

Dictamen nº: **238/23**

Consulta: **Alcalde de Valdemoro**

Asunto: **Revisión de Oficio**

Aprobación: **04.05.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 4 de mayo de 2023, 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 Kone Elevadores S.A., referida al servicio de mantenimiento de aparatos elevadores de los edificios municipales del citado ayuntamiento, materializada en las facturas correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2021 y enero a agosto de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de abril de 2023 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 218/23, 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, al letrado vocal D. Javier Espinal Manzanares, 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 señalado en el encabezamiento.

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

1.- Por acuerdo plenario de 27 de septiembre de 2018, en su punto noveno, se acuerda por el Ayuntamiento de Valdemoro la subrogación/cesión del contrato privado suscrito entre Kone Elevadores S.A. (en adelante, KESA) y la empresa pública Gestión de Suelo y Vivienda Valdemoro (Gesvival S.A.), mientras se materializa el procedimiento de contratación y adjudicación del mantenimiento de los aparatos elevadores de los edificios municipales del citado ayuntamiento.

2.- Consta Memoria para la contratación del servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de los ascensores y salvaescaleras del Ayuntamiento de Valdemoro, fechada el 17 de diciembre de 2018, elaborada por la Concejalía de Urbanismo, Obras y Servicios y Vivienda, en la que se señalaba que el objeto del contrato a licitar era “*el servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de los Ascensores y Salvaescaleras de los edificios y dependencias del Ayuntamiento de Valdemoro, bajo la modalidad de mantenimiento a todo riesgo y asistencia 24 horas, 365 días al año*”, justificándose la

contratación en el hecho de que “*el ayuntamiento carece de personal cualificado y acreditado para dar cumplimiento al RD 88/2013, que establece los plazos, procedimientos y responsables que deben intervenir en todo el proceso para garantizar la seguridad y el buen funcionamiento de los aparatos elevadores, se hace necesaria la contratación de una empresa homologada y autorizada por Industria para la realización de dichos mantenimientos*”.

No obstante, por providencia de la Alcaldía del 12 de mayo de 2020, se acordó proceder al archivo del citado expediente de contratación por la inexistencia de crédito suficiente.

3.- Con fecha 18 de julio de 2022 consta registro en la Plataforma de Facturación de la factura 1300520115, girada por la mencionada KESA, correspondiente a los servicios prestados en el mes de noviembre de 2021, en lo referido al mantenimiento de los ascensores de los edificios municipales, por un importe de 1.887,9 euros, IVA incluido.

En relación a este servicio de mantenimiento, constan igualmente registradas en dicha Plataforma de Facturación, las siguientes facturas:

- Factura 1300526335, correspondiente al mes de diciembre de 2021, registrada el 17 de enero de 2022, por un importe de 1.887,9 euros, IVA incluido.

- Factura 1300631771, correspondiente al mes de enero de 2022, registrada el 21 de abril de 2022, por un importe de 1.887,9 euros, IVA incluido.

- Factura 1300631772, correspondiente al mes de febrero de 2022, registrada el 21 de abril de 2022, por un importe de 1.887,9 euros, IVA incluido.
- Factura 1300593916, correspondiente al mes de marzo de 2022, registrada el 18 de julio de 2022, por un importe de 1.887,9 euros, IVA incluido.
- Factura 1300632652, correspondiente al mes de abril de 2022, registrada el 25 de mayo de 2022, por un importe de 1.887,9 euros, IVA incluido.
- Factura 1300646708, correspondiente al mes de mayo de 2022, registrada el 6 de junio de 2022, por un importe de 1.887,9 euros, IVA incluido.
- Factura 1300660332, correspondiente al mes de junio de 2022, registrada el 7 de julio de 2022, por un importe de 1.887,9 euros, IVA incluido.
- Factura 1300699424, correspondiente al mes de julio de 2022, registrada el 12 de agosto de 2022, por un importe de 1.887,9 euros, IVA incluido.
- Factura 1300712548, correspondiente al mes de agosto de 2022, registrada el 27 de septiembre de 2022, por un importe de 1.887,9 euros, IVA incluido.
- Factura 1400047304, correspondiente a la reparación y sustitución de los elementos dañados en el aparato elevador del Paseo de la Estación n.º 52, registrada el 24 de octubre de 2022, por un importe de 2.736,86 euros, IVA incluido.

4.- En relación a cada una de estas facturas registradas, consta emitido por el técnico de Edificios Municipales del ayuntamiento actuante, un informe de aprobación de las facturas presentadas, en los que se hace constar que:

- Analizado por el responsable de la Concejalía de Obras y Servicios y el técnico que suscribe, con el soporte del Acuerdo Plenario de fecha 27 de septiembre de 2018, punto noveno, el hipotético perjuicio humano y económico que pudiera derivarse del no mantenimiento, al tratarse de centros vulnerables como colegios públicos, centro de día de personas discapacitadas, pabellón polideportivo cerrado etc., de buena fe contractual se encarga a la empresa subrogada, KESA, según contrato con la pública GESVIVAL S.A., los trabajos de mantenimiento de los aparatos de los centros citados.

