Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 5 / 2 0 2 5

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 30 de enero de 2025.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento relativo a la declaración de nulidad de las actuaciones llevadas a cabo por la Fundación Tutelar Canaria para la Acción Social, (...), para la realización de funciones de carácter técnico que conlleva la ejecución del programa Bicácaro, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 29 de febrero de 2024, ambos inclusive por un importe de 11.023,78 euros (EXP. 799/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada en un procedimiento administrativo de revisión de oficio, incoado por la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias y que tiene por objeto declarar la nulidad de pleno derecho del encargo efectuado a la *«Fundación Tutelar Canaria para la Acción Social, (...)»* -en adelante, (...)- para la *« (...) realización de funciones de carácter técnico que conlleva la ejecución del programa Bicácaro, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 29 de febrero de 2024, ambos inclusive, por un importe de (...) 11.023,78 € (...) »* -apartado primero de la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución-.

2. La legitimación de la Sra. Consejera para solicitar el dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad, 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

[*] **Ponente: Sra. Navarro de Paz.**

Administrativo Común de las Administraciones Públicas [en adelante, LPACAP]. Norma esta última que resulta de aplicación al amparo de lo previsto en la Disposición Transitoria tercera, letra b), de aquella Ley: «*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. Al hilo de lo expuesto en el apartado anterior, procede abordar la cuestión relativa a la regulación sustantiva de las causas de nulidad, así como al derecho procedimental aplicable.

3.1. En lo que se refiere a la normativa aplicable a las causas de nulidad, se ha de traer a colación lo indicado por este Organismo consultivo en diversos dictámenes, al señalar que la determinación de las causas de nulidad debe hacerse con arreglo a la ley vigente cuando se dictó el acto cuya revisión de oficio se pretende. Así, resulta especialmente ilustrativo lo expuesto, entre otros, en el Dictamen 692/2024, de 28 de noviembre [con cita del Dictamen 156/2017, de 11 de mayo]:

«Antes de abordar el análisis de las causas de nulidad alegadas conviene recordar que un acto administrativo es inválido si se produce contraviniendo las normas preexistentes y vigentes que regulan su elaboración y predeterminan su contenido. De ahí que el parámetro para establecer su validez o invalidez esté constituido exclusivamente por las normas vigentes al tiempo de dictarse y no por las normas posteriores que las hayan derogado o desplazado su aplicación, porque es obvio que la Administración no está vinculada por normas derogadas ni por normas inexistentes en el momento de dictar el acto. Por consiguiente, para apreciar si (la) OD 70/2004 incurre en causa de nulidad se debe atender al art. 62 y concordantes LRJAP-PAC, que estaba vigente a la fecha en que se dictó; y no a los preceptos de la LPACAP, con independencia de que reproduzcan el contenido de aquéllos».

Partiendo de lo señalado anteriormente, y teniendo en cuenta la fecha en la que fue dictado el acto administrativo cuya revisión de oficio ahora se pretende -encargo a medio propio personificado en el año 2024-, se ha de concluir que las causas de nulidad a las que se debe atender en nuestro análisis jurídico son las previstas en el art. 47 LPACAP, norma que estaba vigente en la fecha en la que fue dictado el acto cuya nulidad se pretende.

3.2. Respecto al derecho procedimental, y según se ha apuntado anteriormente, resultan de aplicación las previsiones normativas que, sobre tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, se contienen en la LPACAP [art. 106]. Y todo ello al amparo de lo establecido en la Disposición Transitoria tercera, letra b), del referido texto legal.

En el presente supuesto, el procedimiento de revisión de oficio se ha tramitado durante la vigencia de la LPACAP, por lo que resulta de plena aplicación lo afirmado por este Consejo Consultivo en sus Dictámenes 317/2017, de 20 de septiembre, 149/2021, de 31 de marzo o 692/2024, de 28 de noviembre, al señalar que «*la legislación procedimental aplicable es la contenida en la citada LPACAP, porque el presente procedimiento se inició después de su entrada en vigor*».

Una vez sentado lo anterior, debemos indicar que el art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos; permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, 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.

Este artículo no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el título IV de la LPACAP [«*De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común*»], con la especialidad exigida por el art. 106, que establece como preceptivo el previo dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda. Del referido artículo se deduce que dicho dictamen es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiera sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

Pues bien, en el supuesto analizado el procedimiento administrativo de revisión se tramita de oficio; con fundamento en la causa de nulidad prevista en la letra e) del art. 47.1 LPACAP; y resultando acreditada la firmeza en vía administrativa del acto cuya nulidad ahora se pretende [art. 106.1 LPACAP].

