



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 291/2019

(Sección 2ª)

La Laguna, a 30 de julio de 2019.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Fasnia en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Decreto nº. 799/2018, de 4 de octubre, por el que se extingue la ayuda domiciliaria a (...) (EXP. 214/2019 RO)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Fasnia, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio promovido a instancia de parte, contra el Decreto de la Alcaldía-Presidencia nº. 799/2018, de 4 de octubre, por el que se extingue la ayuda domiciliaria a (...), por incumplir el deber de informar, sin omitir ni falsear, las circunstancias que motivan la prestación del servicio.

La legitimación del Sr. Alcalde-Presidente para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan 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 con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) -aplicable porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor (DT tercera, b))-), que permite a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

---

\* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Además, de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable (art. 106.1 LPACAP), es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no es de tal sentido.

2. Como se dijo, la ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 106 LPACAP. Esta revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 47.1 LPACAP y que, además, sean firmes en vía administrativa.

En este concreto expediente, la revisión de oficio se fundamenta en los supuestos de nulidad de pleno derecho, de los apartados a) y e) del art. 47 LPACAP, esto es, vulneración de derechos fundamentales y el dictado de actos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. El acto que se trata de revisar por el que se extingue la ayuda domiciliaria a (...), es firme ya que pone fin a la vía administrativa [art. 52.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)] y no fue recurrido en tiempo y forma en vía administrativa.

3. La tramitación de este procedimiento de revisión de oficio fue instada el 11 de febrero de 2019 (no consta registro de entrada en el Ayuntamiento), por (...), por un escrito en el que pone de manifiesto que la misma venía recibiendo la ayuda de atención domiciliaria desde el año 2016. Que por informe de la policía local basado en la observación y en los comentarios de vecinos, se asevera que la beneficiaria de la ayuda reside de forma habitual en el domicilio con otra persona que dicen ser su pareja de hecho. Sobre la base de este informe policial la trabajadora social del servicio de atención a domicilio, emite informe de 28 de septiembre de 2018, en el que se dice que la interesada ha incumplido la obligación de informar, sin omitir ni falsear datos, a que se refiere el art. 9.A) del Decreto 5/1999, de 21 de enero, por el que se regula la prestación del servicio a domicilio. Sobre la base de los referidos informes, el Sr. Alcalde por Decreto 799/2018, de 4 de octubre, notificado según propuesta de resolución a la interesada el 25 de octubre de 2018, resuelve la retirada del servicio de atención domiciliaria. Se alega por la interesada, asimismo, que no se ha tramitado expediente contradictorio ni trámite de audiencia.

4. En cuanto al plazo de tramitación del expediente de revisión de oficio, el art 106.5 de la LPACAP establece que, en los procedimientos iniciados a instancia de parte, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio permite entender desestimado el mismo por silencio administrativo, sin perjuicio de la obligación de la Administración de dictar resolución expresa y notificarla, sin que la resolución

posterior quede vinculada al sentido del silencio administrativo producido. En este caso todavía no ha vencido el plazo máximo de seis meses para resolver, el cual vence el 11 de agosto de 2019.

No obstante, puesto que el presente procedimiento se ha iniciado a instancia de parte, no opera en este caso el plazo de caducidad de seis meses previsto para los procedimientos iniciados de oficio por la propia Administración (art. 106.5 LPACAP).

5. En cuanto a la competencia del órgano para resolver, la revisión de oficio corresponde al Alcalde, de conformidad con el art. 124.4 m) LRBRL y el art. 31.1 o) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias.

## II

En cuanto a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa, el mismo ha seguido el siguiente iter procedimental:

1. El 11 de febrero de 2019, (...) interpone acción de nulidad contra el Decreto de la Alcaldía-Presidencia núm. 799/2018, de 4 de octubre, por considerar que se encuentra incurso en los supuestos a) y e) del art. 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. El 11 de marzo de 2019, se emite informe por la Sra. Trabajadora Social, sobre el escrito presentado, concretamente sobre las razones que pudieran justificar la suspensión de la resolución impugnada y las aseveraciones que se manifiestan en el mismo.

3. Con fecha 12 de marzo de 2019, se emitió informe de Secretaría sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para declarar nulo el Decreto de la Alcaldía-Presidencia núm. 799/2018, de 4 de octubre.

4. Mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia núm. 243/2019, de 15 de marzo, se inicia el procedimiento de revisión de oficio a instancia de (...), contra el Decreto de la Alcaldía-Presidencia núm. 799/2018, de 4 de octubre; se toma razón de la solicitud de suspensión del referido Decreto y se notifica la resolución a la interesada para que, en el plazo de quince días, presente las alegaciones y sugerencias que considere necesarias.

5. Mediante escrito de fecha 26 de marzo de 2019, por la interesada se solicita un informe aludido en la referida resolución, así como, la interrupción del plazo de

presentación de alegaciones, a lo que se le responde con la entrega de la documentación interesada, y denegando la suspensión del trámite.

6. El 25 de abril de 2019, por la Secretaría General se emite certificación con el contenido siguiente:

«Que durante el plazo de QUINCE DÍAS HÁBILES concedido mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia núm. 243/2019, de 15 de marzo, y notificado el 23 de marzo de 2019, y contado desde el 25 de marzo de 2019 y hasta el 12 de abril de 2019, por (...), provista de DNI núm. (...), no se han presentado alegaciones al respecto».

7. Consta en el expediente, aunque sin fecha, Informe propuesta de resolución de la Secretaría General por la que se desestima la acción de nulidad interpuesta el 11 de febrero de 2019 por (...).

8. La solicitud de dictamen de este Consejo Consultivo, con registro de salida de 23 de mayo de 2019, tiene entrada en este Organismo el 24 de mayo de 2019. Tras su admisión a trámite, la Sección II de este Consejo, en sesión celebrada el 20 de junio de 2019, advirtió la ausencia de determinada documentación en el expediente, en particular, por una parte, de la resolución de otorgamiento del servicio de ayuda a domicilio a la interesada, y, por otra, el expediente contradictorio completo instruido para declarar la extinción de la ayuda domiciliaria, de acuerdo con la normativa aplicable, por lo que se requirió dicha documentación y se suspendió el plazo para emitir el dictamen, lo que fue notificado el 25 de junio de 2019 al Ayuntamiento.

9. El 19 de julio de 2019 tiene entrada en el registro de este Consejo, escrito del Sr. Alcalde de Fasnia, de fecha 17 de julio de 2019, en el que manifiesta que el Ayuntamiento no cuenta con una reglamentación específica para el servicio de ayuda domiciliaria, que es un servicio prestado de una manera muy precaria, con personal limitado, que se concede tras la tramitación de un procedimiento sin complejidades, previo informe del Área de Servicios Sociales del Ayuntamiento; que durante el año 2016 esta área se vio gravemente afectada por la falta de personal técnico que valorase las solicitudes, por lo que se decidió tramitar de facto aquellas solicitudes que demandaran una mayor urgencia sin formalizar los oportunos procedimientos, con conocimiento y anuencia de los beneficiarios, para evitar la paralización del servicio; y que, en cuanto a la interesada en el presente asunto, y en dicho contexto, se atendió su solicitud en los términos que se detallan, según el informe de la Trabajadora Social que valoró la solicitud, que se reproduce.

En este informe, se detallan las circunstancias personales de la interesada que fueron tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda en 2016, el objeto del servicio, así como las diversas vicisitudes durante la prestación del mismo sucedidas en los años 2017 y 2018 que terminaron con la suspensión del servicio en septiembre de 2018.

Sin embargo, en dicho informe no constan las condiciones de su otorgamiento, ni la concreción de las causas de extinción del mismo. Tampoco se ha remitido a este Consejo la resolución de otorgamiento del servicio de ayuda a domicilio de la interesada, ni ningún otro documento en el consten las condiciones de la prestación del servicio o causas de extinción del mismo, ni el expediente contradictorio que se siguió para acordarse la extinción del mismo por el Decreto de la Alcaldía cuya revisión de oficio se pretende.

### III

1. Sobre la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, y sobre el carácter excepcional de la misma, este Consejo se ha pronunciado en numerosas ocasiones, pudiendo sintetizarse nuestra doctrina en lo señalado en nuestro Dictamen 351/2017, de 10 de octubre, en el que indicábamos lo siguiente:

«1. Según la jurisprudencia del TS (ver por todas la sentencia de 14 abril 2010), la potestad de revisión de oficio, reconocida en general a la Administración por los arts. 106 y ss LPACAP, supone una facultad excepcional que se le otorga para revisar los actos administrativos sin acudir a los Tribunales y sin tan siquiera esperar a su impugnación por los interesados. Prevista para vicios especialmente graves provocadores de la nulidad o anulabilidad de los actos, constituye, en definitiva, una manifestación extrema de la autotutela administrativa.

