

Dictamen nº: **460/22**
Consulta: **Alcalde de Valdemoro**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **12.07.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 12 de julio de 2022, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el alcalde de Valdemoro, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de revisión de oficio para declarar la nulidad de la contratación verbal con la UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU – TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU, para los servicios de comunicaciones fijas de voz, datos y móviles del citado ayuntamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de junio de 2022 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Ayuntamiento de Valdemoro en relación con el procedimiento de revisión de oficio citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 446/22, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora,

aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit quien formuló y firmó la propuesta de dictamen que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 12 de julio de 2022.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, numerada y foliada, que se considera suficiente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos, de interés para la emisión del dictamen:

1.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valdemoro aprobó, mediante Acuerdo de 15 de marzo de 2017, el expediente de contratación e inicio del procedimiento de adjudicación, a través del procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación del contrato denominado “*Servicio de comunicaciones fijas de voz, datos y móviles del Ayuntamiento de Valdemoro*” (expediente 100/16).

Se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y los pliegos de prescripciones técnicas (PPT) que habían de regir el procedimiento de contratación y se autorizó el gasto por un importe de 181.500 € IVA incluido con cargo a la aplicación presupuestaria 491 222.00.

Mediante acuerdo adoptado en Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria de fecha 31 de julio de 2017 se aprobó adjudicar, una vez cumplido con el requerimiento realizado al licitador que había presentado la oferta económicamente más ventajosa en el procedimiento abierto, a favor de las mercantiles TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. y TELÉFONICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., constituidas en UTE, con fecha 20 de junio de 2017, denominada TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.-TELÉFONICA

MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (UTE Tde-Tme DIxx), por un importe total de 176.659,73 euros impuestos incluidos, siendo la base imponible 145.999,78 euros y el IVA 30.659,95 euros.

El plazo de duración del contrato se estipulaba en dos años a contar desde la formalización del mismo, pudiéndose prorrogar por mutuo acuerdo entre las partes antes de la finalización de aquél, por un período de hasta dos años, conforme a lo previsto en la cláusula 4 del PPT.

El contrato se formalizó el día 4 de septiembre de 2017.

2.- El día 29 de agosto de 2019 se aprobó la prórroga del contrato por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valdemoro.

3.- Con fecha 10 de diciembre de 2021 tuvo entrada en el registro de la plataforma de facturación del Ayuntamiento de Valdemoro la factura emitida por la UTE anteriormente citada nº 90LLUT0A0012, por importe de 7.360,82 € (IVA incluido), por el período comprendido entre los días 1 y 31 de diciembre de 2021, de conformidad con el expediente de contratación 100/2017.

4.- El día 27 de diciembre de 2021 la técnica de Innovación Tecnológica del Ayuntamiento de Valdemoro emitió informe favorable al pago, “*dado que la factura es correcta y no existe inconveniente alguno para su tramitación*”, proponiendo la autorización y disposición del gasto y la aprobación de factura y el reconocimiento de la obligación en concepto de “*Servicio de Comunicaciones fijas de voz, datos y móviles del Ayuntamiento de Valdemoro*”, correspondiente al mes de diciembre de 2021, emitido por la UTE, por el importe total 7.360,82 € IVA incluido.

El informe pone de manifiesto cómo el 31 de agosto de 2021 finalizó la prórroga aprobada por la Junta de Gobierno Local el día 29 de agosto de 2019, y que se han iniciado los trámites para iniciar el procedimiento

para la contratación de los servicios de comunicaciones fijas de voz, datos y móviles del ayuntamiento. Según el informe, para evitar que se pudiera producir el corte de suministro por parte del proveedor por falta de pago, con el consiguiente perjuicio para el interés público, este gasto debe consignarse con cargo a la partida presupuestaria 491-222.00 del ejercicio 2021.

5.- Con fecha 21 de enero de 2022 tuvo entrada en el registro de la plataforma de facturación del Ayuntamiento de Valdemoro nueva factura emitida por la UTE anteriormente citada, factura nº 90LLUT0B0001, por importe de 7.360,82 € (IVA incluido), por el período comprendido entre los días 1 y 31 de enero de 2022, de conformidad con el expediente de contratación 100/2017.

6.- El día 26 de enero de 2022 la técnico de Innovación Tecnológica del Ayuntamiento de Valdemoro emite nuevo informe, de contenido similar al expuesto anteriormente en el punto 4, en relación con la nueva factura, al considerarla correcta y no existir inconveniente alguna para su tramitación.