4. La competencia, tanto para incoar el procedimiento de revisión de oficio como para declarar la nulidad del acto administrativo revisado, le corresponde a la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias. Y ello « *(...) de conformidad con lo señalado en el artículo 29.1. g) -en relación con el apartado e) del mismo precepto- de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, y de conformidad con las facultades atribuidas en el artículo 5.1 del Reglamento Orgánico de la Consejería Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias, aprobado por Decreto 446/2023, de 27 de*

diciembre y en el Decreto 43/2023, de 14 de julio, por el que se nombra a los Consejeros y Consejeras del Gobierno de Canarias» -tal y como se indica en el Fundamento Jurídico sexto de la Propuesta de Resolución-. En idéntico sentido nos hemos pronunciado en nuestro Dictamen 749/2024, de 27 de diciembre, a cuyo contenido procede ahora remitirnos.

5. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, se entiende que el presente procedimiento administrativo de revisión de oficio no está caducado.

Respecto a esta cuestión, el art. 106.5 LPACAP prevé que «cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad de este».

En el presente caso, el procedimiento de revisión de oficio se inició mediante Orden Departamental n.º 784/2024, de 12 de agosto de 2024, por lo que el procedimiento no se encuentra caducado.

II

De la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo Consultivo resulta que los antecedentes de hecho relevantes en el presente procedimiento de revisión de actos nulos son los siguientes:

1. Mediante Orden n.º 1238/2022, de 15 de septiembre de 2022, de la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias se realiza encargo a la entidad (...) -como medio propio personificado y servicio técnico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias-, para la realización de funciones de carácter técnico y de gestión que conlleva la ejecución del *«Programa Bicácaro»* [BOC, n.º 193, de 29 de septiembre de 2022].

Esta Orden Departamental prevé -en su apartado décimo de la parte dispositiva- que el encargo se realiza por el plazo de seis meses, comenzando el día 16 de septiembre de 2022, por lo que debía estar terminado el día 15 de marzo de 2023.

2. Mediante Orden Departamental n.º 261/2023, de 8 de marzo de 2023 [rectificada por Orden n.º 332/2023, de 21 de marzo de 2023], se acuerda la prórroga del encargo efectuado a (...) durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2023 y el 15 de septiembre de 2023.

3. Con fecha 22 de agosto de 2023, se dicta Orden Departamental n.º 1006/2023, por la que se acuerda la segunda prórroga del encargo de referencia efectuado a

(...); esta vez, durante el periodo que abarca desde el día 16 de septiembre al 31 de diciembre de 2023.

4. Tal y como se indica en la Propuesta de Resolución, *«desde el inicio de la ejecución del encargo se han venido realizando sin la menor objeción y con una absoluta conformidad y adaptaciones al clausulado convenido, todas las prestaciones y trabajos incluidos en la misma. Próximo a expirar el plazo de ejecución, tras la prórroga efectuada, y teniendo en cuenta que continúan plenamente vigentes las razones económicas y técnicas que aconsejaron la celebración del citado encargo para la consecución efectiva de los objetivos del Programa Bicácaro, y tras el éxito del mismo, el aumento de centros educativos interesados en su participación, y la no interrupción en mitad del curso escolar, se estima necesario asegurar la continuidad del mismo de modo que no se produzca interrupción alguna en su ejecución. (...) Se mantienen inalterables el resto de las condiciones y demás requisitos que sirvieron de base para la adjudicación, así como todas y cada una de las de obligaciones asumidas por la entidad adjudicataria.*

(...) La causa que motiva la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en la ejecución del servicio de referencia ha sido prescindir en parte del procedimiento legalmente establecido para proceder a tramitar, en su caso, la oportuna prórroga de encargo que diera cobertura legal y económica a su ejecución y que, en ningún caso, esta consideración es imputable a la Fundación Tutelar Canaria para la Acción Social (...), que ha adquirido el compromiso de buena fe, ya que la Orden por la que se acuerda la tercera prórroga (...) no pudo ser firmad(a) a tiempo y la ejecución del servicio llevado a cabo por parte de (...) continúo prestándose durante los meses de enero y febrero del año 2024» [Antecedentes de hecho quinto a séptimo].

5. Con fecha 27 de febrero de 2024 se dicta Orden n.º 190/2024, *« (...) de encargo de la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias a la Fundación Tutelar Canaria para la Acción Social, (...), como medio propio personificado y servicio técnico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias para la realización de funciones de carácter técnico que conlleva la ejecución del programa Bicácaro»*. Encargo que *« (...) se realiza por el plazo de diez meses, comenzando el día 1 de marzo de 2024, por lo que deberá estar terminado el día 31 de diciembre de 2024».*

6. Consta en las actuaciones la presentación, por parte de (...), de las facturas n.º 165 y 166, de 31 de marzo de 2024, correspondientes a la prestación del servicio de referencia durante el periodo que abarca desde el día 1 de enero al 29 de febrero de 2024, por un importe total del 11.023,78 €.

