

Dictamen n.º: **335/23**
Consulta: **Alcalde de Valdemoro**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **22.06.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 22 de junio de 2023, sobre la consulta formulada por el alcalde de Valdemoro, a través del consejero de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre sobre declaración de nulidad de pleno derecho de la adjudicación realizada a la empresa municipal GESTIÓN DE SUELO Y VIVIENDA DE VALDEMORO, S.A., encomendándole la prestación de los servicios de eventos municipales en los meses de enero y febrero de 2021.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 1 de junio de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen formulada por el alcalde de Valdemoro, sobre la declaración de nulidad de un acto administrativo que no se precisa, para el reconocimiento de facturas a la empresa municipal Gestión de Suelo y Vivienda de Valdemoro, S.A. (GESVIVAL), por la prestación de servicios correspondientes al pago de horas extraordinarias empleadas en eventos municipales durante los meses de enero y febrero de 2021.

A dicho expediente se la asignó el número 318/23, comenzando el plazo para la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, de acuerdo con lo dispuesto en su Reglamento de Organización y Funcionamiento aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido al letrado vocal, D. Carlos Hernández Claverie, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en sesión celebrada el día 22 de junio de 2023.

SEGUNDO.- Examinado el expediente remitido resultan los siguientes hechos de interés para la resolución del presente procedimiento:

El 11 de agosto de 2017 se constituyó la empresa GESVIVAL, con capital exclusivo del Ayuntamiento de Valdemoro, y cuyos estatutos establecen que tendrá la consideración de medio propio y servicio técnico del ayuntamiento.

Con fecha 27 de septiembre de 2018, el Pleno del ayuntamiento efectuó encargo a dicha sociedad pública municipal para la gestión directa y descentralizada de servicios municipales. El citado encargo finalizó el 30 de noviembre de 2019, sin que fuera prorrogado, aprobándose un nuevo encargo por el Pleno del ayuntamiento el 30 de marzo de 2021.

En los meses de enero y febrero de 2021 la empresa municipal realizó actividades en eventos municipales que fueron facturados conforme a la tarifa establecida en la memoria técnica del encargo aprobado en 2018, ascendiendo su importe a 13.324,56 euros y 396,01 euros por cada uno de los respectivos meses.

Con fechas 24 de febrero y 22 de marzo de 2021 el departamento municipal competente en materia de servicios informa favorablemente las facturas presentadas por la sociedad municipal, indicando que corresponde a prestaciones realizadas conforme al encargo de gestión aprobado con fecha 27 de septiembre de 2018 y ajustado a las tarifas fijadas en el mismo.

El 11 de mayo de 2022 la Intervención General del municipio emite informes en relación con las facturas reseñadas, en los que pone de manifestó que corresponden a prestaciones de servicios efectivamente realizados, pero omitiéndose el procedimiento legalmente establecido, lo que llevaría a una nulidad del acto de contratación lo que hace que proceda la revisión de oficio, cuyo inicio propone.

Con fecha 31 de mayo de 2022 se elabora una memoria por el órgano gestor del servicio indicando que la prestación se ha realizado por la empresa municipal, que continúa siendo un medio propio y, si bien debería haberse tramitado la prórroga del encargo suscrito en 2018, se realizó uno nuevo en marzo de 2021, que actualmente está vigente, añadiendo que las prestaciones del encargo se han venido realizando sin solución de continuidad.

Con fecha 3 de junio de 2022 se dio audiencia a la empresa municipal prestadora del servicio, sin que se formularan alegaciones.

El 9 de marzo de 2023 se dicta providencia de la Alcaldía por la que se solicita informe jurídico de la Secretaría General sobre la revisión de oficio respecto de las facturas emitidas por la empresa pública citada.

Con fecha 28 de marzo de 2023 el secretario municipal emite informe favorable a la revisión de oficio por considerar que las facturas carecen de sustento contractual, lo que implica que se ha prescindido total y

absolutamente del procedimiento establecido para contratar servicios y los principios que deben regir la contratación pública.

El 20 de abril de 2023 se emite nuevo informe por la Intervención en el que se señala que los servicios por la empresa municipal GESVIVAL se vienen realizando sin contrato formalizado desde el 1 de diciembre de 2019 hasta el 28 de febrero de 2021.

El 3 de mayo de 2023 el órgano gestor emite informe propuesta en el sentido de iniciar la revisión de oficio del acto por considerar que se encuentra incurso en causa de nulidad, en virtud de los preceptos que considera de aplicación, y con el fin de declarar la nulidad del acto y obtener el título jurídico que permita la imputación presupuestaria de la obligación indebidamente contraída.

Con igual fecha el alcalde formula al Pleno, propuesta de inicio del procedimiento de revisión de oficio, de acuerdo con los informes aportados por los servicios municipales.

