

Dictamen Núm. 124/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 21 de mayo de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña María Isabel González Cachero votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 13 de marzo de 2020 -registrada de entrada el día 16 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio del encargo a la Federación Asturiana de Concejos, como medio propio, del servicio de desbroce con tractor en el concejo de Carreño durante cuatro meses.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño de 17 de diciembre de 2019, se dispone el inicio del procedimiento de revisión de oficio por nulidad del encargo formalizado por Resolución del mismo órgano de 30

de mayo de 2019 a la Federación Asturiana de Concejos (en adelante FACC), en su condición de “medio propio”, para la prestación del “servicio de desbroce con tractor en el concejo de Carreño (...) durante un periodo de cuatro meses”, por importe total de 9.220,64 €.

Se reseñan los documentos e informes incorporados en el expediente de formalización del encargo, que se adjunta. Entre ellos consta el “requerimiento” del Ayuntamiento a la FACC para la “elaboración de un presupuesto tendente a la prestación de contratación de maquinista de tractor-desbrozador”, que se encabeza con el reconocimiento de la condición de medio propio e incluye la descripción del objeto y del trabajo a realizar, la justificación de la “necesidad de contratación” y la insuficiencia de medios del Ayuntamiento. Le sigue la instancia de la FACC solicitando documentación técnica adicional, el presupuesto de la FACC con base en “las tarifas aprobadas por la Comisión Ejecutiva de esta entidad de fecha 29 de julio de 2016” (se describen con detalle los trabajos y se justifica la condición de medio propio), el documento de retención de crédito por el importe presupuestado (expedido por la Interventora Municipal) y la Resolución de la Alcaldía por la que se acuerda formalizar el encargo, en la que se reproduce la justificación de la necesidad y se indica que “desde el año 2013 la Federación Asturiana de Concejos (...) tiene la condición de medio propio, cumpliendo los requisitos establecidos” en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), “para los medios propios personificados, y esta opción se considera más eficiente, eficaz y sostenible aplicando criterios de rentabilidad económica”. Tras un reparo de la Intervención dirigido a la subsanación documental, se acompañan las cuentas anuales auditadas de la FACC correspondientes al ejercicio 2018, a las que se une un informe de los auditores, fechado el 6 de marzo de 2019, en el que se verifica el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

2. En relación con este encargo, en la fase de reconocimiento de la obligación de las facturas correspondientes a los trabajos desarrollados durante los meses de junio, julio y agosto de 2019 la Intervención municipal formula, el 24 de septiembre de 2019, una nota de reparo al amparo de lo establecido en el artículo 13.2.c) del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local, al detectar en el expediente tramitado la ausencia de documentación acreditativa de los “requisitos básicos generales”.

3. Obra en el expediente un segundo informe de la Intervención municipal, de 14 de noviembre de 2019, en el que se señala que “a la vista de las facturas presentadas por la Federación Asturiana de Concejos correspondientes a la contratación de maquinista de tractor-desbrozador por un periodo de cuatro meses, y antes de proceder al reconocimiento de la obligación por esta Intervención, se emitió un informe de reparo por la ausencia en el expediente de documentos considerados requisitos básicos que deberán constar en el mismo antes de tomar el acuerdo del encargo./ Analizado con más profundidad el expediente y el RD 424/2017 (...), se llega a la conclusión de que no procedía formular reparo, ya que tal y como establece el artículo 12 el reparo (...) se formula cuando al examinar un expediente que se haya sometido a la fiscalización el Interventor se manifiesta en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados (...). En este expediente se produce una omisión de la función interventora, regulada en el artículo 28 del RD 424/2017 (...). Aunque la norma está pensando que exista un expediente en el que se ha omitido la función interventora, en muchos casos no existe expediente o está incompleto, pero el procedimiento es aplicable tanto si existe expediente que no se ha fiscalizado como si no existe expediente que fiscalizar./ El interventor tiene que emitir un informe que no tiene naturaleza de fiscalización”.

4. El día 22 de noviembre de 2019, la Interventora Municipal elabora un tercer informe que responde a lo previsto en el artículo 28.2 del ya citado Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, a la vista de “la propuesta de convalidación y de aprobación de la relación de gastos correspondientes al servicio de desbroce con tractor (...) que fueron realizados con omisión de la función interventora”.