III

En lo que se refiere a la tramitación del presente procedimiento administrativo de revisión de oficio, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Con fecha 12 de agosto de 2024 se dicta Orden n.º 784/2024, de la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias, en cuya virtud se acuerda la incoación del procedimiento administrativo encaminado a la declaración de *« (...) nulidad de actuaciones llevadas a cabo por la Fundación Tutelar Canaria para la Acción Social, MP., como medio propio personificado y servicio técnico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, para la realización de funciones de carácter técnico que conlleva la ejecución del programa Bicácaro, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 29 de febrero de 2024, ambos inclusive, por un importe de (...) 11.023,78 € (...) »*.

Asimismo, se confiere trámite de audiencia a la entidad (...) para que pudiera formular las alegaciones y presentar los documentos que tuviese por convenientes.

La resolución administrativa por la que se incoa el presente procedimiento de revisión de oficio consta debidamente notificada a (...).

2. Con fecha 30 de agosto de 2024 la Gerente de (...) formula escrito de alegaciones en el que manifiesta su *« (...) conformidad a la declaración de nulidad del expediente de referencia por importe de 11.023,78 €»*.

3. Con fecha 28 de noviembre de 2024 se emite el informe preceptivo de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [art. 20, letra e) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias].

4. Con fecha 13 de diciembre de 2024 se emite informe de la Viceconsejería de Igualdad y Diversidad en el que se manifiesta lo siguiente:

«Desde el inicio de la ejecución del encargo se han venido realizando sin la menor objeción y con una absoluta conformidad y adaptaciones al clausulado convenido, todas las prestaciones y trabajos incluidos en la misma. Próximo a expirar el plazo de ejecución, tras la prórroga efectuada, y teniendo en cuenta que continúan plenamente vigentes las razones económicas y técnicas que aconsejaron la celebración del citado encargo para la consecución efectiva de los objetivos del Programa Bicácaro, y tras el éxito del mismo, el aumento de centros educativos interesados en su participación, y la no interrupción en mitad del curso escolar, se estima necesario asegurar la continuidad del mismo de modo que no se produzca interrupción alguna en su ejecución.

Se mantienen inalterables el resto de las condiciones y demás requisitos que sirvieron de base para la adjudicación, así como todas y cada una de las de obligaciones asumidas por la entidad adjudicataria.

La causa que motiva la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en la ejecución del servicio de referencia ha sido prescindir en parte del procedimiento legalmente establecido para proceder a tramitar en su caso la oportuna prórroga de encargo que diera cobertura legal y económica a su ejecución y que, en ningún caso, esta consideración es imputable a la Fundación Tutelar Canaria para la Acción Social (...), que ha adquirido el compromiso de buena fe, ya que la Orden por la que se acuerda la tercera prórroga de la Orden de 15 de septiembre de 2022, de encargo a la Fundación Tutelar Canaria para la Acción Social MP, como medio propio personificado y servicio técnico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias para la realización de funciones de carácter técnico que conlleva la ejecución del programa Bicácaro, no pudo ser firmado a tiempo y la ejecución del servicio llevado a cabo por parte de (...) continúo prestándose durante los meses de enero y febrero del año 2024.

La ejecución del servicio llevado a cabo por la Fundación Tutelar Canaria para la Acción Social (...) durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 28 de febrero de 2024 ha sido realizado a entera satisfacción de la Viceconsejera de Igualdad y Diversidad, cuantificándose el mismo conforme a las facturas cursadas por la citada Fundación en 11.023,78 €, cantidad necesaria para compensar los costes reales, tanto directos como indirectos que han sido necesarios para la realización del citado servicio acorde con las mismas condiciones aprobadas en el encargo de origen, entre el 1 de enero y el 29 de febrero de 2024.

Se da la imposibilidad de restituir las prestaciones realizadas por la Fundación Tutelar Canaria para la Acción Social (...), ya que éstas forman parte de un servicio público que ya se ha prestado el servicio de apoyo de carácter técnico que conlleva la ejecución del programa Bicácaro.

Existe crédito suficiente para afrontar el compromiso adquirido con cargo a la aplicación presupuestaria 23 18 912A 2299900 del presupuesto de gastos de la Viceconsejería de Igualdad y Diversidad para 2024, por importe de 11.023,78 €».