El 9 de mayo de 2023 el Pleno de ayuntamiento aprueba la propuesta y acuerda el inicio del procedimiento de revisión de oficio a fin de proceder al reconocimiento extrajudicial de crédito de las facturas presentadas por su empresa municipal correspondiente a servicios prestados en los meses de enero y febrero de 2021.

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre y a solicitud del alcalde de Valdemoro, conforme establece el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que permite a las corporaciones locales revisar sus actos y acuerdos con remisión a los términos y alcances que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común.

Igualmente, los artículos 4.1.g) y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos y resoluciones, con remisión al procedimiento administrativo común.

Así, el artículo 106.1 LPAC regula la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC.

Del referido artículo 106.1 de la LPAC se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente. La referencia que el artículo 106.1 de la LPAC hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDA.- En lo que se refiere a la tramitación de la revisión de oficio, la LPAC no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a

señalar la preceptividad del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda.

Por ello, han de entenderse de aplicación las normas generales recogidas en el título IV del citado cuerpo legal, denominado “*de las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común*”, con la singularidad de que el dictamen del órgano consultivo reviste carácter preceptivo y habilitante de la revisión pretendida.

Como hemos tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, la tramitación de los procedimientos de revisión de oficio comprende, en primer lugar, el acuerdo de inicio del procedimiento adoptado por órgano competente. En este punto el artículo 41.3 de la LCSP/2017 dispone que:

“Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”.

Cabe añadir que, de acuerdo con 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, corresponde a la Secretaría la emisión de informe en los procedimientos de revisión de oficio de actos de la Entidad Local, a excepción de los actos de naturaleza tributaria. En el presente supuesto

se ha emitido el informe del secretario con carácter previo al inicio del procedimiento de revisión, pronunciándose sobre la procedencia del mismo. Dado su contenido, en aras de la economía del procedimiento, cabría admitir su incorporación dentro del propio procedimiento de revisión de oficio.

Como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 106.1 de la LPAC, se impone la audiencia del interesado, trámite contemplado con carácter general en el artículo 82 de la LPAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos. El correcto desarrollo procedimental demanda que dicho trámite se sustancie una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, según dispone el artículo 82 de la LPAC.

En este caso, no consta audiencia a la empresa municipal prestadora del servicio, obrando únicamente una comunicación ante el informe de la intervención sobre las facturas presentadas. Ciertamente, aun cuando estamos ante un supuesto *sui generis*, al tratarse la interesada de un medio propio de la propia administración municipal, en tanto tiene personalidad jurídica propia, no cabría omitir este trámite esencial, lo que obligaría a retrotraer el procedimiento para su debida cumplimentación.

No obstante lo expuesto, cabe analizar el resto del procedimiento y de la procedencia o no de la revisión, dado que, de poderse concluir en sentido desfavorable, resultaría innecesaria esa nueva tramitación.

Así, examinando el resto de los trámites, cabe recordar que, con carácter previo a la solicitud de dictamen del órgano consultivo, debe redactarse la propuesta de resolución en la que la Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada,

con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad con la motivación que exige el artículo 35.1.b) de la LPAC.

En el presente caso, consta la propuesta de resolución firmada por el alcalde de inicio del procedimiento de revisión de oficio, en la que viene a analizar su procedencia y, en tanto que no se han tenido en cuenta ningún dato nuevo, cabe entender que es la propuesta de resolución de la revisión de oficio. Sobre esa propuesta, cabría exigir la precisión del acto administrativo que se pretende revisar, si bien de los antecedentes y fundamentación jurídica se deduce que es la adjudicación o encargo a la sociedad municipal GESVIVAL de servicios correspondientes a los meses enero y febrero de 2021.

En cuanto al plazo, al tratarse de una solicitud de revisión de oficio iniciada por la propia Administración el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución produciría la caducidad del mismo. En este caso el inicio se acordó por el Pleno del ayuntamiento el 3 de mayo de 2023, por lo que el procedimiento no habría caducado a la fecha de la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

TERCERA.- Respecto de la potestad de revisión de oficio, esta Comisión (por ejemplo en los dictámenes núm. 522/16 de 17 de noviembre, 82/17, 85/17 y 88/17 de 23 de febrero y 97/18, de 1 de marzo) ha venido sosteniendo reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efecto sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva tal como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, n.º 458/2016, de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016), que hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio 2004, y

sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014), que cita reiterada jurisprudencia, la revisión de oficio aparece como: *“(...) un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”*.

Se trata de una potestad cuyo ejercicio requiere una especial ponderación ya que, como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (recurso 122/2016) y de 1 de abril de 2019 (recurso 1187/2017):

«El procedimiento de revisión de actos nulos de pleno Derecho constituye un cauce extraordinario para, en determinados y tasados supuestos..., expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones que, no obstante su firmeza, incurren en las más groseras infracciones del ordenamiento jurídico. Sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando ésta es vulnerada de manera radical. Por ello, dada la "gravedad" de la solución, se requiere dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano equivalente de la respectiva comunidad autónoma, si lo hubiere (artículo 217.4 LGT segundo párrafo)».

