



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 5 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 28 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 administrativo de revisión de oficio de la encomienda a la sociedad mercantil pública (...), para la redacción de 10 Planes de Gestión para Zonas Especiales de Conservación integrantes de la Red Natura 2000 en Canarias (EXP. 402/2019 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, con registro de entrada en este Consejo el 21 de octubre de 2019, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la encomienda a la sociedad mercantil pública (...), para la redacción de diez planes de gestión para determinadas Zonas Especiales de Conservación integrantes de la Red Natura 2000 en Canarias,

2. La preceptividad del dictamen y su carácter vinculante para la declaración de nulidad que se pretende, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo 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 carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que resulta de aplicación al caso, a pesar de que el acto cuya nulidad se pretende fue dictado en el año 2015, y ello en virtud de la Disposición transitoria tercera, letra b), de aquella Ley, al establecer que «*los procedimientos de revisión de oficio iniciados*

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

después de la entrada en vigor de la presente Ley, se sustanciarán por las normas establecidas en ésta».

También resulta de aplicación el Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), el art. 48 de la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de Hacienda Pública Canaria y el art. 32 de la Ley 4/2012, de 25 de junio, de medidas administrativas y fiscales, 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.

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 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 nulos 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. En este concreto expediente, la causa que se invoca es la del art. 47.1.e) LPACAP, esto es, los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. El contenido de este último artículo coincide con el previsto en el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), vigente en el momento en que se dictó el acto que justifica esta concreta declaración de nulidad.

4. El Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial es el 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. 5.10 del Reglamento Orgánico de la extinta Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad aprobado por Decreto 137/2016, de 24 de octubre y 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, al disponer: *«La Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial asume las competencias que tenía atribuidas la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, salvo las relativas a seguridad y emergencias. Asimismo*

asume las competencias en materia de energía que tenía asignadas la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento, así como las de aguas que tenía asignadas la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Aguas». En este caso, estaríamos ante una encomienda de gestión que debió realizar la Consejera que en 2015 tenía las competencias en materia ambiental, que por sucesivos procesos de reorganización administrativa pasan a la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial.

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:

1. Mediante correo electrónico de 11 de noviembre de 2015, el entonces Jefe de Servicio de Biodiversidad de la extinta Dirección General de Protección de la Naturaleza, encargó a (...) la redacción de 10 planes de gestión para distintas Zonas Especiales de Conservación (ZEC) integrantes de la Red Natura 2000 en Canarias.

En dicho correo electrónico se indicaba que «los nuevos 10 planes encargados deben estar en formato definitivo antes del 20 de diciembre, por lo que deben empezar a trabajar a la mayor brevedad, para tener en nuestro poder los borradores cuanto antes, ya que nuestros técnicos también tienen que elaborar planes y estamos en fechas límites para cumplir con el compromiso europeo».

Las ZEC afectadas eran, concretamente, las siguientes:

- ES7020011 - Cumbre Vieja (La Palma).
- ES7020010 - Las Nieves (La Palma).
- ES0000044 - Garajonay (La Gomera).
- ES7020070 - Barranco de Erques (Tenerife).
- ES7010025 - Fataga (Gran Canaria).
- ES7010024 - Vega de Río Palmas (Fuerteventura).

- ES7010040 - Hoya del Gamonal (Gran Canaria).
- ES7010045 - Archipiélago Chinijo (Lanzarote).
- ES7010039 - El Nublo II (Gran Canaria).
- ES7010003 - Pino Santo (Gran Canaria).

2. Con fecha 23 de septiembre de 2016 tiene entrada en la extinta Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, escrito de (...) en el que confirma la recepción del correo electrónico de 11 de noviembre de 2015, y se indica que dicha empresa ha redactado los diez planes encomendados.

Consta en el expediente, factura n.º 5, de 16 de febrero de 2016, emitida por (...), por importe de 65.203,20 euros, en concepto de *«redacción de los planes de gestión específicos para 46 Zonas Especiales de Conservación. Integrantes en la Red Natura 2000 en la Comunidad Autónoma de Canarias. Redacción de 10 planes ZEC (...)»*.

3. Obran en el expediente los siguientes certificados con trascendencia para el presente procedimiento:

- Certificado del Servicio de Biodiversidad de 22 de julio de 2016, en el que se constata que, con fecha 1 de marzo de 2016, (...) entregó los documentos de los diez planes encomendados. Asimismo, se especifica que dicho Servicio da su conformidad a los trabajos realizados y facturados por (...).

- Certificado del Servicio Económico-Administrativo de la Dirección General de Lucha contra el Cambio Climático y Medio Ambiente, de 8 de agosto de 2019, en el que se expresa lo siguiente:

«Que consultado el Sistema de información económico-financiera y logística de la Comunidad Autónoma de Canarias (SEFLOGIC), en la anualidad 2015 existía la partida presupuestaria 1817.456E.6402200.1560023G "Ejecución Directiva Hábitat", con un importe de trescientos mil euros (300.000€).

