

Dictamen nº: **771/22**
Consulta: **Alcaldesa de Torrejón de la Calzada**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **15.12.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 15 de diciembre de 2022, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Torrejón de la Calzada, 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 revisión de oficio de la supresión del complemento de productividad adoptada en el Decreto de la Alcaldía 1646/2021, de 29 de septiembre, por la que se autorizaba y disponían las obligaciones correspondientes al expediente de nóminas del mes de septiembre de 2021 del personal funcionario y laboral de ese ayuntamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de noviembre de 2022 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo referida al expediente de revisión de oficio aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 713/22, 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 de la Comunidad de Madrid (ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en sesión celebrada el día 15 de diciembre de 2022.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente, son de interés para la emisión del dictamen los hechos que a continuación se relacionan:

1.- Con fecha 24 de septiembre de 2021, la Intervención Municipal formuló reparo contra el pago del complemento de productividad propuesto por providencia de la Alcaldía. En dicho informe se refería que ese complemento se venía abonado desde hacía años con regularidad tanto en su importe como en su frecuencia mensual. Las razones del reparo se concretaban en la falta de cumplimiento de los requisitos previstos para el abono de ese concepto en el artículo 5.2 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se regula el régimen de retribuciones de los funcionarios de la Administración Local, así como la falta de previsión en el Convenio Colectivo o en acuerdos municipales respecto al personal laboral.

2.- Por medio de Decreto 1641/2021, de 29 de septiembre, la alcaldesa autorizó, reconoció y ordeno el pago de las nóminas del mes de septiembre de ese año, constando la supresión del complemento de productividad a la totalidad de los empleados públicos.

3.- Constan sentencias de los juzgados de lo Social números 6, 13, 17, 18, 26, 32 y 42 de Madrid, en las que se califica de arbitraria la supresión del complemento de productividad acordada por el

Ayuntamiento de Torrejón de la Calzada, y consideran injustificada la modificación sustancial de sus retribuciones, por lo que condenan a eses municipio al abono de la productividad dejada de percibir.

4.- Por medio de Decreto 294/22, de 2 de marzo, la alcaldesa ordena el inicio de un expediente de revisión de oficio de la supresión de la productividad en la nómina de septiembre de 2021.

5.- Con fecha 13 de septiembre de 2022 se dio trámite de audiencia a los interesados, constando la presentación de alegaciones por 35 empleados públicos, coincidiendo todos ellos en considerar contraria a derecho la supresión del complemento de productividad, con excepción de una interesada que manifiesta la improcedencia de la revisión de oficio al estar pendiente de resolver un recurso de reposición.

6.- El 18 de septiembre de 2022 se emite informe por el interventor municipal en el que señala que, en primer lugar, debería resolverse el recurso de reposición. En todo caso, sostiene que el Decreto por el que se ordenó la supresión del complemento de productividad no fue debidamente justificado y no se dio audiencia a los interesados, añadiendo: *“si la disminución salarial ordenada fuera un derecho susceptible de amparo constitucional, procedería declarar de oficio nulo el Decreto”*.

7.- Con fecha 7 de noviembre de 2022 se formula informe-propuesta por el secretario general. En dicha propuesta se hace constar que existe un recurso de reposición pendiente de resolver y que, por tanto, lo procedente es resolver el mismo, recordando que la revisión de oficio es un remedio extraordinario y subsidiario. En todo caso, se refiere que la supresión se hizo sin motivación alguna, aunque dicha propuesta carece de referencia concreta a la causa de nulidad de pleno derecho que justifique la revisión.

8.- El 7 de noviembre de 2022, la alcaldesa dicta un nuevo Decreto por el que se propone la nulidad del Decreto de la Alcaldía 1646/2021, de 29 de septiembre, respecto a la supresión de la productividad

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid 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, que establece: *“En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) b. Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes”*. A tenor del precepto que acabamos de transcribir, el Ayuntamiento de Torrejón de la Calzada está legitimado para recabar dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, habiendo cursado su solicitud a través del consejero de Administración Local y Digitalización, tal y como preceptúa el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

Debe también traerse a colación el artículo 106 de la LPAC que establece 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 la

norma aplicable y, desde el punto de vista del procedimiento, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que este tenga sentido favorable.

La obligatoriedad del dictamen de esta Comisión antes de adoptar el acuerdo de revisión de oficio, resulta del precepto últimamente indicado, como también del precedente artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), que al abordar el referido procedimiento de revisión de oficio, en términos muy similares a la LPAC, exigía que se adoptara el previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere así en este supuesto carácter parcialmente vinculante en el sentido de constreñir a la Administración que lo pide, solo en el caso de ser desfavorable a la revisión propuesta.

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 de 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 básica del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La señalada remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 106 a 110 y concordantes de la LPAC, que regulan la revisión de los actos de la Administración en vía administrativa, adecuadamente completados con las disposiciones rectoras del desarrollo de los procedimientos administrativos.

