



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 405/2019

(Sección 2ª)

La Laguna, a 14 de noviembre de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de las encomiendas verbal y escrita a la Sociedad Mercantil Pública (...), para la realización del servicio denominado «Prórroga del servicio de creación de equipos de intervención y refuerzo en incendios forestales en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma» entre los días 5 y 30 de diciembre de 2017 (EXP. 366/2019 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio de las encomiendas verbal y escrita a la Sociedad Mercantil Pública (...), para la realización del Servicio denominado «prórroga del servicio de creación de equipos de intervención y refuerzo en incendios forestales en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma», entre los días 5 y 30 de noviembre de 2017. Por error material figuran en el encabezado y en numerosos trámites del procedimiento las fechas de «5 y 30 de diciembre de 2017», lo que deberá corregirse.

2. La legitimación del citado Consejero 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), texto legal que

* Ponente: Sra. de León Marrero.

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.

También resulta de aplicación el art. 48 e la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de Hacienda Pública Canaria.

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.

3. La revisión de oficio se fundamenta en un supuesto de nulidad de pleno derecho contemplada en el art. 47.1.e) LPACAP, porque no se realizaron los trámites pertinentes para formalizar las encomiendas, tanto en la encomienda verbal de 3 de noviembre de 2017 como en la encomienda escrita de 9 de noviembre de 2017, ya que fueron realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido.

4. La tramitación de este procedimiento de revisión de oficio se inicia mediante Orden del Consejero de Obras Públicas y Transporte, el 16 de julio de 2019, emitida por sustitución de la Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad (Decreto n.º 98/2019 de 17 de junio, del Presidente).

5. En cuanto a la competencia del órgano para incoar y resolver el procedimiento de revisión de oficio, la ostenta la persona titular del Departamento, de conformidad con el art. 5.10 del Reglamento Orgánico de la extinta Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, aprobado por Decreto 137/2016, de 24 de octubre, en relación con el art. 29.1 g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias.

Asimismo, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 12 del Decreto 119/2019 de 16 de julio, del Presidente, por el que se determinan el número, denominación y competencias de las Consejerías, que establece que la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, asume las competencias que tenía atribuidas la extinta Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, salvo las relativas a seguridad y emergencias.

II

1. Los antecedentes de hecho relevantes, según resulta del expediente y recoge la Propuesta de Resolución, son los siguientes:

- En fecha 12 de mayo de 2017, se emite Orden n.º 154 de la Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, mediante la que se encomienda a (...) la realización del *«servicio de tres Equipos de Intervención y Refuerzo en incendios forestales (EIRIF), en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma, de manera que puedan movilizarse y desplazarse a cualquier punto de las islas donde se produzca un incendio (...)»*, por un importe de 1.400.000 €, cuyo plazo de realización comprendía desde el 22 de mayo hasta el 21 de octubre de 2017. No obstante, se incluyó la previsión de que *«en función de las condiciones de riesgo, las fechas de inicio y final del servicio, podrán modificarse por la dirección facultativa en coordinación con la Dirección General de Seguridad y Emergencias y los Cabildos Insulares»* (mediante nueva Orden Departamental).

- En fecha 31 de octubre de 2017, se emite la Orden n.º 346 que modifica la anterior, ampliando el plazo del servicio hasta el 4 de noviembre de 2017, resultando un importe final total de 1.500.000 €. Asimismo, se mantiene la posibilidad de modificar las fechas de inicio y final del servicio, añadiendo que en tal caso *«será necesario previamente generar el crédito que dé cobertura a la ampliación del plazo de la realización del servicio, y se procederá a la correspondiente modificación de la presente Orden»*.

- El 31 de octubre de 2018, se emite Certificado por la entonces Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, mediante el que consta que con fecha 3 de noviembre de 2017 se efectuó encomienda verbal a (...) para que continuara prestando el servicio hasta el 30 de noviembre de 2017.