5. Con fecha 13 de diciembre de 2024 se formula Propuesta de Resolución de la Viceconsejería de Igualdad y Diversidad en cuya virtud se plantea «*la declaración de la nulidad de actuaciones llevadas a cabo por la Fundación Tutelar Canaria para la Acción Social, MP., como medio propio personificado y servicio técnico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, para la realización de funciones de carácter técnico que conlleva la ejecución del programa Bicácaro,*

durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 29 de febrero de 2024, ambos inclusive, por un importe de ONCE MIL VEINTITRÉS EUROS CON SETENTA Y OCHO CÉNTIMOS (11.023,78€)». Todo ello al amparo de la causa de nulidad prevista en el art. 47.1, letra e) LPACAP.

Asimismo, figura en las actuaciones borrador de Orden -sin fechar- de la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias, cuyo contenido -y conclusiones- es idéntico al de la Propuesta de Resolución señalada en el párrafo anterior.

6. Mediante oficio de 23 de diciembre de 2024 [con registro de entrada en este Organismo consultivo ese mismo día], la Sra. Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo dispuesto en su ley reguladora.

IV

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de su potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la legalidad de otros actos dictados por otras administraciones no sujetos a revisión [STS 405/2020, de 14 de mayo].

La revisión de oficio implica 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. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ésta solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva [Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido].

Por su parte, en nuestro Dictamen 46/2016, de 18 de febrero, afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no está prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (...) ».*

En definitiva, *«la revisión de oficio en principio no es una técnica al servicio de la instrucción de una "causa general" respecto de determinado procedimiento, sino el instrumento que permite anular actos con vicios de orden público, que son los que la ley califica como causas de revisión, debidamente interpretadas en función de las circunstancias del caso, la conducta de los interesados y la actuación de la Administración»* [Dictamen 449/2017, de 5 de diciembre].

2. En el presente caso, la Propuesta de Resolución sostiene la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho contenida en el art. 47.1, letra e) LPACAP. En este sentido, el órgano instructor afirma que «*la causa que motiva la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en la ejecución del servicio de referencia ha sido prescindir en parte del procedimiento legalmente establecido para proceder a tramitar, en su caso, la oportuna prórroga de encargo que diera cobertura legal y económica a su ejecución (...), ya que la Orden por la que se acuerda la tercera prórroga (...) no pudo ser firmada a tiempo y la ejecución del servicio llevado a cabo por parte de (...) continúo prestándose durante los meses de enero y febrero del año 2024*».

3. En relación con la causa establecida en el art. 47.1, letra e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, entre otros muchos, en el Dictamen 706/2024, de 5 de diciembre [con cita de los Dictámenes 8/2021, de 15 de enero, 489/2021, de 14 de octubre, 161/2020, de 1 de junio o 145/2024, de 21 de marzo], lo siguiente:

«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios "total y absolutamente" impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se equipara a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió

por la omisión del trámite). También se equipara a la omisión total si los trámites incumplidos, de haberse observado, habrían determinado un acto de contenido distinto. Consúltense al respecto las SSTS de 23 febrero de 2016; de 26 enero de 2016; de 24 enero de 2014; de 27 junio de 2012 y de 25 abril de 2002 (...) ».

También hemos señalado en los Dictámenes 84/2014, de 17 de marzo y 258/2020, de 25 de junio, que *«la interpretación jurisprudencial de este precepto considera que se está ante esta causa de nulidad no sólo cuando el acto se dicta prescindiendo de todo procedimiento, sino también cuando se dicta a través de un procedimiento que no es el previsto legalmente; o cuando, aun siguiendo el procedimiento debido, se omiten trámites esenciales de éste que causan indefensión absoluta a los interesados»*. Véanse por todas las SSTS de 25 de abril de 2002 y de 27 de junio de 2012.

Y, finalmente, en el Dictamen 12/2016, de 12 de enero, razonábamos que *«la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente restrictiva en cuanto al tratamiento de este motivo, señalando que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad deben ser de magnitud ("es preciso que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento") que no baste la omisión de alguno de estos trámites, por lo que resulta necesario ponderar en cada caso 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" (SSTS de 17 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 2000).*

Por lo tanto, no cualquier irregularidad puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho pretendida, por cuanto que la Jurisprudencia viene exigiendo bien la ausencia de todo trámite, bien haber utilizado un procedimiento no previsto. Dicho, en otros términos, que sea un acto verbal no es sinónimo de que se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y que, por tanto, esté incurso en vicio de nulidad, puesto que si no se acreditase la causa de nulidad alegada en los términos exigidos por la Doctrina jurisprudencial y consultiva que lo interpreta, debe presumirse que el acto verbal es válido y produce sus efectos desde la fecha en que se dicten (...) ».