Ahora bien (y por lo que más adelante se dirá), continúa el Alto Tribunal, habida cuenta de la especial configuración de dicha potestad administrativa existen importantes límites o condicionantes a la misma. El primero de ellos reside en los motivos que legitiman para acudir a esta vía revisoria. Dichos motivos, expresados en general en la LPACAP, constituyen verdaderas causas tasadas, con enumeración exhaustiva, y cuya especial gravedad, en definitiva, fundamenta esa potestad excepcional, como, asimismo, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido entendiendo de manera constante y reiterada (por todas SSTs de 30 de marzo de 1982, 17 de octubre de 2000 y 12 de marzo de 2002)».

2. Hemos de analizar en este caso, si la resolución del Sr. Alcalde por la que se extingue la ayuda a domicilio concedida a (...) -el Decreto 799/2018, de 4 de octubre- incurre en las causas nulidad de pleno derecho del art. 47.1 LPACAP alegadas por la interesada, esto es, vulneración de derechos fundamentales y el dictado de actos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Para determinar si existen tales causas de nulidad hemos de acudir Decreto 5/1999, de 21 de enero, por el que se regula la prestación del servicio de ayuda a domicilio (B.O.C. 19, de 12.2.1999).

El art 21 señala que son causas de extinción del servicio de ayuda a domicilio las siguientes:

- «a) Renuncia del usuario.
- b) Ingreso con carácter definitivo en un Centro Residencial.
- c) Traslado definitivo de residencia a otro municipio.
- d) Incumplimiento grave, por parte del usuario, de las condiciones establecidas para la prestación del servicio, previo expediente contradictorio con audiencia del interesado.
- e) Desaparición de las causas que motivaron la concesión del servicio».

En el referido Decreto se regulan los derechos y deberes de los usuarios, de la siguiente manera:

«Artículo 8. Derechos de los usuarios.

Los usuarios de la Ayuda a Domicilio tendrán derecho a:

- a) Que se les preste atención, respetando en todo momento su individualidad y dignidad personal.
- b) Recibir la prestación adecuadamente, con el contenido y la duración que en cada caso se determine.
- c) Ser informados puntualmente de las modificaciones que pudieran producirse en el régimen de la prestación.
- d) La intimidad y a la confidencialidad.
- e) Ejercer el derecho de queja conforme a las disposiciones vigentes.
- f) Participar en la elaboración de programas, cuando éstos tengan carácter educativo.

Artículo 9. Deberes de los usuarios.

Los usuarios de la prestación de Ayuda a Domicilio tendrán los siguientes deberes:

a) Informar, sin omitir ni falsear, sobre las circunstancias personales, familiares y sociales que determinan la necesidad de la prestación.

b) Comunicar cualquier cambio que se produzca en su situación personal, familiar, social y económica, que pudiera dar lugar a la modificación, suspensión o extinción de la prestación del servicio.

c) Corresponsabilizarse en el coste de la prestación en función de su capacidad económica y patrimonial.

d) Facilitar el ejercicio de las tareas de los profesionales que atienden el servicio, así como poner a su disposición los medios materiales adecuados para el desarrollo de dichas tareas.

e) Comunicar con suficiente antelación cualquier traslado del domicilio que impida la prestación del servicio.

f) Ser correctos en el trato con las personas que prestan el servicio, respetando sus funciones.

g) Mantener una actitud de colaboración activa y consecuente con el programa educativo previamente establecido».

La causa para extinguir la ayuda a domicilio en que se fundamenta el Decreto de la Alcaldía 799/2018, de 4 de octubre, sometido a revisión, es no informar, sin omitir ni falsear, sobre las circunstancias personales, familiares y sociales que determinan la necesidad de la prestación.

Sobre esta cuestión hemos de señalar que a falta de una ordenanza que concrete con más detalle los derechos y deberes necesarios para ser beneficiario de las ayudas, el cambio de circunstancias que determinaron la concesión de la ayuda exige para su apreciación la necesaria constancia en el expediente de un acto expreso de concesión de la ayuda, en la que se exprese su objeto y finalidad, los derechos y deberes y las circunstancias que pueden determinar la pérdida de la misma.

