

Dictamen nº: **730/22**
Consulta: **Alcalde de Valdemoro**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **29.11.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 29 de noviembre 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 del contrato suscrito con REPSOL BUTANO, S.A., para para el suministro de GLP (propano) en la instalación del Polideportivo Municipal de Ronda del Prado, s/n, correspondiente a los meses de enero y febrero de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de noviembre 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 689/22, 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 29 de noviembre 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.- El Ayuntamiento de Valdemoro inició su relación jurídica con el proveedor REPSOL BUTANO, S.A. el 15 de octubre de 1992 aproximadamente con número de contrato: 028/99342.

Posteriormente el suministro de GLP fue realizado a través de la empresa Cofely España, gestionado desde el área de Urbanismo. Como consecuencia la finalización del contrato con Cofely España, el Ayuntamiento de Valdemoro no renovó el contrato de suministro de GLP, por lo que la actividad siguió ejecutándose sin cobertura legal desde entonces.

2.- Con fecha 22 de febrero, 9 de marzo, 29 de abril y 11 de mayo de 2022 tuvieron entrada en el registro de la plataforma de facturación del Ayuntamiento de Valdemoro las facturas emitidas por la empresa anteriormente que se relación a continuación:

Nº	REGISTRO FACTURA	CONTRATO	FECHA	FACTURA	IMPORTE NETO	IVA	TOTAL
1	AYTO/2022/1026	50110200	31/01/2022	96623709	29,92 €	6,28 €	36,20 €
2	AYTO/2022/1027	50126009	31/01/2022	96624090	22,60 €	4,75 €	27,35 €
3	AYTO/2022/1445	50066225	28/02/2022	96658752	282,55 €	59,76 €	344,31 €
4	AYTO/2022/1446	50110200	28/02/2022	96659520	29,92 €	6,28 €	36,20 €
5	AYTO/2022/1447	50126009	28/02/2022	96659827	22,60 €	4,75 €	27,35 €
6	AYTO/2022/1448	50066225	28/02/2022	96658751	82,60 €	17,35 €	99,95 €
						TOTAL:	571,36 €

Nº	REGISTRO FACTURA	CONTRATO	FECHA	FACTURA	IMPORTE NETO	IVA	TOTAL
1	AYTO/2022/9055	050066225	26/04/2022	96723555	288,53 €	60,59 €	349,12 €
						TOTAL:	349,12 €

Nº	REGISTRO FACTURA	CONTRATO	FECHA	FACTURA	IMPORTE NETO	IVA	TOTAL
1	AYTO/2022/2462	0050126009	27/04/2022	96725137	22,60 €	4,75 €	27,35 €
2	AYTO/2022/2463	0050110200	27/04/2022	96725038	29,92 €	6,28€	36,20 €
3	AYTO/2022/2464	0050066225	27/04/2022	96724827	82,60 €	17,35 €	99,95 €
						TOTAL:	163,50 €

3.- El día 20 de abril de 2022 el jefe de Servicio de la Concejalía de Educación, Cultura, Juventud, Deportes, Igualdad y Salud del Ayuntamiento de Valdemoro emitió Memoria en la que solicitaba tramitación, autorización, disposición, reconocimiento extrajudicial y pago por importe de 571,36 €, para las facturas correspondientes a los meses de enero y febrero de 2022.

Con fecha 6 de mayo el jefe de Servicio de la Concejalía de Educación, Cultura, Juventud, Deportes, Igualdad y Salud del

Ayuntamiento de Valdemoro emitió Memoria en la que solicitaba tramitación, autorización, disposición, reconocimiento extrajudicial y pago por importe de 349,12 € para la factura correspondiente al mes de marzo de 2022.

Asimismo, el día 17 de mayo de 2022 el jefe de Servicio de la Concejalía de Educación, Cultura, Juventud, Deportes, Igualdad y Salud del Ayuntamiento de Valdemoro emitió Memoria en la que solicitaba tramitación, autorización, disposición, reconocimiento extrajudicial y pago por importe de 163,50 €, para las facturas correspondientes al mes de abril de 2022.

En todos los casos, la Memoria indica que ya que *“el gasto no ha seguido procedimiento establecido debiendo ser aprobada por reconocimiento extrajudicial de créditos, según recoge la base 28 de las de ejecución del presupuesto prorrogado de 2022”*. Consignándose con cargo a la aplicación presupuestaria 342.221.02 (GAS INSTALACIONES DEPORTIVAS), del presupuesto prorrogado de 2022. Así mismo, la disponibilidad de las retenciones de realizadas con fecha 19 de abril, 6 y 17 de mayo de 2022, para el gasto no supone ni existe impedimento o limitación alguna a esta aplicación del gasto en relación con las restantes necesidades y atenciones de la partida durante el resto del año. Según la Memoria, *“dicho procedimiento se puede sustanciar simultáneamente con la compensación, vía indemnización, de los trabajos realizados de buena fe y para evitar el enriquecimiento injusto del Ayuntamiento. Así mismo el precio aplicado es correcto y adecuado a mercado según tarifas energéticas, precio vigente para su consumo real (CAR)”*.

4.- Los días 26 de abril y 30 de mayo de 2022 el interventor del Ayuntamiento de Valdemoro emite sendos informes en relación con las facturas emitidas de disconformidad al considerar que se trata de contratos verbales para dar cobertura a una necesidad de carácter

periódico y previsible, cuyo importe supera el del contrato menor, por lo existe una omisión del procedimiento legalmente establecido y ausencia de fiscalización preceptiva, al ser las prestaciones demandas necesidades de carácter permanente, repetitivas y periódicas, y no puntuales.

5.- Con fecha 20 de junio 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:

“Se informa favorable a dicha revisión de oficio por haberse vulnerado el procedimiento legalmente establecido al haberse formalizado verbalmente”.

6.- Con fecha 19 de octubre 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 REPSOL BUTANO SA, con CIF: A28076420 y cuyo importe asciende a 1.083,98 €, pendientes de imputación presupuestaria y su aplicación al presupuesto del ejercicio 2022”.*

A la vista de tales antecedentes, 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 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, 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.

Se ha notificado por correo electrónico el inicio del expediente de revisión de oficio del contrato, habiendo presentado la empresa contratista documentación de los contratos en su momento suscritos con el Ayuntamiento de Valdemoro.

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, toda vez que nunca se ha celebrado un contrato administrativo con REPSOL BUTANO, S.A., sino que se ha suscrito un mero contrato mercantil con dicha suministradora.

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.

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. Si bien no se ha dictado un acuerdo expreso de incoación del expediente de revisión el comienzo de su tramitación cabe fijarla en la providencia del alcalde, de 13 de junio de 2022, por la que a la vista del informe de la Concejalía de Deportes, acuerda pedir informe al secretario general para la revisión del contrato

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 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 caso, se trataba de cubrir de una necesidad pública permanente, suministro de GLP, que hubiera requerido tramitar un procedimiento de contratación, no menor, habiéndose incumplido con los principios de publicidad y concurrencia contractual, habiéndose fraccionado el objeto del contrato y siendo adjudicataria REPSOL BUTANO, S.A.

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 de la 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 por el Ayuntamiento 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 para declarar la nulidad de la contratación verbal con REPSOL BUTANO, S.A, para el suministro de GLP (propano) en la instalación del Polideportivo Municipal de Ronda del Prado, s/n, de Valdemoro.

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 29 de noviembre de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 730/22

Sr. Alcalde de Valdemoro

Pza. de la Constitución, 11 – 28340 Valdemoro