



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 594/2018

(Sección 1ª)

La Laguna, a 20 de diciembre de 2018.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de revisión de oficio de la encomienda realizada a la filial de la sociedad mercantil pública (...), denominada (...), para la realización de una asistencia técnica para la coordinación en Bruselas de la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de Medio Ambiente de la Unión Europea durante el primer semestre de 2015 (EXP. 562/2018 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la encomienda realizada a la filial de la sociedad mercantil pública (...), denominada (...), para la realización de una asistencia técnica para la coordinación en Bruselas de la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de Medio Ambiente de la Unión Europea durante el primer semestre de 2015.

2. La preceptividad del dictamen, el carácter obstativo de la declaración de nulidad que se pretende, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Sra. Consejera para solicitarlo resulta de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 106.1, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que resulta de aplicación a pesar de haberse dictado en el año 2015 el

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

acto cuya revisión se insta, tal y como se prevé en la Disposición transitoria tercera, letra b), de aquella Ley, al establecer que «los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley, se sustanciarán por las normas establecidas en ésta».

3. La ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos, que, como se ha dicho, se contiene en el art. 106 LPACAP, procede contra actos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 47.1 LPACAP y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en este caso. El contenido de este último artículo coincide con el previsto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) vigente en el momento en que se dictó el acto cuya nulidad se pretende.

4. La Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad es la competente para incoar y resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos de su Departamento, de conformidad con lo previsto en el art. 29.1.g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, en relación con el art. 7 del Decreto 103/2015, de 9 de julio, del Presidente, por el que se determinan el número, denominación y competencias de las Consejerías.

5. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impidan un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, constando haberse realizado la audiencia a (...), interesada en el procedimiento de nulidad, que ha manifestado su conformidad al mismo, así como recabado el informe de los Servicios Jurídicos.

II

Los antecedentes más relevantes, según la documentación obrante en el expediente, son los siguientes:

- Mediante escrito del entonces Director General de Protección de la Naturaleza (extinta Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad), de 29 de diciembre de 2014 [notificado el 12 de enero de 2015 a (...)], se otorga conformidad expresa a una «propuesta de 19 de diciembre de 2014 (en realidad debió decir “de 18 de diciembre”», de presupuesto para la realización de Asistencia Técnica de apoyo al Gobierno de Canarias para la Participación de las Comunidades Autónomas en la

Posición Común para el Consejo de Ministros de Medio Ambiente de la UE, durante el primer semestre de 2015», por importe de 19.000 €.

- Mediante informe de 30 de junio de 2015, de la Dirección General de Protección de la Naturaleza (DGPN) se detallan las actuaciones realizadas durante el primer semestre de 2015, en relación con la coordinación de la participación de las Comunidades Autónomas en las sesiones del Consejo de la Unión Europea en su formación de medio ambiente.

- Consta en el expediente factura nº F543815085, de 13 de noviembre de 2015, emitida por (...), por importe de 18.762,29 €, en relación con los trabajos de apoyo realizados por dicha empresa para la coordinación de las mencionadas actuaciones.

- Asimismo, consta certificado del Servicio Económico-Administrativo de la DGPN, de 29 de julio de 2016, en el que se consigna lo siguiente:

«Que en la fecha en que se realizó el encargo verbal no existía consignación presupuestaria suficiente;

- que la encomienda no se formalizó por escrito mediante la correspondiente orden departamental, en la que se incluyera, al menos, una relación detallada de la actividad o actividades a las que afecte y su plazo de realización;

- que tampoco hubo propuesta alguna del Centro Directivo competente por razón de la materia, en este caso de la Dirección General de Protección de la Naturaleza o de la Viceconsejería de Medio Ambiente:

- que finalmente no concurren las formalidades a que se refiere el artículo 55.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para los negocios verbales».

- El 1 de agosto de 2016 se dicta la Orden de la Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad por la que se resuelve la incoación de procedimiento de revisión de oficio, sin que, posteriormente se haya declarado su caducidad.

- Mediante oficio de 13 de octubre de 2016 de la Secretaría General Técnica de la Consejería se interesa para que prospere la revisión de oficio, que se incorporen al expediente documento que acredite la recepción por (...) del oficio de aceptación de presupuesto 29 de diciembre de 2014, así como documento que acredite la inexistencia de crédito suficiente para la concreta encomienda referida.

- Mediante diligencia de incorporación de aquella misma fecha se incorpora al expediente el referido oficio del entonces Director General de Protección de la

Naturaleza (extinta Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad), de 29 de diciembre de 2014, incorporándose posteriormente escrito donde consta el recibí de aquél por parte de (...) el 12 de enero de 2015, así como el presupuesto presentado por aquella entidad.