Que con fecha 22 de mayo de 2015, se contabilizó un documento contable de Retención de Crédito por importe de doscientos noventa y nueve mil novecientos treinta y cuatro euros con setenta y dos céntimos (299.934,72€).

Que en la fecha del 11 de noviembre de 2015, quedaban disponibles sesenta y cinco euros con veintiocho céntimos (65,28€) en la citada partida, crédito del todo insuficiente para asumir el encargo de la redacción de diez planes de Gestión para Zonas Especiales de Conservación, integrantes de la Red Natura 2000, en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Que consultado el expediente administrativo relativo a Encomienda de Gestión a (...) del servicio de redacción de diez planes de Gestión para Zonas Especiales de Conservación, integrantes de la Red Natura 2000, en la Comunidad Autónoma de Canarias, no hubo Orden departamental, de acuerdo a lo exigido en el artículo 32 de la Ley 4/2012, de 25 de junio ni propuesta del Centro Directivo competente por razón de la materia, en este caso, de la entonces denominada Dirección General de Protección de la Naturaleza, o de la entonces denominada Viceconsejería de Medio Ambiente».

4. Consta en el expediente documento contable RC coincidente con el importe facturado por (...) (65.203,20 €), con cargo a la aplicación 12.07.456E.6402200, proyecto de inversión 156G0102 «Conservación hábitats y especies Natura».

III

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

1. El 21 de agosto de 2019 la Secretaria General Técnica de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, formula propuesta de incoación de un procedimiento de revisión de oficio de la encomienda realizada a (...), por correo electrónico el 11 de noviembre de 2015, por el entonces Jefe de Servicio de Biodiversidad de la Dirección General de Protección de la Naturaleza.

2. Mediante Orden n.º 23/2019 de fecha 21 de agosto de 2019, del Excmo. Sr. Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, se incoa el presente procedimiento de revisión de oficio de la encomienda realizada a (...), para la redacción de diez planes de gestión para Zonas Especiales de Conservación integrantes de la Red Natura 2000 en Canarias.

3. Se concede trámite de audiencia a (...) el 22 de agosto de 2019, con entrada en dicho ente instrumental el 23 de agosto de 2019.

4. El 2 de septiembre de 2019 (...) presenta escrito de alegaciones en el que muestra su conformidad con la incoación del procedimiento de revisión de oficio, pretendiendo que se le indemnice con la cantidad de 65.203,20 euros.

5. El 10 de septiembre de 2019 se dicta Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de pleno derecho de la encomienda realizada a (...) el 11 de noviembre de 2015, para la redacción de los referidos diez planes de gestión de una serie de zonas ZEC integrantes de la Red Natura 2000 en Canarias.

6. La propuesta de resolución se informa el 30 de septiembre de 2019 por la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos con carácter favorable, pero con una serie de observaciones.

7. La Jefe de Servicio de Biodiversidad por escrito de 14 de octubre de 2019 justifica que el encargo se adecua a precios de mercado, para dar cumplimiento a las observaciones realizadas por la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos, señalando que se aplican las tarifas que la empresa pública tiene aprobadas.

8. Mediante la Propuesta de Resolución, en forma de borrador de Orden del Excmo. Sr. Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, se resuelve declarar la nulidad de pleno derecho de la encomienda realizada a (...) el 11 de noviembre de 2015, para la redacción de diez planes de gestión de una serie de zonas ZEC integrantes de la Red Natura 2000 en Canarias, se declara la imposibilidad de restituir las prestaciones a (...) y se fija una indemnización de 65.203,20 euros por las prestaciones realizadas, sin fijar indemnización por daños adicionales al valor de los servicios prestados.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución viene a declarar la nulidad de la encomienda realizada a (...), por haber prescindido del procedimiento legalmente previsto, en virtud de lo establecido en el art. 47.1.e) LPACAP, -en realidad la referencia debe realizarse al art. 62.1.e) LRJAP-PAC, vigente en el momento en que se dictó el acto cuya nulidad se pretende, y aplicable a las causas 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»* con las condiciones y obligaciones para la entidad que recibe el encargo, 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»*.

El único trámite que se evacuó fue un correo electrónico del Jefe de Servicio de Biodiversidad, que carecía de competencia para realizar la encomienda.

No nos hallamos ante una encomienda verbal, pues consta el referido correo electrónico, lo que supone una encomienda escrita de la Viceconsejería de Medio Ambiente a (...).

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.

Los arts. 4.1.n) y 24.6 TRLCSP (vigentes al tiempo de enviarse el correo electrónico el 11 de noviembre de 2015) excluían 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. Tratándose de sociedades, la totalidad del capital tendría que ser de titularidad pública. Se entiende que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan estos criterios deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En el presente caso, se ha acreditado que la encomienda se produjo el 11 de noviembre de 2015 a (...), por lo que el régimen jurídico en ese momento era el establecido en los referidos artículos arts. 4.1.n) y 24.6 TRLCSP, el art. 32 de la Ley 4/2012, de 25 de junio, de medidas administrativas y fiscales, 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 y el art. 48 de Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria.

