción de la búsqueda del fin sin atender a los medios, al señalar que la realización del interés público sólo podrá materializarse dentro de la legalidad, es decir, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. El Consejo Jurídico ha destacada en anteriores ocasiones que, conforme a ello, no es admisible la idea de que la Administración goce de una completa autonomía de actuación semejante a la que corresponde a los ciudadanos en su ámbito privado para la configuración y defensa de su propio interés.

El eje del sistema constitucional que resulta de ello se inspira en la idea de que el funcionamiento de la democracia no preconiza la relajación de los controles sobre la administración, sino que, más bien, impone un reforzamiento de los mismos, aspecto este plenamente compatible con el cumplimiento del principio de eficacia, cuya consecución en modo alguno puede suponer el sacrificio de tales controles.

II. El artículo 4.1, c), TRLH, al consagrar los principios esenciales de la Hacienda regional, establece como uno de ellos el de *"control sobre todas las operaciones de contenido económico"*, el cual se articula a través de las técnicas, procedimientos y órganos señalados en el Título IV, denominado control y contabilidad pública. Este control interno lo ejerce la Intervención General, y se caracteriza por desarrollarse con plena autonomía respecto de las autoridades y órganos controlados, constituyendo una actividad administrativa de superior grado, por cuanto trasciende la acción propia de los centros gestores para contemplarlos en su función instrumental, controlando su adecuación a la Ley. Así, la Intervención General de la Comunidad Autónoma es configurada como centro de control interno y de control financiero (art. 91.1 TRLH), el cual puede realizarse, además de a través de la fiscalización previa, mediante la comprobación económico-financiera y legal de los distintos servicios de la Administración, siendo entonces propiamente control financiero.

La necesidad del control interno se fundamenta en la protección del interés público, y atribuye a los órganos competentes una auténtica potestad que los sitúa en una cierta posición de supremacía sobre los órganos controlados. Ello tiene su razón de ser en que la Administración Pública tiene bajo su responsabilidad la adecuada conservación y aplicación de los bienes y demás recursos públicos, por lo que necesita una gestión que le permita lograr sus fines en las mejores condiciones posibles, si bien, como se está insistiendo, sin desatender la adecuada naturaleza de los medios empleados. De ahí que la realización del gasto público esté íntimamente vinculada a la idea de control, resultando de ello que el ordenamiento jurídico arbitre mecanismos para hacerlo efectivo.

Una de las incidencias mayores que el ejercicio de la función interventora plantea es la discrepancia del órgano gestor con el reparo, el cual surge cuando la Intervención, al realizar la fiscalización, se manifiesta en desacuerdo con el contenido de los actos examinados o con el procedimiento seguido para su adopción. Entonces, el órgano de control interno debe formular sus reparos por escrito e indicar los preceptos legales en los que sustente su criterio. La formulación de un reparo suspende la tramitación del expediente hasta que sea solventado, bien por la subsanación de las deficiencias observadas o bien, en el caso de no aceptación del reparo, por la resolución del incidente de discrepancia a través de las actuaciones prescritas en el Decreto 161/1999, de 30 diciembre, que se resuelve finalmente por el Consejo de Gobierno, previo Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico.

III. Desde la perspectiva expuesta, el régimen jurídico al que hay que atender es el regulado en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH), la cual en su artículo 3 establece que *"...a cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo. Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Las mejoras o menoscabos de cada piso no alterarán la cuota atribuida..."*. Añade el artículo 5 LPH que para la fijación de la cuota de participación *"...se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes"*. En concordancia con ello el artículo 9.1.e) dispone que es obligación de los propietarios *"...contribuir, con arreglo a la Cuota de Participación fijada en el título o lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble..."*.

Distinto a ello es el concepto de coeficiente de propiedad, que se ha de entender que es el valor porcentual que se asigna cuando un inmueble se divide en pisos o locales, correspondiendo a cada uno de ellos un porcentaje cuya suma total sea el 100%. Es inalterable y se expresa de forma proporcional, respondiendo al derecho de propiedad de cada vecino sobre sus elementos privativos y su parte de los comunes.

Al desaparecer el edificio como consecuencia del seísmo, la titularidad del suelo correspondiente con anterioridad a la Comunidad Autónoma en régimen de división horizontal, se transforma en un condominio en función del coeficiente de propiedad atribuible a cada propietario. Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. En atención a todo lo que resulta del expediente, del marco normativo y de la aplicación consultiva y jurisprudencial del mismo, el Consejo Jurídico considera que no hay motivos suficientes para que se proponga al Consejo de Gobierno el levantamiento de los reparos formulados por el Interventor General, y ello porque la tesis sostenida en los mismos en cuanto a la identificación, defensa y protección del patrimonio de la Administración regional no puede entenderse enervada por la actuación de la Consejería, que no ha instruido el procedimiento con la claridad debida para subsanar los reparos formulados. Se debe recordar que mediante informe de 19 de septiembre de 2016 se ha sostenido que la cuota de participación de los inmuebles en la nueva promoción era del 7,057 por ciento, y en el de 25 de octubre de 2016 que era del 7,286 por ciento, para señalar finalmente, en el de 1 de diciembre de 2016, que es del 7,52 por ciento.