El artículo 106 de la LPAC no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad. Por ello, han de entenderse de aplicación las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV del citado cuerpo legal, con la singularidad de que el dictamen del órgano consultivo reviste carácter preceptivo y habilitante de la revisión pretendida y que el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad si se hubiera iniciado de oficio mientras que, si se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender desestimado por silencio administrativo, ex artículo 106.5 de la LPAC, pero no exime a la Administración de resolver.

Las normas generales procedimentales determinan que la tramitación del expediente continúe con la realización de los actos de instrucción necesarios *“para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”* (artículo 75 de la LPAC). Estas actuaciones instructoras, pueden consistir en la emisión de los correspondientes informes en garantía de la legalidad, objetividad y acierto de la resolución final que se dicte en el procedimiento, exigidos con carácter general por el artículo 79 de la LPAC. En este caso, se han incorporado al expediente informe de la Intervención Municipal e informe propuesta de la Secretaría del ayuntamiento, emitido conforme a lo dispuesto en 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.

Además, como en todo procedimiento administrativo, se impone la audiencia los interesados, 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.

Según consta en el expediente remitido, se confirió trámite de audiencia a los interesados, procediendo 35 de ellos a formular alegaciones. Ese trámite se confirió con carácter previo a la emisión de los informes del interventor y secretario municipal, por lo que aquellos no tuvieron conocimiento de estos informes. No obstante, dado que estos se limitan a hacer consideraciones jurídicas, sin aportar nuevos hechos y ser sus valoraciones coincidentes con lo alegado por los interesados, no cabe apreciar indefensión por el momento en el que se otorgó la audiencia.

El informe del secretario municipal tiene también el carácter de propuesta; sin embargo, en la misma no se sostiene en primer lugar la revisión de oficio sino la necesidad de resolver el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto. En todo caso, se considera que la supresión del complemento de productividad acordada por el Decreto es nula, sin precisar la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.2 de la LPAC en la que se ampararía la revisión de oficio.

Por tanto, resulta sin duda anómalo que se eleve una propuesta que no solo adolece de falta de concreción de la causa de nulidad, sino que aboga por no proceder a la revisión de oficio al estar pendiente de resolver el recurso de reposición, lo que también se sostenía por la Intervención Municipal y por una interesada. No obstante, se procederá a analizar la procedencia o no de la citada revisión.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el procedimiento, nos encontramos ante una revisión iniciada de oficio el 2 de marzo de 2022, sin que conste que se notificase a los interesados la suspensión del procedimiento para la emisión de los informes preceptivos, como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, por lo que se habría superado el plazo de seis meses previsto en el artículo 106.5 de la citada LPAC. No obstante, al pretenderse la restitución de derechos a favor de los interesados, la apreciación de la caducidad resultaría contrario al artículo 25 de la LPAC y al propio objeto de esa institución.

TERCERA.- El procedimiento de revisión de oficio tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquellos actos administrativos que se encuentren viciados de nulidad radical por cualquiera de las causas que establece el artículo 47.1 de la LPAC.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021(recurso 8075/2019):

“...por afectar a la seguridad jurídica y, en última instancia, a la misma eficacia de la actividad administrativa, cuya finalidad prestacional de servicios públicos requiere una certeza en dicha actuación, el legislador condiciona esa potestad, entre otros presupuestos, a uno esencial, cual es que la causa de la revisión esté vinculada a un supuesto de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, es decir, acorde a la legislación que sería aplicable al caso de autos, a aquellos supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que se contemplaban, con carácter taxativo, en el artículo 62.1o de la Ley de 1992. Y es que, la finalidad de la institución no es sino evitar que actos nulos, cuyo vicio es insubsanable, puedan ser mantenidos y ejecutados por el mero hecho de que no hayan impugnado por quienes estaban facultados para ello. El acto nulo, por los vicios que lo comportan, debe desaparecer del mundo jurídico y el legislador arbitra este

procedimiento como un mecanismo más, extraordinario eso sí, para poder declarar dicha nulidad”.

Para la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2017 (rec. 1824/2015):

“El principio de legalidad exige que los actos administrativos se ajusten al ordenamiento jurídico, permitiendo que la Administración revise los actos ilegales. Por el contrario, la seguridad jurídica, en cuanto valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, exige que los actos administrativos dictados, y consiguientemente las situaciones por ellos creadas, gocen de estabilidad y no puedan ser revisados fuera de determinados plazos. Ahora bien, cuando la ilegalidad del acto afecta al interés público general, al tratarse de infracciones especialmente graves, su conservación resulta contraria al propio sistema, como sucede en los supuestos de nulidad de pleno derecho, por lo que la revisión de tales actos no está sometida a un plazo para su ejercicio”.

Esta Comisión Jurídica Asesora (por ejemplo en los dictámenes 522/16, de 17 de noviembre; 88/17, de 23 de febrero; 97/18, de 1 de marzo y 232/19, de 6 de junio, entre otros) 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, 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 solo 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 señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 (rec. 1443/2019):

“... debemos poner de manifiesto, e insistir, en el carácter restrictivo con el que debemos afrontar la cuestión que nos ocupa, referida a la revisión de oficio de una determinada actuación administrativa, que, de una u otra forma, ha devenido firme en dicha vía. Así, dijimos que "el artículo 102 LRJPA tiene como objeto, precisamente, 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 intocabilidad definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia”.