En él detalla, bajo la rúbrica “exposición de los incumplimientos normativos”, que los gastos fiscalizados “corresponden a un encargo a medio propio personificado cuyo procedimiento viene regulado en el artículo 32 de la LCSP. En el expediente se ha obviado el procedimiento de contratación al no incluirse en el mismo (...): Documento que acredite que en los estatutos o acto de creación de la entidad destinataria del encargo se reconoce la condición de medio propio personificado del poder adjudicador que hace el encargo, con el contenido mínimo previsto en la letra d) del artículo 32 de la LCSP (...). Documento que acredite que más del 80 % de las actividades del ente destinataria del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo de conformidad con lo señalado en (...) los apartados 2 y 4 del artículo 32 de la LCSP. A estos efectos, se verificará que se hace mención al cumplimiento de estas circunstancias en la Memoria integrante de las cuentas anuales auditadas en las que resulta exigible (...). Informe del Servicio Jurídico (...). Consta documento técnico en el que se definen las actuaciones a realizar, pero no el correspondiente presupuesto elaborado de acuerdo con las tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio. El presupuesto que consta en el expediente está elaborado por la FACC (...). Que las prestaciones objeto del encargo están incluidas en el ámbito de actuación u objeto social de la entidad destinataria del mismo (...). Que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio vaya a contratar con terceros en su caso, conforme a la propuesta del encargo, no excede del 50 % de la cuantía del encargo, con las excepciones previstas en el artículo 32.7 de la LCSP (...). La conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que

vaya a ser medio propio (...). Se ha producido la omisión de la función interventora obligatoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116.3 de la LCSP y el RD 424/2017". Se reseña que consta en el expediente la retención de crédito y el documento técnico en el que se definen las actuaciones a realizar.

Bajo la rúbrica "determinación de la posibilidad y conveniencia de la revisión del acto dictado con infracción del ordenamiento jurídico", se expone que "se ha detectado la omisión de la función interventora e infracciones del ordenamiento jurídico que califican el acto como nulo por lo que procede, a mi entender, la revisión de oficio del acto dictado./ No obstante, la Alcaldía podrá solicitar los informes que considere oportunos y puedan aportar otros argumentos a la hora de motivar la resolución de convalidación de la omisión de la función interventora que hay que dictar en el expediente y que debe (...) concluir con la revisión del acto o con la aprobación de una indemnización a la FACC por importe igual a las facturas que constan en el expediente".

5. Mediante oficio de 18 de diciembre de 2019, se da traslado a la FACC de la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño de inicio del expediente de revisión de oficio, señalando que "deberá ser concluido en el plazo de 6 meses". La FACC acusa recibo de este oficio el 20 de diciembre de 2019.

6. Por Resolución de la Alcaldesa de 30 de diciembre de 2019, se acuerda incorporar la documentación obrante en el expediente de encargo y solicitar informe a la Oficina Técnica Municipal "sobre si los trabajos realizados en ejecución del encargo a la FACC se realizaron cumpliendo los términos del encargo y si el precio abonado se corresponde con el precio de mercado".

Asimismo se dispone comunicar a la FACC que, "de acuerdo con lo dispuesto en el art. 76 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (...), podrá en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio en defensa de

su derecho. También de acuerdo con el art. 77 de la misma Ley, podrán proponer cualquier medio de prueba en el plazo de diez días”.

7. Atendiendo al requerimiento efectuado, la Arquitecta Técnica Municipal informa, el 10 de enero de 2020, que “los trabajos se realizaron cumpliendo con los términos del encargo (...). Que, una vez consultadas varias empresas de trabajo temporal y el convenio que rige los trabajos objeto del servicio, se puede afirmar que los precios aplicados en las facturas señaladas se ajustan al precio de mercado”.

8. Evacuado el trámite de audiencia, la FACC interesa una ampliación del plazo ante la existencia de dificultades para acceder a la consulta telemática del expediente, y constatado que “actualmente la página web municipal se encuentra en mantenimiento” se resuelve “suspender el inicio del cómputo del periodo de alegaciones (...), reanudándose (...) en el momento en que la FACC pueda tener acceso al expediente”.

9. Mediante escrito presentado el 18 de febrero de 2020, la FACC formula diversas “consideraciones” en relación con la revisión de oficio del servicio de desbroce con tractor.

Procede a “esclarecer algunas de las dudas que desde la Intervención municipal se plantean en relación con el cumplimiento de los requisitos que resultan exigibles a la Federación Asturiana de Concejos para que pueda ser considerada medio propio de los 78 concejos asociados e integrantes de la misma, y en particular del Ayuntamiento de Carreño”, abordando puntualmente las distintas carencias apuntadas por la Intervención.