Por ello, subraya la citada sentencia que se trata de un procedimiento excepcional, que solo puede seguirse por alguno de los supuestos tasados y que *“debe ser abordado con talante restrictivo”*.

En cuanto potestad exorbitante de la Administración frente a la regla general de que nadie puede ir contra sus propios actos, la carga de la prueba de la existencia de motivos de nulidad corresponde a la Administración como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011).

CUARTA.- En el presente caso, la propuesta de resolución sostiene que se ha llevado a cabo la contratación prescindiéndose del procedimiento legalmente establecido, por lo que invoca como fundamento de la revisión que se pretende la causa prevista en la letra e) del artículo 47.1 de la LPAC (*“los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*).

En relación con la mencionada causa de nulidad es doctrina de este Comisión, en línea con la establecida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, limitar su aplicación a aquellos casos en que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido y en los que se han omitido trámites esenciales.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012 (recurso núm.1966/2011) recuerda lo siguiente:

“(…) Nuestra jurisprudencia ha señalado que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los tramites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de éste o de alguno de los tramites esenciales o fundamentales, de modo que el defecto sea de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento como ha entendido esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 9900/2003) y de 9 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5481/2008)”.

También hemos señalado en nuestros dictámenes que, en el ámbito de la contratación administrativa, la legislación es especialmente rigurosa al exigir el cumplimiento de los trámites en garantía no solo del interés público, sino también del respeto a principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de publicidad y concurrencia, así como los de igualdad y no discriminación.

En el presente supuesto, se acude a la legislación de contratos del sector público considerándose que se han vulnerado los principios previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17).

Ciertamente la adjudicación de los contratos sin procedimiento alguno constituye una causa de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 39 LCSP en relación con el artículo 47 de la Ley 39/2015.

Sin embargo, como consta en el expediente, la empresa prestadora del servicio es una empresa municipal que tiene la consideración de medio propio y servicio técnico del ayuntamiento, recogándose en sus estatutos que no podrá realizar actividades para otras entidades públicas o privadas ni participar en licitaciones públicas.

Como se ha recogido en los antecedentes, esa sociedad municipal tiene el encargo de prestación de servicios municipales desde marzo de 2021, habiendo terminado el anterior en diciembre de 2019.

A este respecto, cabe recordar que el artículo 32 LCSP/17 dispone: *“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, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos,*

ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.

Ciertamente, la utilización de medios instrumentales para la gestión de servicios propios, conocida en la terminología inglesa como *in house providing*, carece de la consideración de contrato, tal y como recuerdan el artículo 32 apartados 1 y 6 LCSP/17, por lo que cabe excluir cualquier necesidad de sometimiento a los requisitos para la adjudicación prevista para los mismos.

La exclusión del procedimiento previsto para los contratos no excluye el sometimiento de los encargos a unos requisitos del ente instrumental y de procedimiento, que vienen detallados en el citado artículo 32, encontrándose entre ellos la formalización del encargo, que deberá especificar la duración del mismo.

En el caso de la empresa GESVIVAL, como hemos ya manifestado, está constituida como medio propio, y si bien carecemos de datos que nos permitan valorar si reúne los requisitos establecidos legalmente para la validez del encargo, la observancia de ellos no constituiría causa de nulidad de pleno derecho, por mor del artículo 40 de la LCSP/17 que así lo establece expresamente. También construiría una causa de mera anulabilidad el haberse realizado la prestación por la empresa instrumental una vez concluida la duración del encargo previamente formalizado y días antes de la formalización del nuevo. En efecto, estos defectos formales no transforman la prestación de servicios en un contrato ni supone una elusión de la necesidad concurrencial exigible para los mismos, siendo vicios susceptibles de ser catalogados como causas de

anulabilidad, al no revestir entidad suficiente para ser constitutivos de vicios de nulidad de pleno derecho ni, por ende, ser motivo de revisión de oficio del encargo extemporáneo.

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”*. Y con enorme acierto recuerda: *«respecto a ese precepto procede advertir que en el borrador delante proyecto 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».

Lo expuesto no excluye el deber del ayuntamiento de hacer frente a las facturas, al haberse realizado la prestación de los servicios encargados a su empresa, lo que podría realizar a través de la correspondiente convalidación.

A este respecto, cabe reiterar el carácter excepcional que presenta la revisión de oficio y en ese sentido, el artículo 28 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, a efectos de su propuesta por los interventores, recuerda que para valorar la conveniencia de la revisión de oficio *“se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, sólo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone”*.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

El procedimiento de revisión de oficio adolece de un vicio de nulidad al haberse omitido el trámite de audiencia sin que, en todo caso, proceda

la revisión de oficio del encargo realizado a la empresa municipal Gestión de Suelo y Vivienda de Valdemoro, S.A.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 22 de junio de 2023

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 335/23

Sr. Alcalde de Valdemoro

Pza. de la Constitución, 11 – 28340 Valdemoro