4. En el presente caso nos encontramos ante un supuesto de encargo a medio propio personificado [(...)] realizado por la Comunidad Autónoma de Canarias [a través de la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias], durante el periodo que abarca desde el 1 de enero al 29 de febrero de 2024 y cuyo objeto era la realización de las funciones de carácter técnico y de gestión que conlleva la ejecución del denominado *«Programa Bicácaro»*.

Pues bien, respecto a estos encargos a medios propios personificados este Consejo Consultivo de Canarias ha tenido ocasión de señalar [Dictamen 706/2024, de

5 de diciembre, 692/2024, de 28 de noviembre o 592/2024, de 17 de octubre, entre otros], cuanto se expone a continuación:

«La LCSP ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico una regulación detallada de la figura del encargo a medio propio como «sistema de cooperación vertical consistente en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización». (art. 31 LCSP).

Esta figura constituye una excepción a los principios que rigen la contratación pública recogidos en el art. 1 LCSP de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Ahora bien, los encargos a medios propios personificados no pueden considerarse contratos públicos. Así lo declara con nitidez el art. 32.1 in fine LCSP cuando establece que el encargo que cumpla los requisitos legalmente establecidos para tener la condición de tal «no tendrá la consideración de contrato».

Esta declaración legal no es extraña si tenemos en cuenta que existen varias diferencias sustanciales entre el contrato público y el encargo.

Así, el contrato público entraña una relación jurídica bilateral y recíproca que liga a la entidad pública contratante con un tercero ajeno a ella, un contratista privado que normalmente carece de relación directa con aquella. Por el contrario, el encargo a un medio propio personificado es una forma de cooperación entre entidades del sector público que se realiza con otra persona jurídica que guarda una relación especial con la entidad que realiza el encargo, al estar sometida a su control y cumplir una serie de requisitos muy específicos que designa el art. 32 LCSP. La consideración de medio propio de una entidad del sector público supone que el negocio jurídico se provee «in house», esto es, mediante una relación jurídica interna basada en la autoridad de quien emite una orden ejecutiva que el medio propio está obligado a cumplir, no mediante una relación externa como el contrato público.

La consecuencia inmediata que la ley apareja a esta distinción es que el encargo supone una excepción a la calificación de contratos públicos de los diferentes negocios jurídicos o de las distintas relaciones jurídicas contemplados en la LCSP.

Ante esta circunstancia, aunque su regulación se incluya en la LCSP, el encargo a medios propios a que aluden los arts. 32 y 33 LCSP queda sujeto a las estrictas normas que establecen estos preceptos, configurándose como un supuesto de adjudicación directa de la ejecución de una prestación en el que, por razones organizativas internas de la entidad encargante -que cuenta con un medio propio capaz de ejecutar una determinada prestación bajo ciertas condiciones- se permite prescindir de las licitaciones públicas y de la aplicación

del principio de libertad de acceso a las licitaciones que es propio de los contratos públicos. En este sentido, la propia LCSP –art. 32.1- declara que los poderes adjudicadores «podrán organizarse» ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios valiéndose de un medio propio personificado. Así, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón tiene establecido que «la figura de los encargos a medios propios es una técnica auto-organizativa de cooperación vertical» (Resolución 75/2017).

(...) Sentado lo anterior, y centrándonos en el aspecto procedimental de estos encargos, el art. 32.6 LCSP establece las siguientes normas, al disponer:

«Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas:

a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63.6. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.

c) Los órganos de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poder adjudicador en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 de esta Ley, necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo, sea igual o superior a doce millones de euros.

La autorización del Consejo de Ministros a que se refiere el párrafo anterior deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente. Una vez obtenida la autorización, corresponderá a los órganos competentes la aprobación del gasto y suscripción del encargo, de conformidad con lo dispuesto en las respectivas normas.

A efectos de obtener la citada autorización, los órganos competentes deberán remitir al menos los siguientes documentos: el texto del encargo; el informe del servicio jurídico; así como el certificado de existencia de crédito o, tratándose de poderes adjudicadores con presupuesto estimativo, los documentos equivalentes que acrediten la existencia de financiación.

Requerirán igualmente la previa autorización del Consejo de Ministros las modificaciones de encargos autorizados por el Consejo de Ministros, cuando superen el 20 por cien del importe del encargo.

La autorización que otorgue el Consejo de Ministros será genérica para la suscripción del encargo, sin que en ningún caso implique una validación de los trámites realizados, ni exima de la responsabilidad que corresponda a las partes respecto de la correcta tramitación y realización del encargo».