Tras reseñar que “la totalidad de las omisiones puestas de manifiesto traen su causa de una supuesta defectuosa tramitación interna del expediente administrativo por parte de la Administración local que, como es obvio, no resulta imputable en modo alguno a la Federación Asturiana de Concejos”, se denuncia la quiebra de los límites a la revisión de oficio, con alusión a la

“equidad”, y “razona” que si “se declarase la nulidad de lo actuado en relación con el encargo al medio propio (se) generaría un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración”.

10. Con fecha 5 de marzo de 2020, el Secretario Municipal elabora un informe propuesta en la que concluye que la Resolución de la Alcaldía por la que se encargó a la FACC, “como `medio propio´, el `servicio (...)´ incurre en causa de nulidad al haberse adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido legalmente”. Observa que “la liquidación del encargo” ha de comportar “el pago de una cantidad igual a la que resulte de las facturas que no fueron abonadas sin corrección alguna por los motivos expuestos”.

Detalla que “el `servicio de desbroce con tractor en el concejo de Carreño durante cuatro meses´ (...) puede ser considerado bien como trabajo a atender con personal propio, bien como servicio incluido en el ámbito material de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...), exigiéndose para su adjudicación la elaboración de un expediente en (el) que se incluya la preparación del contrato en los términos previstos en la Ley./ No obstante, si el servicio se encarga a entidad que tenga el carácter de medio propio con cumplimiento de los requisitos contemplados en el art. 32” de la LCSP “el encargo no tendrá la consideración de contrato, aunque sí deberá realizarse previo expediente tramitado al efecto en el que obren los trámites previstos en la normativa procedimental general y aquellos otros que resulten necesarios. En caso de necesidad de personal, los procedimientos son los aplicables a la selección de empleados públicos./ Cuando el expediente, en cualquiera de los casos, no se ajuste a lo señalado incurrirá en causa de invalidez cuyo grado dependerá de la naturaleza de la infracción. A estos efectos, tanto la LCSP como la Ley 39/2015, de 1 de octubre (...), establecen que serán nulos los actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido” -artículo 47.1.e) de la LPAC y 40 de la LCSP-.

Tras dejar constancia del “órgano competente” y de los “presupuestos jurídicos de la revisión de oficio”, se reseña que “en el acto administrativo de encargo al que se refiere el presente expediente concurre (...) la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e)” de la LPAC, “pues en el expediente tramitado de forma previa no se incorpora ni informe jurídico, ni análisis del coste del servicio estableciendo la necesaria comparación con el supuesto de licitación, ni fiscalización de la Intervención, ni justificación de no sometimiento del personal a dirección municipal, ni, en fin, justificación del carácter de medio propio de la entidad destinataria del encargo./ Por ello, el servicio se debería (...) haber licitado a través del procedimiento que, en atención a su cuantía y naturaleza, establece la LCSP para garantizar los principios rectores de la contratación pública. O, en su caso, el principio de igualdad en el acceso al empleo público./ Una vez realizado y ejecutado el expediente no es posible la subsanación a través de la reconstrucción (...) de un servicio ya realizado por entidad que, a los efectos de este Ayuntamiento, no justifica la concurrencia del supuesto hábil para excepcionar la obligación de licitar el servicio./ Por tanto, al haberse prescindido del procedimiento correspondiente y de los informes jurídicos, económico y de fiscalización que podrían haber puesto de manifiesto un correcto entendimiento de la normativa contractual pública, concurre la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e)” de la LPAC.

Añade que la declaración de nulidad del encargo implica que el mismo “ha de liquidarse, dado que el servicio ya se ha prestado, mediante la devolución del valor de las prestaciones realizadas, debiendo, además, la parte que resulte culpable indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido (...). Por lo que se refiere a la determinación de la parte culpable, existe una concurrencia de culpas, dado que la actuación de la contrata ha tenido clara relevancia en el actuar municipal. No obstante, como de los informes emitidos y de lo declarado por la FACC se deduce que dicha entidad no aplica cantidad en concepto de beneficio industrial, la cuestión carece de trascendencia, a salvo de lo que resulte de la fiscalización del presente expediente”.

Se aprecia que, dada la posibilidad de establecer en la misma resolución declarativa de la nulidad la cuantía indemnizatoria, esta “sería la de las facturas emitidas y no abonadas”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de marzo de 2020, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del encargo como medio propio a la Federación Asturiana de Concejos del servicio de desbroce con tractor en el concejo de Carreño durante cuatro meses.

Se adjunta Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño, de 12 de marzo de 2020, por la que se acuerda suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Carreño se

halla debidamente legitimado en cuanto autor de las actuaciones cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC dispone que las “Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán 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 artículo 47.1”.