Con posterioridad a la formulación del reparo se ha aportado una instrucción complementaria al expediente que no ha sido sin embargo trasladada a la Intervención General para su consideración a efectos de entender o no subsanados los reparos, causa adicional por la que no es razonable levantar el reparo, ya que no se ha permitido al centro de control expresar un juicio sobre la totalidad del expediente en su curso ordinario.

Sobre ello se debe recordar que el Consejo Jurídico se configura como *"el superior órgano consultivo en materia de Gobierno y de Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia"* (art.1.1 LCJ), por lo que no forma parte de su función, con carácter general, instruir actuaciones que hayan de complementar a los procedimientos tramitados por los consultantes. En este caso, es decir, tratándose de discrepancias ante reparos formulados o confirmados por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, y que deban ser decididos por el Consejo de Gobierno, la función del Consejo Jurídico consiste en asesorar a éste para que resuelva sobre la

existencia, o no, de fundamentos bastantes para levantar los reparos, tal como pretende el órgano consultante.

II. Sin embargo, las consideraciones que cabe elevar al Consejo de Gobierno a la hora de resolver este incidente no se limitan a las formuladas por la Consejería que, con arreglo a lo instruido, carecen de la relevancia necesaria para permitir al Consejo de Gobierno levantar al reparo. A la hora de considerar todas las cuestiones que ofrece el expediente, al margen de que hayan sido o no traídas por la Consejería consultante, es prioritario el examen de si la dilación del procedimiento es susceptible de producir daños de difícil o imposible reparación, caso para el que el ordenamiento jurídico-administrativo prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares, es decir, instrumentos que tienen por objeto proteger la integridad de un derecho en tanto se sustancia la controversia sobre su contenido, protegiendo al mismo tiempo de forma provisional las relaciones jurídicas en curso.

Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad, según dispone el artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Se pone de manifiesto que la posibilidad de acordar medidas cautelares está directamente vinculada al *periculum rei*, es decir, el riesgo que corre el objeto del procedimiento durante su tramitación, debiendo ponderarse en tal sentido el posible perjuicio al interés público, teniendo en cuenta que la Administración pública encarna el interés general, debiendo desenvolverse tales medidas dentro de un equilibrio entre la garantía de las formalidades y la eficacia. Con igual finalidad se regula la suspensión de efectos de los actos objeto de procedimientos de revisión o de recurso en los artículos 108 y 117 LPACAP, y también forman parte del mismo género las medidas cautelares reguladas en los artículos 129 y siguientes de la LJCA y en los artículos 721 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

Se requiere por la jurisprudencia que las medidas adoptadas sean razonables, entendida la razonabilidad como proporcionalidad, es decir, adecuación a la finalidad perseguida y a las circunstancias concurrentes, después de conectar la finalidad perseguida con el medio utilizado (STC 108/1984). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en las sentencias de 17 mayo de 1990; de 3 de junio de 1994; de 7 de febrero de 1996; y de 9 de octubre de 1999.

El procedimiento principal en el que se formula el reparo es el ejercicio del derecho patrimonial autonómico sobre la reconstrucción de los edificios reseñados en antecedentes, cuya resolución debe alcanzar, tal como señala el Interventor General, a mantener un porcentaje igual al que correspondía en la antigua edificación demolida, derecho que ha de consolidarse en la escritura de declaración de obra nueva y de división horizontal del edificio futuro.

En el transcurso de las actuaciones, la "Asociación de Propietarios para la reconstrucción del barrio de San Fernando de Lorca" solicitó el 19 de junio de 2015 el pago de la aportación que corresponde a la Comunidad Autónoma y, al no haberse hecho efectivo, mediante nuevo escrito de 2 de septiembre de 2016 requiere el pago, que alcanza ahora al 44, 71 por ciento de la obra ejecutada, y que se corresponde, según dice, con la participación en la propiedad del 7,52 por ciento.

En ese estado de la instrucción debe ponderarse la situación creada en la que, si bien, por un lado, no se ha instruido el procedimiento con la claridad debida para subsanar los reparos formulados, al mismo tiempo la Consejería está incumpliendo la obligación de pagar su parte en los trabajos realizados, compromiso adquirido

mediante el contrato de 23 de febrero de 2015, con los consiguientes perjuicios a la Asociación citada. Y teniendo en cuenta que la obra se encuentra en curso y que el pago que se solicita es en realidad a cuenta del resultado definitivo que se producirá con el fin de obra y constitución de la nueva propiedad horizontal, es posible alzar parcialmente el reparo en cuanto a los efectos de gestión del pago se refiere, posibilitando que se realice el pago en cumplimiento del antedicho contrato.

De tal forma, se evitan los perjuicios a terceros a la par que no se perjudica el procedimiento principal, en el que debe quedar definitivamente clarificado el derecho autonómico en el complejo reconstruido.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Existe fundamento para que el Consejo de Gobierno pueda alzar parcialmente el reparo formulado por el Interventor General, a los solos efectos de que se realice el pago reclamado por la "Asociación de Propietarios para la reconstrucción del barrio de San Fernando de Lorca" mediante escrito de 2 de septiembre de 2016 correspondiente al 44, 71 por ciento de la obra ejecutada.

No obstante, V.E. resolverá.