En este caso concreto, no consta en el expediente el acto de otorgamiento de la ayuda, con expresión de las circunstancias que determinaron su concesión, el régimen jurídico aplicable y las causas de extinción de la ayuda. Tampoco existe un documento firmado por ambas partes en el que se detallen las condiciones de la prestación del servicio [art. 19 e) del Decreto 5/1999].

Siendo esto así, existe una evidente la falta de seguridad jurídica por inconcreción de las causas que determinan la pérdida de la ayuda. Ello se debe a la inexistencia de una ordenanza que concrete los derechos y deberes del Decreto

5/1999, de 21 de enero, por el que se regula la prestación del servicio de ayuda a domicilio.

En este caso concreto, el apartado a) del art. 9 del Decreto 5/1999, de 21 de enero, por el que se regula la prestación del servicio de ayuda a domicilio (B.O.C. 19, de 12.2.1999) cuando señala que se debe informar, sin omitir ni falsear, las circunstancias personales, familiares y sociales que determinan la necesidad de la prestación, debe entenderse referido a un cambio del estado civil de la interesada o la existencia de una pareja de hecho inscrita en el registro de parejas de hecho, circunstancias que no están acreditadas en el expediente.

Dado que no consta un acto de otorgamiento de la ayuda que especifique su finalidad, no podemos saber si la causa invocada por la Administración para extinguir la ayuda tiene relación directa con las condiciones de su otorgamiento, ni la gravedad que ello pueda tener en relación con las circunstancias tenidas en cuenta para conceder la ayuda domiciliaria.

3. En cuanto al procedimiento de elaboración de la resolución cuya revisión se insta por la interesada, en este caso, la decisión del Sr Alcalde de extinguir la ayuda domiciliaria a (...), va precedida de una serie de informes, pero no se otorga trámite de audiencia a la interesada, lo que constituye un vicio sustancial del procedimiento, que ha causado indefensión a la misma.

La cuestión a determinar es si la omisión del trámite de audiencia, es constitutiva de un vicio de nulidad de pleno derecho o de simple anulabilidad. Para ello hemos de acudir a la jurisprudencia. Así la STS de 11 de noviembre de 2003, dispone lo siguiente:

«(...) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses (...).»

Asimismo, la STS de 20 de julio de 2002 se pronunció en el siguiente sentido: «En el caso de autos, tratándose, como la Sala sentenciadora razonó, no de que se hubiera prescindido totalmente del procedimiento establecido al efecto -por lo que acertadamente estimó que no se incidía en la causa de nulidad contemplada por el art. 47.2 de la Ley de 17-7-1958 (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708)- sino tan sólo del trámite de audiencia del interesado, exclusivamente se incidiría en la de simple anulabilidad del 48.2, y ello sólo en el supuesto, que por la Sala se dio por cierto, de que de la omisión se siguiera

indefensión para el administrado, condición esta que comporta la necesidad de comprobar si la indefensión se produjo; pero siempre, en función de un elemental principio de economía procesal -implícitamente, al menos, potenciado por el art. 24 de la Constitución, prohibitivo de que en el proceso judicial se produzcan dilaciones indebidas-, advirando si, retrotrayendo el procedimiento al momento en que el defecto se produjo a fin de reproducir adecuadamente el trámite omitido o irregularmente efectuado -que es realmente lo que el Tribunal «a quo» debió acordar absteniéndose consiguientemente, de resolver sobre la solicitud de indemnización de daños y perjuicios deducida por el recurrente-, el resultado de ello no sería distinto del que se produjo cuando en la causa de anulabilidad del acto la Administración creadora de éste había incurrido».

4. Debemos recordar que conforme a dicha jurisprudencia, no basta con que se haya incurrido en la omisión de un trámite del procedimiento, por esencial y trascendental que sea, sino que es absolutamente necesario que se haya prescindido *total y absolutamente* del procedimiento legalmente establecido para ello, de tal forma que se produce una clara, manifiesta y ostensible omisión de dicho procedimiento, con ausencia de trámites sustanciales (SSTS de 4 de enero de 1983, 21 de marzo de 1988, 12 de diciembre de 1989, 29 de junio de 1990, 22 de marzo de 1994, 15 de octubre de 1998, 17 de marzo de 2000, 26 de marzo de 2001, entre otras).