No obstante, el artículo 110 de la referida LPAC establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”. En el presente caso entendemos que no concurre en el procedimiento ninguno de los límites señalados. Al respecto, si bien la FACC alude al principio de “equidad”, no se aprecian circunstancias por las que no deba examinarse la nulidad del encargo para su ulterior liquidación conforme a derecho, habida cuenta de que en esa liquidación quedaría proscrito, en todo caso, el enriquecimiento injusto de una u otra parte.

CUARTA.- Con relación a la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de examinar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la asociación interesada, se ha adoptado una resolución de iniciación y se ha elaborado un informe a modo de propuesta de resolución por la Secretaría del Ayuntamiento, exigido en el artículo 3.3.d).3.º del Real Decreto 128/2018, de

16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, en los procedimientos de revisión de oficio de actos de la entidad local (a excepción de los de naturaleza tributaria), dando así cumplimiento a la exigencia de informe de Secretaría y a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC. Consta asimismo la propuesta favorable de la Intervención Municipal a la revisión de oficio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local.

Sobre la competencia para acordar la revisión de oficio del encargo, se observa que la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al “órgano competente”. Por ello, tratándose de una entidad local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), y a su normativa de desarrollo. En concreto, a la hora de determinar qué órgano es competente, la norma reglamentaria de aplicación es la contenida en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Este precepto atribuye la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, disponiendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la LRBRL, “los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”.

Ciertamente, faltando una previsión concreta al respecto, parte de la doctrina consultiva ha considerado que de “una interpretación sistemática de los artículos 21 y 22 de dicha Ley 7/1985, de 2 de abril, parece que cabe entender que si para la declaración de lesividad de actos anulables la competencia es del Pleno (artículo 22.2.k), mientras que la iniciativa corresponde al Alcalde (artículo 21.1.l), la revisión de oficio de actos nulos de

pleno derecho debe someterse al mismo régimen, pues en otro caso se produciría una asimetría inaceptable; y más cuando el artículo 22.2.j) indica que corresponde al Pleno del Ayuntamiento `el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales´” (Dictámenes 1295/2011, de 29 de febrero de 2012, y 155/2013, de 18 de abril, del Consejo Consultivo de Castilla y León); pero no podemos obviar que el mencionado artículo 22.2.j) de la LRBRL ha sido reformado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, que, con manifiesta vocación de ampliar las competencias de la Alcaldía, restringe el ejercicio de acciones por el Pleno a las “materias de competencia plenaria”, al tiempo que atribuye al Alcalde el ejercicio de acciones judiciales y administrativas “en las materias de su competencia” y, “en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno”. Consecuentemente, este Consejo entiende que puede sostenerse la competencia de la Alcaldía para la revisión de oficio de sus propios actos (así lo ha declarado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre ellas, Sentencia de 27 de abril de 1988 -ECLI:ES:TS:1988:3053-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), y singularmente del encargo que se somete a esta revisión, toda vez que ninguna norma reserva su formalización a otro órgano municipal.

Por último, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Incoado el que analizamos por Resolución de la Alcaldía de 17 de diciembre de 2019, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún; operando además la suspensión del procedimiento hasta la emisión de dictamen por este Consejo, acordada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, así como la suspensión de plazos establecida en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus prórrogas.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad.

En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 26 de junio de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:2443-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), este Consejo viene reiterando (por todos, Dictamen Núm. 37/2020) que la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio debe ser restrictiva; de lo contrario perdería efectividad la garantía que entraña la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos de anulación distintos.

En el supuesto examinado, la revisión de oficio tiene por objeto declarar la nulidad de la Resolución de la Alcaldía de 30 de mayo de 2019 por la que se encarga a la Federación Asturiana de Concejos, en su condición de "medio propio", la prestación del "servicio de desbroce con tractor en el concejo de Carreño (...) durante un periodo de cuatro meses", por un importe total de 9.220,64 €.

Previamente a la apertura del procedimiento revisor la Interventora Municipal informa, en ejercicio de la función que le atribuye el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, que los gastos fiscalizados "corresponden a un encargo a medio propio personificado cuyo procedimiento viene regulado en el artículo 32 de la LCSP" y que "en el expediente se ha obviado el procedimiento", reseñando a continuación las carencias que observa en la formalización del encargo, tanto referidas a la constitución del medio propio como al encargo propiamente dicho; incumplimientos que asume

parcialmente con posterioridad el informe del Secretario Municipal y que se reproducen en la resolución de inicio de la revisión de oficio que ahora se examina.