Así pues, los requisitos procedimentales exigidos por el art. 32 LCSP, en el caso de los órganos de las entidades del sector público autonómico y local, para llevar a cabo encargos a medios propios personificados se pueden resumir en los siguientes:

a) Tener la consideración de medio propio personificado conforme a los apartados 2, 3 o 4 del art. 32 LCSP.

b) Que se haya publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente:

** La condición de medio propio personificado.*

** Los poderes adjudicadores respecto de los que ostenta tal condición.*

** Los sectores de la actividad en los que sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo, siempre que estén comprendidos dentro de su objeto social.*

c) La formalización en un documento en el que se establezca el plazo de duración.

d) La publicación del documento de formalización en la Plataforma de Contratación en los siguientes supuestos:

** Encargos cuyo importe fuera superior a 50.000 euros.*

** Trimestralmente respecto de los encargos de importe superior a 5.000 euros.*

e) La aprobación de tarifas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado (art. 32.1 y 2 LCSP).

Tal como se puede advertir, esta regulación se diferencia notablemente de lo que sucedía con las regulaciones pretéritas que 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 [arts. 4.1.n) en relación con el 24.6 tanto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2007) como del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)], y remitían a la regulación prevista en el art. 15 de la Ley la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) y, posteriormente, en el art. 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que exigían como requisitos para llevar a cabo el encargo: la formalización del acuerdo expreso para llevar a cabo el encargo y su publicación en el Diario

oficial correspondiente; expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten; el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada. Por el contrario, la actual LCSP relaja los requisitos procedimentales para realizar el encargo (publicación en la Plataforma de Contratación, formalización en documento con expresión de su duración y, en su caso, publicación del mismo en dicha Plataforma, y, aprobación de las tarifas), reforzando, sin embargo, mediante la exhaustiva regulación que se establece en el art. 32 apartados 2, 3 y 4 LCSP, los requisitos exigidos para que una persona jurídica pueda tener la consideración de medio propio personificado».

5. A la hora de analizar la concurrencia -o no- de la causa de nulidad invocada por la Administración autonómica en el presente procedimiento de revisión de oficio, se ha de traer a colación la doctrina sentada por este Consejo Consultivo de Canarias en el Dictamen 749/2024, de 27 de diciembre [con cita del Dictamen 706/2024, de 5 de diciembre], cuyo contenido se reproduce a continuación:

«De la documentación obrante en el expediente administrativo constatamos que la entidad (...), conforme al art. 1 de sus Estatutos, «tiene la consideración de medio propio personificado y servicio técnico del Ayuntamiento (...) ».

En todo caso, aunque se careciera de algunos requisitos, ello no constituiría causa de nulidad de pleno derecho por mor del art. 40.c) LCSP que expresamente establece:

«Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes:

(...)

c) Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio».

En este mismo sentido viene a pronunciarse el Consejo Consultivo de Asturias en su Dictamen 125/2020, de 21 de mayo, señalando que: «en relación con los encargos a medios propios el legislador solo concreta un supuesto singular de invalidez, que es de mera anulabilidad y además ajeno a la formalización del encargo, pues afecta a la condición sustantiva de medio propio del destinatario. Así se explicita en el artículo 40 de la LCSP, conforme al cual incurren en anulabilidad los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando

no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio.

(...) respecto a ese precepto procede advertir que en el borrador del anteproyecto sometido a consulta del Consejo de Estado se contemplaba como un supuesto de nulidad radical, pero precisamente en el dictamen del Alto Cuerpo Consultivo, aprobado en sesión de 10 de marzo de 2016, se estimó que, "tomando en cuenta lo excepcional de la nulidad de pleno derecho y la circunstancia de que este tipo de vicios podrán hacerse valer a través de la vía del recurso especial en materia de contratación, parece más aconsejable seguir únicamente este último cauce como el apropiado para impugnar (...) la formalización de encargos de forma ilegal, sin configurar a tales supuestos como de nulidad de pleno derecho". Así pues, el legislador no solo acogió el criterio del Consejo de Estado, sino que para disipar cualquier duda introdujo en el artículo mencionado -artículo 40 de la LCSP- la precisión de que, "en particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad" las relativas a encargos a medios propios que no reúnan tal condición. En definitiva, calificados como anulables los incumplimientos de los condicionantes materiales impuestos al ente instrumental, podría compartirse el criterio de que su idoneidad o suficiencia sea verificable con ocasión de cada encargo, pero procede señalar que su eventual omisión no merece una tacha de nulidad radical».