- Con fecha 9 de noviembre de 2017, consta escrito suscrito por el Jefe de Servicio de Planificación del Medio Natural de la Dirección General de Protección de la Naturaleza (DGPN), por el Subdirector de Protección Civil y Emergencias y por la Viceconsejera de Medio Ambiente, mediante el que se comunica a (...) la necesidad de prorrogar hasta el 30 de noviembre de 2017 el plazo de realización del servicio de los EIRIF en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma. Escrito que fue notificado a (...) con fecha de 13 de noviembre de 2017.

- Se ha acreditado en el expediente que no se disponía de crédito presupuestario para atender el encargo de estas últimas encomiendas, verbal y escrita. Al respecto, la extinta Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad dirigió escrito a la Consejería de Hacienda con fecha 19 de octubre de 2017, al objeto de tramitar una modificación presupuestaria para dotar con 280.000 € la aplicación 12.04.456F.6100000, proyecto de inversión 176G0007 «Conservación de Hábitats», sin embargo, el proceso de modificación presupuestaria no se culminó hasta el 12 de diciembre de 2017.

- En fecha 4 de octubre de 2018, se emitió Certificado del Servicio de Planificación del Medio Natural en el que se constata que (...) realizó satisfactoriamente los siguientes trabajos:

a) El servicio encomendado para el periodo comprendido entre el 5 y el 30 de noviembre de 2017, detallando las concretas tareas realizadas por dicha empresa pública.

b) Una prolongación del servicio desde el 1 hasta el 15 de diciembre de 2017, para realizar tareas adicionales de recopilación de información, valoración técnica, presentación de informes y otras tareas de cierre de las bases. Según se deduce del expediente, este segundo periodo carecía de cobertura de encomienda verbal o escrita.

- En fecha 22 de diciembre de 2017, se emite Certificado del Servicio Económico-Administrativo de la DGPN, que confirma que en la fecha en que se realizó el encargo 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 Viceconsejería de Medio Ambiente.

- En fecha 18 de diciembre de 2017, (...) emite factura por importe de 206.762,78 €, en relación con los trabajos realizados por dicha empresa entre el 5 de noviembre y el 15 de diciembre de 2017. El importe de dicha factura coincide con el importe detallado en la relación valorada obrante en el expediente, suscrita el 15 de diciembre de 2017 por (...). Asimismo, consta en el expediente documento contable RC por ese mismo importe, con cargo a la aplicación 12.04.456F.6100000, proyecto de inversión 176G0007 «Conservación de Hábitats».

- Mediante Orden de 16 de julio de 2019, del Consejero de Obras Públicas y Transportes (dictada por sustitución), se incoa procedimiento de revisión de oficio «de los encargos realizados a (...) para la realización del servicio denominado "prórroga del servicio de tres Equipos de Intervención y Refuerzo en incendios forestales (EIRIF), en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma", entre los días 5 y 30 de noviembre de 2017 y más concretamente, de:

a) La encomienda verbal realizada a (...) el 3 de noviembre de 2017 por la entonces Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad.

b) La encomienda escrita realizada a dicha empresa pública el 9 de noviembre de 2017 por el Jefe de Servicio de Planificación del Medio Natural de la DGPN, por el Subdirector de Protección Civil y Emergencias y por la Viceconsejera de Medio Ambiente».

- En fecha 17 de julio de 2019, se emite escrito notificado a (...) el 18 de julio, sobre la mencionada Orden de incoación del procedimiento de revisión de oficio, confiriéndole el trámite de audiencia. En consecuencia, (...) presenta escrito de alegaciones con fecha 30 de julio de 2019, señalando que el presupuesto del periodo del 5 al 30 de noviembre de 2017 asciende a 198.558,41 €, el presupuesto del periodo del 1 al 15 de diciembre de 2017 asciende a 8.204,37 € y que el trabajo realizado durante el segundo periodo se corresponde con la preparación de la memoria final del servicio prestado, tarea habitual que no se puede realizar antes de que termine la campaña.