En el trámite de alegaciones la FACC defiende su condición de medio propio regularmente constituido y con relación a las carencias del procedimiento para el encargo señala que el vicio no le es imputable, pues “la totalidad de las omisiones puestas de manifiesto traen su causa de una supuesta defectuosa tramitación interna del expediente administrativo por parte de la Administración local”. Justifica la FACC su válida constitución “como medio propio de los concejos asociados” documentando el acuerdo unánime de la Asamblea celebrada en 2018 -en la que estaba presente el Alcalde de Carreño-, la reforma y adecuación de sus Estatutos para incluir “la consideración de medio propio” a los efectos de poder desarrollar trabajos y servicios destinados a los Ayuntamientos federados -modificación estatutaria inscrita en el Registro de Asociaciones y de la que se ha incorporado una copia al expediente tramitado para la formalización del encargo-, el previo acuerdo asambleario por el que los concejos asociados “verifican que la Federación Asturiana de Concejos cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social” y la posterior publicación de su condición de medio propio en la plataforma de contratación del sector público y en su página web.

En el informe del Secretario Municipal se razona que “si el servicio se encarga a entidad que tenga el carácter de medio propio con cumplimiento de los requisitos contemplados en el art. 32” de la LCSP “el encargo no tendrá la consideración de contrato, aunque sí deberá realizarse previo expediente tramitado al efecto en el que obren los trámites previstos en la normativa procedimental general y aquellos otros que resulten necesarios”, observándose que “en el acto administrativo de encargo al que se refiere el presente expediente concurre (...) la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e)” de la LPAC, “pues en el expediente tramitado de forma previa no se incorpora ni informe jurídico, ni análisis del coste del servicio estableciendo la necesaria

comparación con el supuesto de licitación, ni fiscalización de la Intervención, ni justificación de no sometimiento del personal a dirección municipal, ni, en fin, justificación del carácter de medio propio de la entidad destinataria del encargo". Ante esta última carencia se sugiere que el procedimiento omitido pudiera ser acaso el de la correspondiente licitación conforme a la LCSP, o los procedimientos que garantizan la igualdad en el acceso al empleo público.

Planteada la controversia en estos términos, aunque en los informes que sustentan la revisión de oficio se invocan varias carencias de procedimiento es preciso deslindar los trámites exigibles para la formalización del encargo, que es en rigor el acto sometido a revisión de oficio, de los requisitos exigidos para la constitución de una entidad como medio propio.

Por lo que se refiere al encargo propiamente dicho, el legislador -que rechaza expresamente su calificación como contrato (artículo 32.6 de la LCSP)- no ha arbitrado un procedimiento específico para su formalización. Debe repararse además en que entre los requisitos exigidos para la constitución del medio propio -artículos 32 de la LCSP y 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP)- figuran ya los relativos a la suficiencia de medios del ente instrumental y su idoneidad o eficiencia frente a la licitación pública. Asimismo, debe tenerse en cuenta que tanto esta forma de "cooperación vertical" como las de "cooperación horizontal" (convenios) se vinculan a la potestad de autoorganización, y el encargo -a diferencia de otros instrumentos, como el convenio interadministrativo- se concibe como una encomienda a una entidad controlada por su matriz, insertándose en la esfera de su autoorganización para el cumplimiento de sus fines, lo que podría explicar la ausencia de un *iter* procedimental específico de aplicación general para la formalización de encargos a medios propios.

En efecto, los únicos trámites que el artículo 32 de la LCSP exige con carácter previo a la formalización de los encargos son los recogidos en el apartado 6 del precepto (autorización del Consejo de Ministros, previo informe del servicio jurídico y certificado de existencia de crédito), aplicables solo a

ciertos encargos realizados en el ámbito de la Administración General del Estado.

El resto de condicionantes impuestos por la LCSP -artículo 32- y por la LRJSP -artículo 86- aparecen referidos a la constitución del medio propio y no a cada encargo singular que se le confiera. Entre ellos, figura el relativo a la “verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social” -artículo 32.2, letra d), de la LCSP, a la que se remite el artículo 32.4 cuando se trata de medios propios de varios poderes adjudicadores-. Por su parte, el artículo 86.2 de la LRJSP explicita, para la Administración del Estado, la regla de que el encargo “sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica”, o bien que “resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia”; regla que es de aplicación general por remisión de la disposición final cuarta de la LCSP. Pero el propio artículo 86 de la LRJSP aclara, en su apartado 3, que a “la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior”, de modo que ha de asumirse o presumirse la suficiencia de medios personales y materiales del destinatario del encargo conforme a su objeto social cuando ha sido informada favorablemente por los órganos de control o fiscalización competentes en el momento de constitución del medio propio.