En segundo lugar, consultada la Plataforma de Contratación del Sector Público consta: la condición de (...) como medio propio personificado; que el poder adjudicador respecto del que ostenta tal condición es el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria; y, los sectores de la actividad en los que ejecuta las prestaciones que van a ser objeto de encargo -Servicios públicos generales, Vivienda y servicios comunitarios, y Protección social- los cuales, además, están comprendidos dentro de su objeto social conforme al art. 3 de sus Estatutos.

En tercer lugar, también consta la aprobación de las tarifas mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 22 de abril de 2021.

Por último, no consta, sin embargo, el documento de formalización del encargo ni, consecuentemente, su publicación -en su caso- en la Plataforma de Contratación.

Ahora bien, 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 haya observado procedimiento alguno, bien porque se hubiera seguido un procedimiento distinto al legalmente establecido, o bien porque, aun siguiendo el procedimiento debido, se hubieran omitido trámites esenciales de éste que causen indefensión material a los interesados. Asimismo, y de acuerdo con la doctrina reiterada de este Consejo Consultivo de Canarias, la concurrencia de los citados vicios de procedimiento ha de ser manifiesta, patente, palmaria y ostensible, como así lo exige la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de pleno Derecho.

De tal forma que no cualquier irregularidad puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho pretendida, por cuanto la Jurisprudencia viene declarando que no basta la omisión de alguno de los trámites legalmente exigibles, sino que resulta necesario ponderar en cada caso 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. Dicho en otros términos, que sea un acto verbal no es sinónimo de que se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y que, por tanto, esté incurso en vicio de nulidad (SSTS de 17 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 2000).

Expuesto lo que antecede, este Consejo considera que la ausencia del documento de formalización del encargo y su consiguiente publicación no tienen entidad suficiente para ser incardinada en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) LPACAP, consistente en haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido legalmente, dado que, ponderando las circunstancias del caso, las consecuencias producidas por la omisión de tal trámite no ha originado indefensión a ninguna persona interesada en el encargo -física o jurídica- y, sobre todo, el acto administrativo originario no hubiese variado en caso de haberse observado el trámite omitido. Además, la suscripción del documento de formalización no se considera en el presente caso como un trámite esencial toda vez que la LCSP no exige que en dicho documento se fijen 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; puesto que, tales extremos ya se encuentran previamente contenidos en los estatutos de la entidad (...) (art. 1).

En resumen, estamos ante una irregularidad formal no invalidante, puesto que no se ha hurtado a la Administración (y por tanto al interés general) de la posibilidad de haber sometido el encargo a los preceptivos controles de legalidad sustantiva, procedimental, financiera y documental, por cuanto el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria era plenamente conocedor de los mismos, encontrándose, incluso, entre la documentación obrante en el expediente administrativo algunos de los presupuestos firmados y supervisados por personal municipal.

Además, tal como señalaba el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, emitido con ocasión del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público:

«Finalmente, son también rigurosamente nuevas como causas de nulidad las previstas por el artículo 39 en sus apartados 2.h) y 3.b), que disponen de forma respectiva lo siguiente:

"2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes: (...) h) El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 202 y 203". "3. Serán nulos de pleno derecho, asimismo: (...) b) Los encargos que

acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio".

Ambos supuestos se han añadido también por el anteproyecto como nuevos actos que podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación, en los términos del artículo 44.2 del anteproyecto:

"Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: (...) d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 202 y 203 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación. e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos legales".

Nuevamente, tomando en cuenta lo excepcional de la nulidad de pleno derecho y la circunstancia de que este tipo de vicios podrán hacerse valer a través de la vía del recurso especial en materia de contratación, parece más aconsejable seguir únicamente este último cauce como el apropiado para impugnar las modificaciones que no cumplan con lo establecido en los artículos 202 y 203 de la Ley (sería mejor, por lo demás, usar la expresión remarcada que es la que emplea el artículo 44.2.a) del anteproyecto: modificaciones "basadas en el incumplimiento" de tales preceptos) y la formalización de encargos de forma ilegal, sin configurar a tales supuestos como de nulidad de pleno derecho».

En este caso, a diferencia de lo que disponía el Anteproyecto de la vigente LCSP -como también así ha considerado el Consejo Consultivo de Asturias en su dictamen ya citado-, el legislador excluyó como causa de nulidad de pleno derecho el incumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del art. 32 LCSP, pasando a considerarse una causa de mera anulabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40.c) LCSP vigente, y cuyo incumplimiento tiene una vía específica para su impugnación.