III

En relación con la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, ésta ha sido conforme a la normativa aplicable, constando los siguientes actos:

- El 11 de mayo de 2018 la Viceconsejera de Medio Ambiente formula propuesta de incoación de procedimiento de revisión de oficio de la citada encomienda.

- El 14 de septiembre de 2018, se emite certificado por la Sección de Gestión de Recursos Naturales de la DGPN, en el que se constata que (...) «realizó las labores de Asistencia Técnica de los trabajos de coordinación en Bruselas que le fueron encomendados y que han sido especificados en el documento denominado “Informe Final sobre la Coordinación de la Participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de Medio Ambiente de la Unión Europea – Primero Semestre de 2015”, a través de (...), técnico especializado (...)».

- Mediante Orden n° 246, de 4 de octubre de 2018, de la Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, se incoa el presente procedimiento de revisión de oficio de la encomienda a (...) para la realización de asistencia técnica de apoyo al Gobierno de Canarias en la representación y coordinación de las Comunidades Autónomas para la fijación de la Posición Común en las sesiones del Consejo de la Unión Europea en su formación de medio ambiente, durante el primer semestre de 2015, concediendo trámite de audiencia a la interesada, lo que se notifica el 4 de octubre de 2018.

- El 8 de octubre de 2018 (...) presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta que prestó el servicio encomendado a entera satisfacción de la Administración, emitiendo el 13 noviembre de 2015 factura por importe de 18.762.29 €, y que ésta ha sido impagada. Por ello, si bien muestra su conformidad con la incoación del procedimiento de revisión de oficio, pretende con ello que se le indemnice con la cantidad señalada.

- El 8 de octubre de 2018 se dicta Propuesta de Resolución.

- El 18 de octubre de 2018 se emite informe de conformidad a Derecho por la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos, sin perjuicio de determinadas observaciones

que son contestadas en informe de la Secretaría General Técnica, de 15 de noviembre de 2018.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución viene a declarar la nulidad de la encomienda realizada a (...) por haberse realizado prescindiendo del procedimiento legalmente previsto, en virtud de lo establecido en el art. 47.1.e), si bien resulta aplicable el 62.1.e) LRJAP-PAC para la determinación de la causa de nulidad, al haberse dictado el acto cuya nulidad se pretende durante la vigencia de aquella Ley, en virtud del principio *tempus regit actum*, al señalar que «la encomienda no se formalizó por escrito mediante la correspondiente orden departamental, en la que se incluyera, al menos, una relación detallada de la actividad o actividades a las que afecte y su plazo de realización», y además, «tampoco hubo propuesta alguna del Centro Directivo competente por razón de la materia, en este caso de la Dirección General de Protección de la Naturaleza o de la Viceconsejería de Medio Ambiente», a lo que se añade la omisión de otros trámites aplicables con carácter general a todos los procedimientos administrativos, como la emisión de informe jurídico, técnico o económico alguno, y propuesta de resolución del órgano instructor (la DGPN o la VMA), y la ausencia de evacuación emisión de documento contable alguno que diera cobertura a la encomienda por el importe correspondiente.

«Es decir, que el único trámite que se evacuó fue la ya citada comunicación de la DGPN a (...) el 29 de diciembre de 2014 (recibida por la empresa el 12 de enero de 2015), y que fue realizada al margen de toda formalidad y procedimiento».

Al respecto, aclara la Propuesta de Resolución que no nos hallamos ante una encomienda verbal, pues consta escrito de la Dirección General de Protección de la Naturaleza en el que manifiesta su conformidad a (...) con el presupuesto presentado por ella para la realización de la prestación objeto de la encomienda.

2. Pues bien, ante todo, ha de determinarse cuál es el procedimiento legalmente establecido para este tipo de actos (encomiendas de gestión) con el objeto de verificar si incurre en causa de nulidad al haberse dictado prescindiendo de tal procedimiento, con las limitaciones jurisprudenciales expuestas, y es que los arts. 4.1.n) y 24.6 LCSP excluyen de su ámbito de aplicación los «negocios jurídicos» que se encomiendan a «los entes, Organismos y entidades del sector público» como

«medios propios y servicios técnicos» de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios”, lo que acontecerá si se pueden efectuar encomiendas obligatorias de gestión fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas «aprobadas por la entidad pública de la que dependan». Si se trata de sociedades, la totalidad del capital tendría que ser de «titularidad pública».