7.- Con fecha 4 de febrero de 2022 la técnico de Innovación Tecnológica del Ayuntamiento de Valdemoro elabora memoria en relación con las factura nº 90LLUT0A0012 en la que pone de manifiesto cómo la factura se corresponde con la prestación del servicio de comunicaciones fijas de voz, datos y móviles del Ayuntamiento de Valdemoro durante el mes de diciembre de 2021; que se trata de un gasto comprometido sin licitación previa, debiendo tener en cuenta que la falta de pago podría producir el corte de suministro, lo que podría causar perjuicios al interés público y que, en caso de iniciarse la revisión de oficio e instarse la suspensión de la ejecución del acto por la autoridad competente, se podrían causar graves perjuicios en el patrimonio de la prestataria así como una lesión grave al interés público, al producirse una paralización de la actividad municipal.

Con esa misma fecha, 4 de febrero de 2022, la técnica de Innovación Tecnológica del Ayuntamiento de Valdemoro elabora memoria que justifica el pago de la factura nº 90LLUT0B0001 de contenido similar al relacionado para la factura de diciembre de 2021.

8.- A la vista de las anteriores facturas, la Intervención General emite informe los días 9 de febrero (nº 90LLUT0A0012) y 8 de febrero (factura nº 90LLUT0B0001) en los que se fiscaliza en disconformidad las memorias del órgano gestor para el reconocimiento del crédito correspondientes a las dos facturas. El interventor general del ayuntamiento considera que los citados actos administrativos pudieran estar incursos en causa de nulidad de pleno derecho [artículos 47 y 106 ley 39/2015, 1 octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y artículo 40 de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público) en relación con lo dispuesto en el art.30.e de la ley 2/2003 del 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, según el cual el Alcalde o el Pleno es el órgano competente para resolver los procedimientos de revisión de oficio en materias de su competencia y según la doctrina mencionada anteriormente, deberá valorarse jurídicamente si debe iniciarse expediente de revisión de oficio, si concurre el supuesto de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1.e) de la LPAC, referida a los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

9.- El día 10 de febrero de 2022 la técnica de Innovación Tecnológica del Ayuntamiento de Valdemoro firma escrito de emplazamiento para dar audiencia a la UTE contratista al haberse *“iniciado expediente para la declaración de inexistencia de contrato y el consiguiente reconocimiento de las obligaciones de las facturas que se indican”*.

10.- Con fecha 10 de febrero de 2022 tuvo entrada en el registro de la plataforma de facturación del Ayuntamiento de Valdemoro nueva

factura emitida por la UTE anteriormente citada, factura nº 90LLUTOB0002, por importe de 7.360,82 € (IVA incluido), por el período comprendido entre los días 1 y 28 de febrero de 2022, de conformidad con el expediente de contratación 100/2017.

11.- El día 14 de febrero de 2022 la técnica de Innovación Tecnológica solicita informe jurídico al secretario general del Ayuntamiento de Valdemoro sobre la posible revisión de oficio del presunto acto nulo de pleno derecho en relación con las dos primeras facturas recibidas.

12.- Con esa misma fecha, 14 de febrero de 2022, la técnico de Innovación Tecnológica del Ayuntamiento de Valdemoro firma escrito de emplazamiento, en relación con la tercera factura presentada, para dar audiencia a la UTE contratista al haberse *“iniciado expediente para la declaración de inexistencia de contrato y el consiguiente reconocimiento de las obligación de las facturas que se indican”*.

13.- En relación con la última de las facturas presentada el día 10 de febrero de 2022 correspondiente a la facturación de los servicios correspondientes al mes de febrero de 2022, el día 23 de febrero de 2022 se emite informe por la técnico de Innovación Tecnológica del Ayuntamiento de Valdemoro favorable al pago de la factura al considerarse correcta y no existir inconveniente alguno para su tramitación, a pesar de poner de manifiesto la finalización de la prórroga del contrato acordada el día 29 de agosto de 2019.

Asimismo, la técnica de Innovación Tecnológica elabora memoria, de fecha 23 de febrero de 2022, de contenido similar a las anteriores ya citadas, en relación con esta tercera factura.

14.- El día 28 de febrero de 2022 el Departamento de Informática del Ayuntamiento de Valdemoro remite un mensaje a una dirección de correo electrónico de “telefónica.com” en el que comunican:

“Habiéndose iniciado expedientes para la declaración de inexistencia de contrato, tenemos la obligación de dar audiencia al interesado para que aporte documentación y justificaciones que estime pertinentes si así lo consideran, conforme a lo estipulado en el artículo 82 de la Ley 39/2015”.