Efectivamente, el art. 44.2.e) LCSP dispone que: «Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: (...) e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales», de tal forma que existiendo un cauce procesal específico para hacer valer este tipo de vicios, y en aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial y doctrinal que exigen una interpretación restrictiva de las causas de nulidad en aras de salvaguardar la seguridad del tráfico jurídico, consideramos que en el presente caso no concurre la causa de nulidad invocada. Y ello sin perjuicio de que las infracciones sean susceptibles de anulabilidad y de una eventual convalidación de actos administrativos.

No obstante, lo expuesto, los encargos a medios propios personificados se deberán ajustar en todos sus términos a las previsiones contenidas en el art. 32 LCSP, incluyendo su formalización en los términos previstos en el apartado 6.b de dicho precepto».

Doctrina que resulta plenamente aplicable al supuesto ahora analizado y que, en consecuencia, determina la imposibilidad de apreciar la causa de nulidad de pleno derecho esgrimida por la Administración autonómica.

En primer lugar, no se observa en las actuaciones que se haya prescindido *«total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido»* a la hora efectuar el encargo a (...). Y es que, como reconoce expresamente la Administración, «*la causa que motiva la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en la ejecución del servicio de referencia ha sido prescindir en parte del procedimiento legalmente establecido para proceder a tramitar, en su caso, la oportuna prórroga de encargo que diera cobertura legal y económica a su ejecución (...), ya que la Orden por la que se acuerda la tercera prórroga (...) no pudo ser firmada a tiempo y la ejecución del servicio llevado a cabo por parte de (...) continúo prestándose durante los meses de enero y febrero del año 2024*» -Antecedente de Hecho séptimo de la Propuesta de Resolución-.

En segundo lugar, la observancia de la totalidad de los trámites exigibles legalmente para efectuar el encargo al medio propio personificado no hubiera variado, en este concreto supuesto, el acto administrativo originario, por cuanto la continuidad en la prestación del servicio resulta inexcusable. En este sentido, sentido resulta de especial relevancia lo afirmado por la Viceconsejería de Igualdad y Diversidad en su informe de 13 de diciembre de 2024:

«El Programa "Bicácaro", está enmarcado en un compromiso local y global de garantizar una educación de calidad, objetivo número 4 en la lista de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030) aprobados en 2015 por Naciones Unidas y con los que España se comprometió junto a otros 192 países. Además, Bicácaro responde a otros objetivos directamente vinculados al Programa, como el número 5 "Igualdad de género" o el 10 "Reducción de las desigualdades".

Entre esas metas, se encuentra la de "lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas", y que pretende, entre otros objetivos, avanzar en la aplicación y evaluación de un marco normativo autonómico amplio que contribuya activamente a eliminar y evitar la discriminación por razones de género en todos los ámbitos de la vida social, económica, jurídica y profesional desde un enfoque de género incorporando la perspectiva de la interseccionalidad y abordando sus realidades diversas.

Actualmente, y tras la aprobación de la "Estrategia Canaria de Transición Igualitaria", promovida por la Viceconsejería de Igualdad y Diversidad. (Boletín Oficial de Canarias núm. 91 Martes 10 de mayo de 2022) el Programa Bicácaro se ha convertido en un instrumento eficaz y eficiente de desarrollo y ejecución de las políticas y compromisos adquiridos en la ECTI, con intención de perdurabilidad.

(...)

Desde el inicio de la ejecución del encargo se han venido realizando sin la menor objeción y con una absoluta conformidad y adaptaciones al clausulado convenido, todas las prestaciones y trabajos incluidos en la misma. Próximo a expirar el plazo de ejecución, tras la prórroga efectuada, y teniendo en cuenta que continúan plenamente vigentes las razones económicas y técnicas que aconsejaron la celebración del citado encargo para la consecución efectiva de los objetivos del Programa Bicácaro, y tras el éxito del mismo, el aumento de centros educativos interesados en su participación, y la no interrupción en mitad del curso escolar, se estima necesario asegurar la continuidad del mismo de modo que no se produzca interrupción alguna en su ejecución».

Por lo demás, no siendo cuestionada la condición sustantiva de medio propio personificado de la entidad (...), sino, únicamente, el encargo verbal efectuado a ésta [por falta de formalización de la -tercera- prórroga del encargo]; y teniendo en cuenta que estamos en presencia de una irregularidad formal no invalidante que tiene una vía específica de impugnación [art. 44.2, letra e) LCSP], es por lo que, en aplicación de la doctrina consultiva expuesta anteriormente, se entiende que no concurre la causa de nulidad invocada por la Administración y, en consecuencia, no procede la revisión de oficio planteada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias, no es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen, debiéndose informar desfavorablemente.

Por tanto, siendo el Dictamen desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, no podrá declararse la nulidad del encargo a medio propio personificado que se pretende.