En lo que se refiere a la causa de nulidad alegada, la omisión del procedimiento, este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 274/2014, de 22 de julio y 269/2018, de 15 de junio) ha considerado que la ley considera nulos de pleno derecho todos los casos en que falten los trámites esenciales que se establezcan para dictar los actos administrativos de que se trate, lo cual supone que «(...) los defectos formales necesarios para aplicar la nulidad ex art. 62.1.e) LRJAP-PAC deben ser de tal magnitud que pueda entenderse que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento, no bastando con la omisión de alguno de sus trámites y resultando necesario ponderar en cada caso la esencialidad del trámite o trámites omitidos y las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido. De tal forma que la omisión de requisitos formales, incluso del esencial representado por el trámite de audiencia, sólo producirá el radical efecto de anular las actuaciones cuando haya ocasionado la efectiva indefensión del interesado».

Como reiteradamente ha señalado este Consejo en línea con la doctrina constante del Consejo de Estado, para apreciar dicha causa de nulidad no basta con la mera invocación de cualquier vicio o anomalía formal, sino que es preciso que se

haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, bien porque no se hubiere seguido procedimiento alguno, bien porque se hubiere seguido un procedimiento sustancialmente distinto al legalmente establecido (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1983, 21 de marzo de 1988, 12 de diciembre de 1989, 29 de junio de 1990, 31 de enero de 1992, 7 de mayo de 1993, 28 de diciembre de 1993, 22 de marzo de 1994, 18 de junio de 1994 y 28 de septiembre de 1994; Dictámenes del Consejo de Estado de 5 de noviembre de 1987, 19 de octubre de 1989, 22 de junio de 2000 y 12 de julio de 2012).

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, STS de 20 de diciembre del 2005, tiene establecido que la acción de nulidad también constituye una vía excepcional cuando concurre alguno de los supuestos previstos legalmente como causas determinantes de la revisión, y que taxativamente están enumerados, debiéndose interpretar de forma restrictiva tanto los supuestos como su contenido y alcance, todo ello en virtud del principio de seguridad jurídica.

En consecuencia, en el caso de que se aprecie la señalada causa sería suficiente para que proceda declarar la nulidad del acto.

5. En el presente caso, la omisión del trámite de audiencia originó indefensión en la interesada, ya que vio extinguido su derecho a la ayuda domiciliaria, sin ni siquiera ser oída. De haberlo sido, es posible que la decisión final del procedimiento hubiera sido otra, particularmente a tenor de lo señalado con anterioridad sobre la inconcreción de las causas que determinan la pérdida de la ayuda, al no constar en el expediente el acto de otorgamiento de la misma, ni las condiciones a las que quedaba sujeta.

En cuanto a las incidencias surgidas durante la prestación del servicio, derivadas de no comunicar con suficiente antelación cualquier traslado del domicilio que impida la prestación del servicio, [art. 9 e) del Decreto 5/1999, de 21 de enero, por el que se regula la prestación del servicio de ayuda a domicilio (B.O.C. 19, de 12.2.1999)], no fue invocado como causa por el Ayuntamiento en el acto por el que se extinguió la ayuda. Tampoco se invocó como causa para extinguir la ayuda un cambio de la situación socioeconómica de la beneficiaria.

Además, no consta en el expediente administrativo, un acto de otorgamiento de la ayuda que subordinara ésta a este deber para debido conocimiento de la interesada, ni consta que las trabajadoras sociales avisaran a (...) la prestación de servicio en un concreto día y hora, ni si las ausencias de (...) son o no justificadas. Además, el deber previsto en el art. 9 e) del Decreto 5/1999, requiere de mayor

concreción vía ordenanza a efectos de determinar el número de incidencias no justificadas necesarias para la extinción de la ayuda.

En consecuencia, es posible apreciar la vulneración de derechos fundamentales alegada por la interesada como causa determinante de nulidad de pleno derecho de la resolución que determina la extinción de su derecho a la percepción de la ayuda a domicilio, al haberse provocado indefensión a la interesada con ausencia de procedimiento, por no habersele concedido el preceptivo trámite de audiencia, consustancial a todo procedimiento contradictorio, procedimiento que, precisamente, es el previsto expresamente por la norma aplicable [art. 21 d) del Decreto 5/1999] para declarar la extinción del servicio de ayuda a domicilio.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, por no resultar suficientemente justificada la concurrencia de causa para la extinción de la ayuda domiciliaria, existiendo, además, causa para declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto de la Alcaldía 799/2018, de 4 de octubre, que resuelve la extinción del servicio de atención domiciliaria, tal y como se señala en el Fundamento III.