En el apartado de datos adjuntos se especifica que el trámite de audiencia hace referencias a los escritos 2021/5052, 2022/433 y 2022/728, que se corresponden con las facturas nº 90LLUTOA0012, nº 90LLUTOB0001 y nº 90LLUTOB0002.

No figura en el expediente remitido acuse de recibo del correo electrónico recibido ni consta que la UTE contratista haya presentado alegaciones en el trámite de audiencia.

15.- El dia 1 de marzo de 2022 la técnica de Innovación Tecnológica solicita al secretario general del Ayuntamiento de Valdemoro informe jurídico, sobre la posible revisión de oficio del presunto acto nulo de pleno derecho en relación con la última de las facturas recibidas, la correspondiente al mes de febrero de 2022.

16.- Con fecha 9 de marzo de 2022 el secretario general del Ayuntamiento de Valdemoro elabora un informe en el que, tras analizar la legislación aplicable ante un posible procedimiento de revisión de oficio, concluye:

“De lo indicado se manifiesta que le corresponde a Intervención fiscalizar e informar los distintos expedientes que tramita.

A Secretaría, limitarse a indicar el procedimiento, sin entrar acerca de la legalidad de la cuestión a dilucidar.

En cuanto al procedimiento, debe instarse a la Comisión Jurídica de la Comunidad de Madrid previo informe y posterior aprobación por el Pleno”.

El día 2 de marzo de 2022 la técnica de Innovación Tecnológica emite informe propuesta de resolución con el siguiente contenido:

“PRIMERO. A la vista de los informes emitidos anteriormente, iniciar la revisión de oficio del acto por considerar que se encuentra incursa en causa de nulidad en virtud de los preceptos meritados con el fin de declarar la nulidad del acto y obtener el título jurídico que permita la imputación presupuestaria de la obligación indebidamente contraída en el ejercicio 2022.

SEGUNDO. Solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, remitiendo al órgano consultivo, la siguiente documentación:

a) *Memoria-informe del órgano gestor, en la que constan las causas que han generado el gasto indebido, en la cual se deberá manifestar:*

- *Acreditación de las prestaciones que se hayan realizado.*
- *Si el proveedor ha actuado por orden de la Administración.*
- *Tiempo que lleva ejecutándose esa prestación de forma irregular.*
- *Justificación y valoración que el precio se ajusta al del mercado.*
- *Efectos que supondría la suspensión de la prestación si se optara por instar la revisión de oficio.*

b) Informe jurídico de Secretaría General sobre la procedencia del expediente de revisión de oficio de presunto acto nulo de pleno derecho (artículo 3.3.3º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo).

c) Audiencia al interesado.

d) Informe propuesta de resolución del órgano gestor.

e) Resolución municipal acordando el inicio, si procede la revisión de oficio, con solicitud de informe a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

TERCERO. Suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición del dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

CUARTO. Recibido el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, dado el carácter previo y vinculante del mismo, elevar el expediente al Alcalde o Pleno (disposición adicional segunda y artículo 41.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, LCSP y artículo 30 1e, de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid).

QUINTO. Iniciar, una vez haya sido declarada la nulidad del acto, los trámites necesarios para reconocer la indemnización económica a favor del acreedor UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U- TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. (...) por importe de 22.082,46 euros, pendientes de imputación presupuestaria y su aplicación al presupuesto del ejercicio 2022”.

No consta en el expediente remitido que se haya comunicado a la UTE contratista la suspensión del procedimiento de revisión de oficio así acordada.

17.- Solicitud dictamen a la Comisión Jurídica Asesora, con fecha 31 de mayo de 2022 se emitió el dictamen 336/22 que concluía que procedía la retroacción del procedimiento de revisión de oficio para que fuera notificado correctamente a la UTE interesada el trámite de audiencia, emitiera nuevo informe el secretario en los términos indicados en el cuerpo del dictamen y se dictara nueva propuesta de resolución para su envío.