En el presente caso se ha acreditado que la encomienda se produjo el 29 de diciembre de 2014, a (...), filial de la matriz (...), por lo que en tal momento, el régimen jurídico de (...) era el establecido en las siguientes normas:

- La Disposición Adicional vigésima quinta del hoy derogado TRLCSP, que establecía que «(...) y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5» (entre otras, la materia de conservación y protección del medio natural y medioambiental).

- El Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de (...) y de sus filiales, cuyo art. 2.1 dispone que (...) y sus filiales son medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los poderes adjudicadores dependientes de aquella y de éstas.

Por tanto, la encomienda a (...) constituyó un encargo no contractual que estaba sometido a las prescripciones del art. 32 de la Ley 4/2012, de 25 de junio, de medidas administrativas y fiscales (en su redacción vigente en aquel momento), precepto en el que se regula el régimen jurídico de las encomiendas a este tipo de entidades que funcionan como medio propio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

3. A la vista de la citada normativa, nos encontramos con que en el presente expediente ha quedado debidamente acreditado que el 29 de diciembre de 2014 el entonces Director General de Protección de la Naturaleza realizó una encomienda a (...), por medio de escrito de aceptación de presupuesto previo, realizado, al parecer, según escrito de (...), remitido el 19 de diciembre de 2014, donde se hace constar: «según conversaciones mantenidas», para la realización de una asistencia técnica para la coordinación en Bruselas de la participación de las Comunidades

Autónomas en el Consejo de Medio Ambiente de la Unión Europea durante el primer semestre de 2015.

Asimismo, resulta de los certificados obrantes en el expediente que los servicios objeto de la encomienda fueron prestados efectivamente por (...), aportándose, asimismo, el informe realizado por aquella empresa en orden a la ejecución de la encomienda.

Sin embargo, se certifica por el Servicio Económico-Administrativo de la DGPN el 29 de julio de 2016 que:

«- Que en la fecha en que se realizó el encargo verbal no existía consignación presupuestaria suficiente;

- que la encomienda no se formalizó por escrito mediante la correspondiente orden departamental, en la que se incluyera, al menos, una relación detallada de la actividad o actividades a las que afecte y su plazo de realización;

- que tampoco hubo propuesta alguna del Centro Directivo competente por razón de la materia, en este caso de la Dirección General de Protección de la Naturaleza o de la Viceconsejería de Medio Ambiente:

- que finalmente no concurren las formalidades a que se refiere el artículo 55.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para los negocios verbales».

4. Pues bien, se comparten los razonamientos de la Propuesta de Resolución, pues nos encontramos con una encomienda que, si bien no es verbal, pues formalmente consta un escrito del Director General de Protección de la Naturaleza, se realizó conforme a conversaciones previas no constatadas de modo alguno formalmente, prescindiendo en todo momento de los requisitos procedimentales establecidos en la normativa aplicable.

Así, como señala la Propuesta de Resolución:

«Si bien el art. 32 de la Ley 4/2012, de 25 de junio, de medidas administrativas y fiscales, en su redacción vigente en el momento de la encomienda, no detallaba o pormenorizaba el procedimiento específico para la formalización de las encomiendas, sí que exigía su formalización por escrito mediante Orden Departamental de la persona titular de la Consejería, en la que se debía incluir una relación detallada de la actividad o actividades encomendadas y su plazo de realización (apartado 2 del artículo)».

En este sentido debe recordarse que, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de advertirse que

la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. Por ello, debe ceñirse la revisión de oficio a las causas graves y tasadas del art. 47.1 LPACAP -art. 62.1.e) LRJAP-PAC, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva, sin que sea ésta una vía de impugnación de actos anulables.

Por ello, la referida Orden Departamental es un trámite esencial por ser en ella donde se fijan las condiciones y obligaciones que asume la entidad que recibe el encargo, y que van dirigidas a asegurar su correcta ejecución así como el cumplimiento de la normativa vigente (en materia sectorial ambiental, laboral, etcétera) (Por ejemplo, en dicha Orden se designa a un director técnico en representación de la Administración, y se fija la obligación de la entidad encomendada de acreditar documentalmente la paulatina prestación del servicio encargado, entre otros extremos), y su ausencia en este caso determina la existencia de un vicio que conlleva la nulidad del acto que se revisa, puesto que, además, no se realizó trámite alguno exigido a todos los procedimientos administrativos, como consta expresamente mediante certificación.

En lugar de aquella orden con el referido contenido, se limita el «procedimiento» de encomienda a una mera comunicación informal de la DGPN (que, a mayor abundamiento, carecía de competencia para ello).