Ciertamente, la comprobación de tales requisitos (en particular, la idoneidad y eficiencia) en la fase de constitución del medio propio arroja indudables dificultades. De hecho, la Resolución de 16 de mayo de 2019, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueba la Instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la LRJSP en el ámbito de la Administración General del Estado advierte que, si bien el artículo 86 solo permite controlar la idoneidad y eficiencia en el momento inicial de atribución formal de la condición de medio propio,

“necesariamente se dan una serie de condicionantes que no es posible verificar en el momento de solicitud y solo podrán comprobarse de forma fidedigna con carácter posterior para cada uno de los encargos que realice el medio propio y servicio técnico, por lo que se hace necesario partir de una declaración responsable hecha por el solicitante y de la aportación de documentación que se establece en esta instrucción como solución alternativa”, sin perjuicio de que en el ejercicio singularizado de la función interventora sobre cada encargo se pueda controlar más concretamente la idoneidad y eficiencia.

Queda así de manifiesto que en la práctica -al no poder proyectarse el juicio de idoneidad y eficiencia sobre encargos futuros y eventualmente diversos o en entornos cambiantes- resulta conveniente articular ese control *uti singuli*.

En torno a su comprobación en el expediente de cada encargo, se advierten posiciones discordantes. Así, en la Resolución n.º 120/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se aprecia que la justificación de la mayor eficiencia del encargo frente a la contratación pública aparece referida al momento de la creación del medio propio, sin que resulte exigible que se acredite en cada encargo singular que se confiera, concluyéndose que “hay que atribuir una mera eficacia explicativa a las manifestaciones que, al efecto, se efectúan en la resolución de formalización del encargo”. En cambio, en la Resolución 41/2019, de 19 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía se razona, tras advertir que el artículo 86 de la LRJSP es norma básica, que el control de eficiencia que regula no solo se aplica al momento de declaración del medio propio como tal, sino también a las encomiendas singulares, pues “al objeto de controlar el cumplimiento en la actuación de la Administración del principio de eficiencia es preciso que en la memoria justificativa del encargo se expliciten las razones por las que el recurso al encargo resulta más eficiente en sentido amplio que el recurso a la contratación pública”, si bien en

el supuesto enjuiciado se concluye que en el expediente se había introducido una memoria que motivaba de manera suficiente tal eficiencia.

En el caso examinado, el informe de la Interventora Municipal sustenta la invalidez del encargo a partir de la comprobación de los extremos -algunos de los cuales considera omitidos- que han de ser objeto de comprobación en aplicación de lo establecido en el artículo 13 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, que a su vez se remite a la fiscalización de los “fijados en el Acuerdo del Consejo de Ministros, vigente en cada momento, con respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos, en aquellos supuestos que sean de aplicación a las Entidades Locales”, y que conducen a la verificación de los recogidos en el apartado octavo, punto 2, de la Resolución de 25 de julio de 2018, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios. Sin embargo, aparte de que la consideración que merezcan unos u otros extremos a efectos de la comprobación limitada no presupone que su ausencia comporte un vicio de nulidad radical, del apartado 8.2.a) de la citada Resolución de 25 de julio de 2018 se deduce que el cumplimiento por las entidades locales del control de idoneidad sí sería fiscalizable ex ante -esto es, el que procede para reconocerle a un medio la condición de propio-, pero no cabe inferir que el control de los requisitos de suficiencia y eficiencia sea preceptivamente exigible en cada supuesto de encargo singular.

Por otro lado debe observarse que, no siendo el encargo un contrato, las causas de nulidad radical aquí aplicables serían las comunes de la LPAC, en cuyo artículo 47.1.e) se incluye la relativa a prescindir “total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido” que aquí se invoca.

No obstante, interesa resaltar 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 incurrir 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 este 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 el supuesto planteado, se ventila una nulidad por ausencia de procedimiento que ha de examinarse en relación con los requisitos exigibles para la formalización del encargo. Se observa que el Ayuntamiento alude también a una nulidad por omisión del procedimiento de licitación correspondiente, al entender que el destinatario no reunía la condición de

medio propio. Al respecto, y sin perjuicio de posteriores consideraciones, se advierte que la alteración del cauce a seguir para la contratación de un servicio es causa de nulidad radical cuando se aplica un procedimiento distinto al que el negocio -en sí mismo- reclama, por su propia naturaleza o contenido. Sin embargo, en el supuesto de encargos a medios propios no nos enfrentamos a un negocio cuyos caracteres impongan acudir a una u otra vía -la del encargo o la de la licitación-, sino que, comprendido en el objeto social del medio propio, puede directamente adjudicársele -eso sí a través del oportuno expediente de encargo-, y de no reunir el ente instrumental los requisitos exigidos para atender esta encomienda como medio propio el encargo sería meramente anulable -artículo 40 de la LCSP- y por una circunstancia ajena al negocio en sí mismo. Esto es, del incumplimiento de los condicionantes de medio propio no cabe deducir la nulidad del encargo por omisión del procedimiento de licitación, pues el legislador califica específicamente de mera anulabilidad aquella inobservancia.