18.- A la vista del dictamen 336/22, el día 20 de junio de 2022 emite informe el Secretario del Ayuntamiento de Valdemoro, favorable al procedimiento de revisión de oficio, por haberse vulnerado el procedimiento legalmente establecido, al darse el supuesto de prórroga tácita. En dicho informe, el fundamento jurídico tercero dice:

“El enriquecimiento injusto lo que pretende evitar es que las omisiones de formalidades en la contratación puedan ser alegadas por la propia Administración para evitar satisfacer a quien ha prestado el servicio el importe correspondiente, por lo que la empresa deberá emitir las facturas correspondientes a las prestaciones efectivamente realizadas, siendo esta la consecuencia que se deriva de la situación irregular que implica la prórroga tácita”.

19.- Con fecha 21 de junio de 2022 el alcalde de Valdemoro dicta propuesta de resolución, acordando solicitar dictamen a la Comisión Jurídica Asesora, suspender el procedimiento por el tiempo que medie entre la solicitud de dictamen y la emisión del mismo. La propuesta añade que habrá que iniciar, *“una vez haya sido declarada la nulidad del acto, los trámites necesarios para reconocer la indemnización económica a favor del acreedor UTE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. – TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (...), por importe de 22.082,46 euros, pendientes de imputación presupuestaria y su aplicación al presupuesto del ejercicio 2022”*.

A la vista de todo lo expuesto, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por tratarse de un expediente de revisión de oficio tramitado por el Ayuntamiento de Valdemoro, a solicitud de su alcalde, remitido a través del consejero de Administración Local y Digitalización, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho Reglamento.

El Ayuntamiento de Valdemoro está legitimado para recabar dictamen de esta Comisión en virtud de lo dispuesto en el ya citado apartado 1 en relación con el 3.1.f).b del artículo 5 de la Ley 7/2015, que establece la necesidad de solicitar su dictamen preceptivo por las entidades locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid para acordar la revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas en los supuestos establecidos en las leyes.

Al tratarse de una revisión de oficio en materia de contratación, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 41 de 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 (en adelante, LCSP/17), de aplicación al procedimiento de revisión que analizamos en virtud de su fecha de inicio, que dispone que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los

contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el capítulo I del título V de LPAC.

El artículo 106.1 de la LPAC, al igual que lo hacía el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), establece la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, 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, en los supuestos previstos en el artículo 47.1. 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 (artículo 62.1 LRJ-PAC) y, desde el punto de vista del procedimiento y garantía del ajuste de la actividad administrativa al principio de legalidad, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere y que éste tenga sentido favorable.

De este artículo se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en determinado supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 106 de la LPAC, en sus apartados 1 y 2, hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha, a partir de su creación, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, creada por la ya citada Ley 7/2015.

SEGUNDA.- 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 del Régimen Local (LBRL), que permite a las Corporaciones Locales revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la

legislación del Estado 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, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La señalada remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 106 a 111 LPAC.

Tras la emisión del dictamen 336/22, que concluía que procedía la retroacción del procedimiento para que fuera notificado correctamente a la UTE interesada el trámite de audiencia, emitiera nuevo informe el secretario pronunciándose sobre la causa de nulidad invocada y se dictara nueva propuesta de resolución, se observa que se han cumplimentado correctamente todos estos trámites.

Se ha notificado por correo electrónico el inicio del expediente de revisión de oficio del contrato, con acuse de recibo y lectura del correo, sin que la contratista haya formulado alegaciones.

Consta la emisión de un informe del Secretario del Ayuntamiento de Valdemoro con fecha 20 de junio de 2022 que se pronuncia sobre la causa de resolución y señala que concurre la prevista en el artículo 47.1.e) de la LPAC y vulnerar el artículo 29 de la LCSP/17, que prevé que *“en ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes”*.

Posteriormente se ha dictado por el alcalde de Valdemoro propuesta de resolución favorable a la revisión de oficio en la que se acuerda suspender el procedimiento por la solicitud de dictamen a este órgano consultivo, de conformidad con el artículo 22.1.d) de la LPAC.

No consta en el expediente remitido que dicho acuerdo de suspensión del procedimiento se haya comunicado a la empresa contratista, como exige el citado precepto, lo que podría suponer que, de no haberse comunicado la suspensión así acordada, esta no produciría efectos.

No obstante, si tenemos en cuenta como fecha de inicio del procedimiento, el informe-propuesta de resolución de la técnica de TIC e Innovación del citado ayuntamiento, de 3 de marzo de 2022, como nos pronunciamos en el dictamen 336/22, a la fecha de emisión del presente dictamen el procedimiento no ha caducado.

