

Dictamen nº:

667/21

Consulta:

Alcalde de Galapagar

Asunto:

Revisión de Oficio

Aprobación:

21.12.21

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 21 de diciembre de 2021, sobre la consulta formulada por el alcalde de Galapagar, 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 contratación realizada a la empresa PACSA, encomendándole la prestación de la conservación y mantenimiento del pavimento urbano durante el periodo de 10 de febrero a 30 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30 de noviembre de 2021 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen formulada por el alcalde de Galapagar, sobre la declaración de nulidad de la contratación verbal realizada a la empresa PACSA, para la conservación y mantenimiento del pavimento urbano durante el periodo de 10 de febrero a 30 de marzo de 2021.

A dicho expediente se la asignó el número 646/21, 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 21 de diciembre de 2021.

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

1. El 10 de febrero de 2015, el alcalde-presidente del Ayuntamiento de Galapagar suscribió el “*contrato mixto para la reforma, reparación y conservación de infraestructuras viarias en el municipio de Galapagar*”, con la empresa PACSA Servicios Urbanos y del Medio Natural, S.L., que por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de enero de 2015, había resultado adjudicataria del concurso público convocado al efecto. La duración del contrato se fijó en un plazo de cuatro años prorrogable por dos más.

2. El 11 de abril de 2018 se formalizó la prórroga del contrato por los dos años adicionales previstos, fijándose la fecha de finalización el 9 de febrero de 2021.

3. El 20 de abril de 2021, el ingeniero técnico de obras públicas municipal suscribe una certificación de trabajos de conservación y mantenimiento de pavimentos e infraestructuras correspondientes a los meses de febrero a marzo de 2021. Ese documento se acompaña del desglose detallado de los trabajos realizados e informe en el que se hace constar: “*durante el período*

comprendido entre el 10 de febrero y el 30 de marzo de 2021, el Ayuntamiento de Galapagar no tenía suscrito contrato con mercantil alguna para el mantenimiento, reparación y conservación de las infraestructuras viarias. Como quiera no es posible suspender dicha actividad sin que suponga un grave deterioro para el normal discurrir de la vida en el municipio, se decidió que la empresa PACSA, SERVICIOS URBANOS y DEL MEDIO NATURAL, S.L. que detentaba el contrato que acababa de concluir, continuara los trabajos de mantenimiento, reparación y conservación de las infraestructuras viarias, puesto que tampoco era posible realizarlos con los medios propios del Ayuntamiento pues son claramente insuficientes o inexistentes.

4. El 18 de junio de 2021, la empresa PACSA emite factura por importe de 91.065,25 euros por el concepto de trabajos ejecutados de obra de conservación y mantenimiento de pavimentos e infraestructuras desde el 10 de febrero al 30 de marzo de 2021.

5. Con fecha 24 de junio de 2021, el interventor municipal formula repara por los siguientes motivos: “*En primer lugar, por la omisión de trámites esenciales en el expediente, puesto que se realizó la contratación de manera verbal, algo prohibida por la LCSP (art. 37).*

En segundo lugar, por la realización de gastos sin crédito suficiente para atenderlos, siendo por lo tanto el acto nulo de pleno derecho (art. 39 LCSP)”.

TERCERO.- El 22 de julio de 2021, el alcalde acuerda iniciar la apertura de expediente de revisión de oficio, con objeto de declarar, si procede, la nulidad del expediente administrativo consistente en la realización trabajos ejecutados para la conservación y mantenimiento

del pavimento urbano, cuyo importe, de conformidad con una factura emitida por la empresa PACSA, asciende a la cantidad de 91.065,25.

El 24 de septiembre, el secretario del Ayuntamiento emite informe favorable a la revisión de oficio “*ya que se considera que se incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho, que son los regulados en el artículo 47.1 apartado e) 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*”.

Conferido trámite de audiencia a la empresa que emitió la factura, ésta solicitó, mediante escrito presentado al efecto el 14 de octubre, “*se dicte un día resolución por medio de la cual se archive este expediente de revisión de oficio sin declaración de nulidad de la actividad administrativa sometida a examen y se proceda al pago de la factura registrada, o, subsidiariamente, en caso de que se declare dicha nulidad, se acuerde en la misma resolución indemnizar a mi representada con el importe reconocido por las prestaciones ejecutadas, ascendente a 91.065'25 €, actualizado a la fecha en que se ponga fin al procedimiento conforme al Índice de Garantía de la Competitividad.*”

El día 19 de noviembre de 2021, el alcalde formula propuesta de resolución de revisión de oficio por ausencia de los trámites esenciales en el expediente de contratación.

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 Galapagar del Gobierno, conforme establece el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

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.

Por otra parte, 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”.

En este caso, a tenor de la cuantía de la prestación del contrato, la competencia para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio correspondería al alcalde, por mor del apartado primero de la disposición adicional segunda de la LCSP/17.

Cabe añadir que, de acuerdo con el artículo 3.3.d) 3º 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, lo que consta debidamente cumplimentado.

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 procedural 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, se ha dado cumplimiento a dicho trámite.

Finalmente, 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, como se ha indicado, consta la propuesta de resolución firmada por el alcalde.

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. El procedimiento se inició mediante resolución de 22 de julio, 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, 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 linea 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 artículo 29.1 LCSP excluye la prórroga tácita.

Así, estariamos 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.

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

CONCLUSIÓN

Procede la revisión de oficio de la contratación verbal realizada a la empresa PACSA para la conservación y mantenimiento del pavimento urbano durante el periodo de 10 de febrero a 30 de marzo de 2021.

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 21 de diciembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 667/21

Sr. Alcalde de Galapagar

Pza. Presidente Adolfo Suárez, s/n – 28260 Galapagar