El art. 32 de la Ley 4/2012, de 25 de junio, de medidas administrativas y fiscales, señalaba en la redacción vigente en aquel momento, que las encomiendas se formalizarían por escrito y se regularían mediante los instrumentos jurídicos, que deberían ser autorizados por el titular del departamento al que estén adscritas las entidades encomendadas. Debían incluir, al menos, una relación detallada de la actividad o actividades a las que afecten y su plazo de realización. La comunicación del encargo de una actuación específica suponía, para las entidades encomendadas, la orden para iniciarla, debiendo realizar su ejecución a partir de dicha notificación, y en los términos previstos en el correspondiente instrumento jurídico y en el propio encargo.

3. A la vista de la citada normativa, nos encontramos con que en el presente expediente ha quedado debidamente acreditado que el 11 de noviembre de 2015 se realizó un encargo a (...) a través de un medio formal insuficiente, ya que dicho encargo no vino precedido de un instrumento jurídico de encomienda firmado por la correspondiente persona titular de la Consejería, con las condiciones para su ejercicio, realizándose a través de un simple correo electrónico del Jefe de Servicio de Biodiversidad.

La Propuesta de Resolución considera que dicha encomienda se ha realizado sin la tramitación correspondiente, incurriendo por ello en causa de nulidad de pleno Derecho.

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, pero sí 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).

Dicha Orden Departamental es un trámite esencial, pues es 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, 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 encomendataria de acreditar documentalmente la paulatina prestación del servicio encargado, entre otros extremos.

Sin embargo, dicho acto, reservado a la máxima autoridad del Departamento, nunca fue dictado; emitiéndose en su lugar un correo electrónico del Jefe de Servicio de Biodiversidad que carecía de competencia para formalizar la encomienda. Es cierto que en el correo electrónico se indicaban las zonas ZEC afectadas, la fecha límite de entrega y se designaba tutor para cada plan, pero se obvió el contenido de los planes, el importe y el resto de condiciones del encargo, siendo además incierto el papel de los tutores. Tampoco se emitió informe jurídico, técnico o económico; propuesta de resolución del órgano instructor; ni documentación contable, lo cual es relevante en este caso, porque ha quedado acreditado en el expediente administrativo, mediante certificado del Servicio Económico Administrativo, que en aquel momento existía insuficiencia de crédito. El art. 48 de Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria, establece que los créditos para gastos son limitativos y 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 que incumplan esta limitación.

En resumen, no estamos ante una simple irregularidad formal no invalidante, sino ante una omisión relevante del procedimiento, hurtándose a la Administración (y por tanto al interés general) la posibilidad de haber sometido el encargo a los preceptivos controles de legalidad sustantiva, procedimental, financiera y documental.

Todo ello determina que estemos ante un acto (el correo electrónico de 11 de noviembre de 2015) que fue distinto del que legalmente debió dictarse (una Orden de la Consejera correspondiente), y que determinó para la Administración la imposibilidad de establecer condiciones y controles expresos sobre el encargo a (...). Por tanto, se cumple el requisito que este Consejo Consultivo considera necesario para apreciar la presente causa de nulidad de pleno derecho (véase el Dictamen n.º 12/2016, de 12 de enero, en el que se consideró no ajustada a Derecho la revisión de oficio de un acto verbal toda vez que *«ni existen consecuencias producidas por omisión del procedimiento ni se aprecia que algo hubiera variado en el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite»*).

4. Ciertamente, debemos recordar que, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 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 [en aquel momento 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.

En este tales vicios tienen la nota de esencialidad que determina la nulidad del acto.

5. En cuanto al abono de las prestaciones, también resulta conforme a derecho la Propuesta de Resolución pues, efectivamente, las actuaciones realizadas por (...) consistieron en prestaciones de hacer, concretamente diez planes de gestión de distintas ZEC integrantes de la Red Natura 2000 en Canarias.

La prestación realizada por (...) debe recibir su correspondiente contraprestación por la Administración en cuyo beneficio se realizó, pues otra cosa implicaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración beneficiaria de las prestaciones.

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 n.º 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 por causa imputable a la Administración de la encomienda que motivó la prestación 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 65.203,20 euros, que es la cantidad en la que se cifra el precio de sus prestaciones, en la factura aportada por (...).

A ello añade la Propuesta de Resolución la constancia en el expediente de documento contable que acredita la existencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente para atender la mencionada indemnización, si bien, dicha constancia

existe en el momento actual y no al tiempo de realizarse la encomienda de la gestión, en que no existía crédito suficiente.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de pleno derecho de la encomienda realizada a la sociedad mercantil pública (...), para la redacción de diez planes de gestión para determinadas Zonas Especiales de Conservación integrantes de la Red Natura 2000 en Canarias.