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.- Antes de analizar la concreta causa de nulidad, se hace necesario examinar si la existencia del recurso de reposición frente a la supresión del complemento de productividad acordada por el Decreto cuya revisión se insta, obliga a resolver este e impide la citada revisión de oficio, tal y como sostienen la Intervención Municipal, el secretario general y una interesada, y que no ha sido atendido por la Alcaldía.

A este respecto, conviene recordar que el artículo 106 de la LPAC señala que serán susceptibles de dicha potestad de autotutela los

actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo.

Así, en el presente supuesto, constando la existencia de un recurso de reposición y, por ende, la falta de firmeza del acto administrativo, no solo es inviable la revisión de oficio, sino que tampoco se aprecia ninguna lógica acudir a un procedimiento extraordinario cuando, mediante el cumplimiento de la obligación de resolver el recurso, se puede dejar sin efecto el acto que se entiende viciado de nulidad.

Al margen de la revisión del acto a través del recurso de reposición que pende frente al mismo, hay que tener presente que el artículo 109 de la LPAC también prevé la revocación de los actos desfavorables o de gravamen.

Es cierto, como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestro Dictamen 109/17, de 9 de marzo, o el más reciente Dictamen 450/22, de 5 de julio, que el artículo 106 de la LPAC al igual que su predecesor artículo 102 LRJ-PAC, no discrimina qué tipo de actos pueden ser objeto de revisión de oficio por concurrir en ellos una causa de nulidad de pleno derecho; en particular, a diferencia de la declaración de lesividad (art. 107) no condiciona su posible uso al carácter, favorable o negativo, del acto de que se trate sobre la esfera jurídica del interesado.

En el citado Dictamen 109/17 nos hicimos eco de distintos pronunciamientos judiciales en los que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se ha planteado la posible revisión de oficio de resoluciones desfavorables, y no ha rechazado la utilización de dicha vía con vistas a su anulación (así, la Sentencia de 16 de julio de 2013, Rec. 499/2012, con respecto a una resolución sancionadora; la de 7 de febrero de 2013, Rec. 563/2010, en relación

con una resolución del mismo carácter, o la de 2 de noviembre de 2015, Rec. 4089/2014, con respecto de una orden de devolución de territorio español). En el mismo sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en alguna de las sentencias que son precisamente objeto de los recursos resueltos por el Tribunal Supremo en las sentencias de anterior cita.

Como sostuvimos en el dictamen de referencia no cabe establecer, conforme al estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia, que la revisión de oficio esté vedada al acto de gravamen nulo, máxime cuando ello supone adornar a la declaración de nulidad del acto de unas mayores cautelas procedimentales que las correspondientes a la simple revocación a la que se refiere el artículo 109.1 de la LPAC, cuya adopción está revestida de menos formalidades (así, no es necesario el dictamen del órgano consultivo correspondiente). En este punto, dijimos *“el designio inexcusable de sumisión de la Administración a la ley y al Derecho, no permite reprochar que se siga precisamente el procedimiento que implica una mayor garantía de acierto a la Administración que pretende la expulsión de determinado acto del ordenamiento jurídico”*.

Como dijo el Consejo de Estado en su Dictamen 599/2014, de 3 julio, en relación con la revisión de oficio de una sanción administrativa: *“la interesada ha solicitado la revisión de oficio de un acto desfavorable, cual es la sanción de 301 euros que se le impuso, y la Administración ha seguido el procedimiento del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ningún reproche cabe hacer, por tanto, a este curso procedimental. Ciertamente es que las vicisitudes del presente caso podrían haber llevado a la Administración a dar satisfacción a la interesada mediante la revocación del acto combatido, al amparo del artículo 105.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyos requisitos también concurren. Sin*

embargo, en repetidas ocasiones ha indicado este Alto Cuerpo Consultivo que también cabe la revisión de oficio de los actos de gravamen o desfavorables (como por ejemplo en los dictámenes de 2 de junio de 2011, número 248/2011, y de 13 de septiembre de 2012 número 619/2012)”.

Por tanto, conforme a lo expuesto, el hecho de que se pretenda la nulidad de un acto desfavorable no sería obstáculo a la revisión de oficio planteada, sin perjuicio de que el ayuntamiento, al margen de la estimación del recurso interpuesto, también podría haber procedido a la revocación del Decreto al amparo de lo establecido en el artículo 109.1 de la LPAC, máxime cuando ya existen sentencias que ponen de manifestó la actuación arbitraria en la supresión del complemento de productividad, aun cuando al ser del orden social no conlleven *per se* la declaración de nulidad del Decreto que lo acordó.

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

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio de la supresión del complemento de productividad adoptada en el Decreto de la Alcaldía 1646/2021, de 29 de septiembre, por la que se autorizaba y disponían las obligaciones correspondientes al expediente de nóminas del mes de septiembre de 2021 del personal funcionario y laboral de ese ayuntamiento, al no ser un acto firme.

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 15 de diciembre 2022

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 771/22

Sra. Alcaldesa de Torrejón de la Calzada

Pza. de España, 3 – 28991 Torrejón de la Calzada