- Mediante Nota de Régimen Interior de 17 de julio de 2019, la Secretaría General Técnica solicita a la DGPN el desglose de los importes correspondientes a los periodos de 5 al 12 de noviembre de 2017, 13 al 30 de noviembre de 2017, y 1 al 15 de diciembre de 2017. En contestación a dicho escrito, la DGPN aporta, con fecha 31 de julio de 2019, relaciones valoradas de fechas 24 y 25 de julio de 2019, con el siguiente desglose de importes:

- 5 al 12 de noviembre de 2017: 60.801,66 €.
- 13 al 30 de noviembre de 2017: 137.756,75 €.
- 1 al 15 de diciembre de 2017: 8.204,37 €.

- Con fecha 1 de agosto de 2019, se formula Propuesta de Resolución por parte de la Secretaria General Técnica de la Consejería, en el sentido de declarar la nulidad de los encargos realizados a (...), exclusivamente por el periodo

comprendido entre los días 5 y 30 de noviembre de 2017, fijándose una indemnización en favor de dicha empresa por importe de 198.558,31 €.

- Con fecha 4 de septiembre de 2019, la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos emite informe preceptivo sobre la propuesta de resolución, de carácter favorable con observaciones.

- Mediante Nota de Régimen Interior de la Viceconsejería de Lucha contra el Cambio Climático se remite a la Secretaría General Técnica documento contable RC contabilizado, así como informe del Servicio de Planificación del Medio Natural sobre la adecuación de las prestaciones realizadas a los precios de mercado.

2. La tramitación del procedimiento de revisión de oficio se ha realizado correctamente.

III

1. 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.

2. Antes de proceder al análisis de la nulidad de las encomiendas objeto del presente procedimiento, debemos distinguir tres periodos temporales e identificar, para cada uno de ellos, si existía una encomienda de cobertura:

- Así, del 5 de noviembre al 12 de noviembre de 2017, consta Certificado de 31 de octubre de 2018, por lo que habría existido una encomienda de carácter verbal, realizada a (...) con fecha 3 de noviembre de 2019 *«para que continuaran con el servicio plenamente operativo hasta el 30 de noviembre»*.

- En el periodo referido a los trabajos realizados entre el 13 de noviembre y el 30 de noviembre de 2017, consta encomienda escrita con fecha 9 de noviembre de 2017 que no contiene los trámites establecidos.

- Finalmente, entre el 1 y el 15 de diciembre de 2017, si bien se realizaron los trabajos complementarios que aparecen detallados en el informe del Servicio de Planificación del Medio Natural de 26 de diciembre de 2017 y en el certificado de ese mismo Servicio de 4 de octubre de 2018, sin embargo, no consta en el expediente encomienda alguna que diera cobertura a dichos trabajos.

3. Respecto a los dos primeros periodos mencionados, en relación con los antecedentes de hecho, se constata que el Certificado emitido por la entonces

Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad de 31 de octubre de 2018, acreditaría la encomienda verbal inicial, afirmando la existencia de dicha encomienda e identificando con precisión la fecha en que fue realizada (3 de noviembre) y la fecha límite del encargo (30 de noviembre). Deduciéndose de la misma que es dicha Consejera quien está asumiendo la autoría.

En cuanto a la encomienda escrita posterior, de fecha 9 de noviembre, suscrita por personas distintas, demuestra la falta de coordinación que parecen haber presidido la formalización, control y seguimiento de estos encargos, descoordinación que puede ser consecuencia de la irregularidad que implica realizar un encargo apartándose de las prescripciones formales que la Ley reserva para esta figura.

En cuanto al último periodo de tiempo, (...) ejecutó unos trabajos que no tenían cobertura en encomienda alguna. Por el contrario, consta en el expediente que la fecha de finalización de la misma sería el 30 de noviembre de 2017. Así pues, el procedimiento de revisión de oficio no puede tener por objeto la encomienda para el período comprendido entre el 1 al 15 de diciembre de 2017, pues dicha encomienda no parece haber existido, habiendo sido realizados los trabajos por (...) por su propia cuenta y riesgo y careciendo de orden de trabajo de la extinta Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad.