Centrándonos en las omisiones que la Intervención y la Secretaría municipales aprecian en el encargo se observa que, en rigor, algunas de las deficiencias invocadas no atañen al cauce procedimental del encargo, sino a premisas previas o posteriores a su formalización. Así, la Intervención alude al requisito de que “el importe de las prestaciones parciales que el medio propio vaya a contratar con terceros en su caso, conforme a la propuesta del encargo, no excede del 50 % de la cuantía del encargo”, pero tal exigencia solo podría encerrar un vicio de anulabilidad de constatarse que se ha superado el porcentaje legal, lo que aquí no se cuestiona, y en el expediente consta el informe de auditoría que avala el cumplimiento del requisito. Por otro lado, la Secretaría se refiere a las exigencias derivadas de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público y al “no sometimiento del personal a dirección municipal”, pero no cabe anticiparse o presumirse su incumplimiento por la FACC en la ejecución del encargo ni supeditar la validez de la encomienda a un requisito secundario al negocio jurídico que aquí se impugna. También se alude a la ausencia de formal acreditación de ciertos

extremos que ya han de constar al Consistorio antes de la formalización del encargo, como “la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio” o “que en los estatutos o acto de creación de la entidad destinataria del encargo se reconoce la condición de medio propio personificado del poder adjudicador que hace el encargo, con el contenido mínimo previsto en la letra d) del artículo 32 de la LCSP”; o a requerimientos cuyo incumplimiento no se objetiva, como el relativo a “que más del 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados” por los poderes adjudicadores que le hacen encargos, exigencia que se verifica además en el informe de auditoría que se incorpora al expediente. Otras de las carencias apuntadas no revisten entidad suficiente para la anulación del encargo, atendida la singularidad de un medio propio de 78 poderes adjudicadores y el asentimiento del Ayuntamiento de Carreño, como la relativa a “las tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio”, incardinable a lo sumo entre los supuestos de mera anulabilidad y observándose además aquí que el presupuesto remitido por la FACC se basa en “las tarifas aprobadas por la Comisión Ejecutiva”. Y otras deficiencias invocadas constan “formalmente” cumplidas y acreditadas, como las referidas a la “justificación del carácter de medio propio de la entidad destinataria del encargo” o a que las prestaciones objeto del mismo estén “incluidas en el ámbito de actuación u objeto social de la entidad destinataria”, extremos sobre los que más adelante hemos de incidir.

Respecto a la exigencia de informe jurídico y a “la omisión de la función interventora obligatoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116.3 de la LCSP”, se advierte que no se cuestiona aquí la oportuna retención de crédito por la Intervención municipal y, más allá, no se constatan disposiciones normativas específicas que exijan la preceptiva emisión de esos informes en el cauce de formalización de un encargo por una entidad local a un medio propio, pues la regla del artículo 32.6 de la LCSP que contempla ciertos informes se refiere a las entidades del sector público estatal. En este sentido,

su conveniencia o exigencia ha de deducirse de los cometidos generales o comunes de los Secretarios municipales o de disposiciones subordinadas sobre el ejercicio de la función interventora. Además, ha de recordarse que un encargo a un medio propio no es un contrato, de ahí que no le sea aplicable el artículo 116.3 de la LCSP.

Ciertamente, conforme razonamos y aun existiendo interpretaciones contrapuestas, cabría inferir la necesidad de informe de intervención -extensivo a la idoneidad- con ocasión de cada encargo singular, tal como se aprecia en la Resolución 41/2019, de 19 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, anteriormente citada. Pero si el incumplimiento de los condicionantes de idoneidad y eficiencia se encuadra por el legislador entre los supuestos de mera anulabilidad cuando aborda su inobservancia como requisitos "relativos a la condición de medio propio" -artículo 40 de la LCSP-, difícilmente puede sostenerse que la omisión de su examen en un momento distinto y posterior al pautado expresamente por el legislador pueda calificarse como un supuesto de nulidad radical. Es más, de entenderse -siguiendo el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución n.º 120/2019)- que la justificación que se incorpore con ocasión de cada encargo reviste "una mera eficacia explicativa" no estaríamos en ningún caso ante una causa de nulidad.