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, nº 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 cuanta 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 trámites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de éste o de alguno de los trámites 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, no cabe entender que estamos ante una prórroga del contrato previamente adjudicado, en tanto que se había ya superado la duración del mismo y de sus prórrogas. En todo caso, el actual artículo 29.1 LCSP/17 excluye la prórroga tácita.

Así, estaríamos ante la adjudicación de un contrato anteriormente extinguido, sin sujeción a procedimiento alguno, ante lo que cabe recordar que el artículo 37 LCSP/2017, proscribe la contratación verbal. Por su parte, el artículo 38 de la misma ley, declara la invalidez de los contratos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos algunos de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes; disponiendo el artículo 39 las causas de nulidad, remitiéndose a las indicadas en el artículo 47 LPAC y otras específicas como la carencia de crédito, la falta de publicación del anuncio de licitación o la inobservancia de la formalización del contrato.

Partiendo de las citadas prescripciones legales, y examinado el expediente contractual que analizamos, resulta evidente que se ha prescindido por completo de la tramitación legalmente prevista para la adjudicación y formalización del contrato, a lo que se añadiría como causa de nulidad la ausencia de crédito, según consta en el reparo formulado por el interventor municipal.

Sobre la procedencia de iniciar un procedimiento de revisión de oficio en el que se declare la nulidad del contrato en supuestos de contratación

verbal, resulta muy significativo el dictamen del Consejo de Estado de 21 de diciembre 2011 (expediente 1724/2011) en el que pone de manifiesto que por mucho que la práctica y doctrina anterior hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que “*en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento. Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato. Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad*”. Ello no obstante, puntualiza el Consejo de Estado, “*nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de*

revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma”.

Procede, por tanto, acordar la revisión de oficio del contrato no sin antes precisar, respecto de los límites que el artículo 110 de la LPAC establece para el ejercicio de las facultades de revisión, que en el presente caso no ha transcurrido en absoluto un tiempo que permita limitar el ejercicio de la facultad revisora, ni tampoco se evidencia ninguna circunstancia que haga su ejercicio contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. Antes al contrario, se han incumplido de forma palmaria las previsiones legales en perjuicio del interés general y de terceros, posibles licitadores.

QUINTA.- En lo que concierne a los efectos de la declaración de nulidad, el artículo 42 de LCSP/17 indica que el contrato “*entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*”.

En relación con las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad la doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora, reflejada entre otros en los dictámenes 513/17 de 14 de diciembre, 383/19 de 3 de octubre y 545/19 de 19 de diciembre, ha venido declarando que, en los casos de nulidad, la restitución sólo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el citado artículo 42 de la LCSP/2017.

La propuesta de resolución que se analiza, dispone en su apartado quinto: “*Iniciar, una vez haya sido declarada la nulidad del acto, los trámites necesarios para reconocer la indemnización económica a favor del acreedor UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U- TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. (...) por importe de 22.082,46 euros, pendientes de imputación presupuestaria y su aplicación al presupuesto del ejercicio 2022*”.

Según lo indicado, efectivamente deberá abonarse al contratista el importe de los servicios prestados durante la vigencia de la contratación verbal, que se anula, con el fin de evitar un enriquecimiento injusto de la administración, que resultaría contrario a derecho. No obstante, en este caso, debemos hacer notar que en el expediente tramitado no existen suficientes datos para establecer la cuantía a que ello de lugar, por cuanto según consta, desde el comienzo del mes de julio de 2021 falta la cobertura contractual del servicio y en el mes de febrero de 2022 aún seguía prestándose, pese a lo cual, las facturas incorporadas se refieren exclusivamente a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2021 y enero de 2022 y -además-, en las mismas no se ha determinado si existe algún tipo de sobrecoste que deba ser suprimido, según la doctrina antes aludida de esta Comisión.

Por todo lo expuesto, deberá determinarse en procedimiento independiente y contradictorio cuál sea la indemnización económica que proceda reconocer en favor del acreedor UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U- TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U., despejando todas esas cuestiones dudosas y ateniéndose a los criterios apuntados.

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

CONCLUSIÓN

Procede la revisión de oficio para declarar la nulidad de la contratación verbal con la UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU – TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU, para los servicios de comunicaciones fijas de voz, datos y móviles del citado ayuntamiento, con los efectos indicados en la consideración jurídica quinta.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, 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 12 de julio de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 460/22

Sr. Alcalde de Valdemoro

Pza. de la Constitución, 11 – 28340 Valdemoro