4. Por tanto, una vez analizados estos tres periodos, el presente procedimiento de revisión de oficio quedaría circunscrito exclusivamente a los periodos del 5 al 12 de noviembre y del 13 al 30 de noviembre de 2017.

El Certificado del Servicio Económico-Administrativo de la DGPN, de 22 de diciembre de 2017, determinó la falta de consignación presupuestaria, la ausencia de formalización de la encomienda por escrito mediante la correspondiente orden departamental, y la carencia de la propuesta de la Viceconsejería de Medio Ambiente.

En consecuencia, las encomiendas incurren 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»*.

Asimismo, la falta de formalización de las encomiendas, tanto la encomienda verbal de 3 de noviembre de 2019 como la encomienda escrita de 9 de noviembre de 2019, fueron realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido. También incurrirían pues, en la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en el art. 47.1.e) LPACAP.

En cuanto a la falta de formalización del procedimiento, reiteramos que se han omitido trámites esenciales de éste, habiéndose visto imposibilitada la Administración de someter el encargo a los preceptivos controles de legalidad sustantiva, procedimental, financiera y documental, pues como se desprende del expediente, no se emitió informe jurídico, técnico o económico alguno y tampoco se emitió la documentación contable que debía acreditar la cobertura presupuestaria de las encomiendas por el importe correspondiente.

5. Como ya hemos indicado en anteriores dictámenes, por ejemplo, en el Dictamen 402/2013, existe causa de nulidad por falta del procedimiento legalmente establecido:

«(...) Sin perjuicio de que la apreciación de la señalada causa ya es suficiente para que proceda declarar la nulidad del acto, procede igualmente considerar, dado que también en la propuesta de resolución se contempla, que el Acuerdo de la Junta de Gobierno local incurre, igualmente, en la causa prevista en el apartado e) del mismo precepto, al haberse adoptado sin los preceptivos informes de la Intervención [art. 214 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL)] y la Secretaría municipales [art. 3.b) del RD 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional] y sin adopción del correspondiente Acuerdo plenario de autorización del gasto plurianual.

La apreciación de la citada causa de nulidad, conforme reiterada jurisprudencia, implica que 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). Estas condiciones concurren en el presente caso, pues el acto fue adoptado con total ausencia de los informes preceptivos y del Acuerdo plenario citado, y sin más tramitación previa que un informe de la Intervención que se limita a señalar las deudas pendientes pero cuyo contenido no da cumplimiento a lo

previsto en el art. 214.2 TRLHL a los 125 efectos de la fiscalización previa a que debió ser sometido el Acto de aprobación de la suscripción del convenio (...)».

6. Por tanto, el hecho de que estemos ante una mera ampliación de un servicio que ya venía prestándose por (...) (en virtud de la Orden n.º 346, de 31 de octubre de 2017), no debe llevar a pensar que las comunicaciones verbal y escrita realizadas el 3 y el 9 de noviembre eran suficientes para entender definidas las condiciones del servicio, pues no se llegó a formalizar correctamente dicha ampliación mediante Orden Departamental y siguiendo el procedimiento establecido.

En consecuencia, la irregular forma en que se realizaron los encargos verbal y escrito objeto de este procedimiento impidió conocer, a priori, las condiciones en que se debía prestar el servicio y la contraprestación a este asociado, en claro perjuicio al interés general; cosa que no habría sucedido de haberse formalizado adecuadamente el encargo mediante Orden Departamental.