Tampoco puede obviarse que el expediente del encargo aquí examinado fue formalizado con conocimiento de la Secretaría y de la Intervención -constando la retención de crédito por el importe presupuestado-, por lo que no puede razonablemente presumirse que el contenido de los informes que no se incorporan hubiera alterado la instrucción del encargo.

Todo ello pugna, en definitiva, con la sanción de nulidad absoluta por vicio de procedimiento que se reserva, según reiterada jurisprudencia, para los supuestos en que la omisión del procedimiento sea "clara, manifiesta y ostensible" (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de

2017 -ECLI:ES:TS:2017:333-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

Singular detenimiento merece, como se advirtió anteriormente, la invocada ausencia de “análisis del coste del servicio estableciendo la necesaria comparación con el supuesto de licitación”, en relación con la preexistencia de medios adecuados en la FACC para ejecutar el encargo.

Tal como razona la Resolución n.º 120/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “el encargo al medio propio personificado se configura como una excepción a la contratación pública” que debe ser objeto de interpretación restrictiva, lo que conlleva la necesidad de justificar la mayor idoneidad del encargo a medios propios frente a la licitación pública.

Aunque el legislador -como ya reseñamos- refiere aquella justificación al momento de la creación o constitución del medio propio, algunos pronunciamientos de los tribunales administrativos de recursos contractuales la extienden a la posterior concreción de cada encomienda, observándose que en el supuesto examinado no se ha aportado ningún informe o estudio que acredite, con suficiente especificación y concreción, la mayor idoneidad de la encomienda frente a la contratación pública, o una razón de seguridad pública o de urgencia. Al extenso presupuesto remitido por la FACC se acompaña, no obstante, una adecuada justificación de que dispone de los medios suficientes e idóneos para realizar el servicio que el Ayuntamiento precisaba.

A juicio de este Consejo, desde los planos lógico y teleológico, suscita razonables dudas que una entidad pueda constituirse en medio propio apto para ejecutar en favor de una Administración pública todo tipo de obras o prestaciones, actuando *de facto* como gestora universal, en mérito a una declaración genérica de capacidad y aptitud que exima de ulteriores justificaciones. Por esa misma ratio, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aplica un criterio restrictivo cuando se enfrenta a encargos a un medio propio que dudosamente encajan en su objeto social. De hecho, como es manifiesto, ese objeto social incluye habitualmente una pluralidad de actividades o sectores caracterizados por un cierto grado de

homogeneidad, y esa delimitación previa de los cometidos a desarrollar resulta ciertamente necesaria para valorar tanto la suficiencia de medios en el ente instrumental como la mayor eficiencia del encargo frente a la contratación pública.

En definitiva, visto que los Estatutos de la FACC recogen en su artículo 4.1.f) que “se declara la condición de esta entidad como medio propio de las entidades asociadas y de sus entes dependientes para la prestación de cualesquiera servicios a favor de estas”, y que por Acuerdo de su Asamblea General, en sesión celebrada el 23 de marzo de 2018, “los concejos federados verifican que la Federación Asturiana de Concejos cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social” -heterogeneidad de encomiendas que se aprecia en la recopilación pública de los encargos que viene asumiendo-, se deduce que la amplitud e indeterminación de ese objeto obstaculiza la efectiva acreditación preliminar de la suficiencia de medios y la eficiencia de cualesquiera encargos que asuma. En esta línea -partiendo de la regular constitución de la FACC como medio propio, cuyas eventuales carencias integrarían un supuesto de mera anulabilidad porque así lo ha establecido el propio legislador en la LCSP-, no puede dejar de observarse que esas condiciones que la ley anticipa al momento de creación del ente instrumental, y que no pudieron materialmente atenderse entonces, habrían de acreditarse con ocasión de cada encargo -o género de encargos- so pena de burlar el fondo de justificación que el legislador -estatal y europeo- impone para esta excepción a la contratación en libre competencia. De lo anterior se deriva que el encargo examinado incurre en un vicio, en la medida en que su eficiencia no pudo en rigor justificarse al tiempo de la constitución del medio propio y no se justificó en el cauce que condujo a la formalización del encargo. Sin embargo, tal como razonamos, calificado ese vicio como de mera anulabilidad cuando la omisión afecta a la constitución del medio propio -artículo 40 de la LCSP-, no puede anudársele una sanción de nulidad radical cuando se omite en el expediente relativo a cada encargo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño de 30 de mayo de 2019 por la que se formaliza el encargo a la FACC del servicio de desbroce con tractor.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
LA PRESIDENTA,