Asimismo, tal y como señala la Propuesta de Resolución, aquella comunicación ni siquiera va precedida de otros trámites aplicables con carácter general a todos los procedimientos administrativos; y así, por ejemplo, no se emitió informe jurídico, técnico o económico alguno, y tampoco existió propuesta de resolución del órgano instructor (la DGPN o la VMA).

Pese a todo ello, en nuestro anterior DCC 573/2018 vinimos a considerar desfavorablemente la Propuesta de Resolución en un supuesto no muy diferente, y algunas de las razones que nos llevaron entonces a dicha conclusión podrían traerse a colación en este caso.

Así y todo, entendemos que no es posible por ello que la Propuesta de Resolución concluya ahora del mismo modo y hemos de separarnos de dicho criterio por la razón que seguidamente se expone.

5. Coincidimos, en efecto, con la PR en que a la anterior causa de nulidad, debe añadirse la insuficiencia de crédito presupuestario en la fecha del encargo, tal y como se ha acreditado por el Servicio Económico-Administrativo de la DPGN mediante el citado certificado de 29 de julio de 2018, lo que implica que la encomienda incurre también en la causa específica de nulidad de pleno derecho contemplada en el art. 48 de la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria, que señala que «no podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley que incumplan esta limitación».

Entendemos que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho al declarar la nulidad de la encomienda realizada a la filial de la sociedad mercantil pública (...), denominada (...), para la realización de una asistencia técnica para la coordinación en Bruselas de la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de Medio Ambiente de la Unión Europea durante el primer semestre de 2015.

6. En cuanto al abono de las prestaciones, también resulta conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, pues, efectivamente, las actuaciones realizadas por (...) en el año 2014 constituyeron un trabajo intelectual (asistencia a reuniones, asesoramiento, colaboración, redacción de informes, etcétera), y por tanto, incluso aunque se procediese a devolver a dicha empresa el soporte documental de dichos trabajos -caso de ser posible-, lo cierto es que las tareas realizadas ya habrían reportado una utilidad inmaterial a esta Administración autonómica. Y, obviamente, ese elemento inmaterial hace que no sea posible hablar de restitución o devolución de la prestación.

Es más, tal utilidad intelectual o inmaterial solo operó en un periodo limitado del pasado (primer semestre del año 2015, durante el turno rotatorio de la Comunidad Autónoma de Canarias como representante de todas las Comunidades Autónomas en la delegación española para el Consejo de la Unión Europea en su formación de medio ambiente), y se agotó con la finalización de dicho turno rotatorio.

Por tanto, no es posible la restitución efectiva o *in natura* (arts. 1303 y concordantes del Código Civil) de la prestación realizada por (...).

Sin embargo, ello no debe impedir que la prestación realizada por (...) reciba su correspondiente contraprestación por la Administración en cuyo beneficio se realizó.

Así, como ha se señala en la Propuesta de Resolución, se cumplen los requisitos que la Jurisprudencia establece para apreciar la existencia de tal enriquecimiento injusto (véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2012, recurso de casación nº 5694/2010); esto es, la existencia de un enriquecimiento patrimonial del enriquecido (al haber recibido la Administración una prestación efectiva), un correlativo empobrecimiento de (...) (como consecuencia de no haber recibido dicha sociedad contraprestación alguna), y la ausencia de causa o justo título que justifique tal enriquecimiento y empobrecimiento correlativos, tras declararse la nulidad de pleno derecho de la encomienda que motivó los trabajos de (...), en perjuicio de esta última.

Así pues, procede fijar, en concepto de indemnización que elimine tal enriquecimiento injusto de la Administración y resarza a la empresa por las actuaciones realizadas, una cuantía de 18.762,29 €, que es la cantidad en la que se cifra en la factura aportada por (...) el precio de sus prestaciones.

A ello añade la Propuesta de Resolución la constancia en el expediente de documento contable RC contabilizado por aquel importe con cargo a la aplicación presupuestaria 12.07.456F.2270600, «SVMA-REV. OFIC. ASISTENCIA T.C. EN BRUSELAS 2015»; por lo que ha sido acreditada la existencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente para atender la mencionada indemnización, si bien, con posterioridad a la encomienda de la gestión.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho, pues procede la revisión de oficio de la encomienda realizada a la filial de la sociedad mercantil pública (...), denominada (...), para la realización de una asistencia técnica para la coordinación en Bruselas de la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de Medio Ambiente de la Unión Europea durante el primer semestre de 2015, con abono de la indemnización de 18.762,29 €, por las prestaciones realizadas al amparo de la encomienda.