7. Sin perjuicio de lo anterior, como bien indica la Propuesta de Orden, lo cierto es que las actuaciones realizadas por (...) entre el 5 y el 30 de noviembre de 2017 consistieron en prestaciones de hacer tareas materiales e intelectuales de apoyo y refuerzo en situaciones de emergencia por incendios forestales. Por tanto, por la propia naturaleza de las actuaciones, no es posible la restitución efectiva o *in natura* de dichas prestaciones realizadas por (...). Lo que determina que se ha generado un enriquecimiento injusto en favor de la Administración autonómica, pues dicha sociedad mercantil no ha percibido contraprestación alguna por los trabajos realizados entre el 5 y el 30 de noviembre de 2017.

8. En relación con la teoría del enriquecimiento injusto cabría mencionar el Dictamen 208/2016, de este Consejo, en el que nos pronunciábamos ante un supuesto similar:

«(...) en aplicación de la mencionada doctrina jurisprudencial y consultiva sobre el acto de contenido imposible, este Consejo ha de concluir, al igual que lo hace la Propuesta de Resolución, que concurre en la Orden n.º 190 la causa de nulidad esgrimida, ya que es obvio que estamos ante una imposibilidad de orden físico o material, puesto que se ordena la realización de un encargo que ya se había efectuado y recibido a satisfacción por la Administración, por lo que la realización del mismo encargo y a la misma entidad hace que el acto por el que tal encargo se efectúa esté afectado por una contradicción lógica, resulte totalmente inadecuado y parta de un supuesto irreal.

6. Por lo que se refiere al carácter parcial de nulidad pretendida, existiendo la conformidad de (...), se considera ajustada a Derecho por cuanto en puridad los trabajos, aunque fueran realizados y entregados por la citada Sociedad con anterioridad a la encomienda, fueron aprovechados y utilizados justamente por la Administración autonómica al haber concedido a (...) el anticipo de tesorería por los trabajos ya realizados, no pudiendo exigirse el reintegro del mismo. Actuar de forma contraria generaría un enriquecimiento injusto en favor de la Administración Pública y en perjuicio de la indicada Sociedad, que además no tendría el deber jurídico de soportar por lo que podría reclamar, en su caso, por la responsabilidad en la que incurriría la Administración implicada.

No obstante, no es ese el caso porque no se ha irrogado daño alguno a (...) que pudiera deducirse de los arts. 102.4 y 139.2 LRJAP-PAC, sino que incluso la citada entidad muestra su conformidad con la decisión que se pretende, no apreciándose elemento injusto alguno que se derive de la declaración de la nulidad en los términos referidos. En definitiva, no concurre responsabilidad patrimonial (...).

9. En definitiva, de acuerdo con la Propuesta de Resolución, deberá abonarse a (...) el importe de la prestación realizada entre el 5 y el 30 de noviembre de 2017.

10. En cuanto a las alegaciones presentadas por (...), referidas a que también procede el pago de los trabajos complementarios realizados entre el 1 y el 15 de diciembre de 2017, como nos indica la Propuesta de Resolución, debe recordarse que, para un medio instrumental como es (...), el encargo constituye la «ley» o título habilitante por el que debe regirse su actuación, del mismo modo que, por ejemplo, un contrato es ley entre las partes. Dicho encargo es la fuente de las obligaciones de la empresa pública en el caso concreto (art. 32.4 de la Ley 4/2012, de 25 de junio), y por tanto, cualquier actuación realizada unilateralmente por dicha sociedad al margen de dicho encargo, habrá sido realizada por cuenta y riesgo de la propia empresa, que deberá soportar las consecuencias jurídicas y económicas de su decisión.

En modo alguno puede dejarse a discreción de un medio propio personificado de una Administración, la realización de prestaciones no contempladas en el encargo, pues de lo contrario se podría abrir la puerta a excesos no conocidos ni controlados por la Administración, poniendo en riesgo así el interés general.

11. Por lo dicho, procede declarar la nulidad de pleno derecho de los encargos realizados a (...) para la realización del servicio denominado «*prórroga del servicio de tres Equipos de Intervención y Refuerzo en incendios forestales (EIRIF), en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma*», ejecutado entre los días 5 y 30 de noviembre de 2017.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho. Rectifíquense los errores materiales producidos en las fechas.