- Los servicios prestados son los estrictamente necesarios para la ejecución de la prestación y que los precios aplicados son correctos y adecuados al mercado.

- Dicho servicio se ha realizado con el visto bueno del técnico que suscribe ajustándose a los presupuestos aportados por la empresa para cada uno de los aparatos relacionados y las averías detectadas en cada caso y en algunos de los casos a los precios del contrato privado del servicio de mantenimiento de los ascensores de los edificios municipales suscrito entre Gesvival S.A. y la empresa KESA.

5.- Igualmente, en relación a cada una de las facturas registradas, se emite por la Intervención General municipal, informes de disconformidad, en los que se hace constar que:

- Queda acreditado que no se ha cumplido con la legislación en materia de procedimiento contractual, incumpliendo lo dispuesto en el

artículo 116 y concordantes 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).

- Se trata de contratos verbales para dar cobertura a una necesidad de carácter periódico y previsible cuyo importe supera el del contrato menor.

- La ausencia flagrante de cualquier procedimiento constituiría un verdadero supuesto de nulidad del acto de contratación, conforme al artículo 39 LCSP/17, entendiendo concurrente la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

- Ante un posible acto nulo de pleno derecho la única vía para reconocer y liquidar la obligación económica municipal que del mismo deriva es la revisión de oficio conforme al artículo 106 de la LPAC, reconociendo, no obstante, el derecho del tercero a que se le abone la prestación ejecutada evitando el enriquecimiento injusto de la Administración.

6.- A raíz de estos informes de discrepancia de la Intervención municipal, se emiten para cada una de las facturas registradas una “memoria del órgano gestor”, elaboradas por el técnico de Edificios Municipales, en las que se señala que el servicio prestado y las facturas emitidas se basan en el mencionado Acuerdo Plenario de 27 de septiembre de 2018, en su punto noveno; que la prestación indicada se ejecutó en ausencia de expediente administrativo tramitado de conformidad con la normativa aplicable determinada por

la LCSP/17; que el proveedor ha llevado a cabo la prestación bajo orden y encargo de esta Administración; que el precio facturado se ajusta a los precios de mercado.

7.- Por el Servicio actuante, Mantenimiento de Edificios, se acuerda en relación a cada una de las facturas registradas, conceder trámite de audiencia a la mercantil prestadora del servicio referido, reflejando en el escrito dirigido al efecto que se ha iniciado expediente para la declaración de inexistencia de contrato y el consiguiente reconocimiento de la obligación de la factura de referencia.

Trámite de audiencia que se materializó a través de diversos correos electrónicos dirigidos a una dirección de KESA.

8.- Por providencia del alcalde del Ayuntamiento de Valdemoro, de 5 de diciembre de 2022, se dispuso que por la Secretaría General se emitiera informe jurídico sobre la procedencia de la revisión de oficio de la contratación efectuada por dicho ayuntamiento con KESA, materializada en las facturas referenciadas.

9.- Con fecha 21 de febrero de 2023 se emite el informe por el secretario general del ayuntamiento actuante, en el que, en línea con lo informado por la Intervención Municipal, se señala que las once facturas objeto del expediente carecen de sustento contractual por lo que entiende que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido para contratar los servicios prestados, incurriendo así en la causa de nulidad del artículo 47.1.e) de la LPAC.

10.- La Intervención municipal por escrito de 8 de marzo de 2023, señala que el importe facturado sin cobertura contractual hasta el 30 de septiembre de 2022 asciende a un importe IVA excluido de 78.583,14 euros, lo que representa un 0,14% de los recursos ordinarios del presupuesto municipal.

11.- Por escrito del servicio actuante, de 29 de marzo de 2023, se propone a la Junta de Gobierno Local, iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la actuación administrativa de referencia, recabando el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

12.- Por la Junta de Gobierno Local en sesión del 10 de abril de 2023, se aprobó por unanimidad la mencionada propuesta de iniciar el procedimiento de revisión de oficio con previsión de que una vez hubiera sido declarada la nulidad se inicien los trámites necesarios para reconocer en favor de KESA la indemnización económica correspondiente por los servicios prestados.

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 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 la 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.- 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, según se indica en el informe del secretario, atendiendo a la cuantía de los servicios facturados y a su porcentaje sobre el presupuesto municipal, a la Alcaldía si bien se indica existe una delegación en favor de la Junta de Gobierno Local.

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.

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.

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 los expedientes tramitados por el ayuntamiento actuante referidos a cada una de las facturas giradas por la prestataria del servicio prestado, es de observar que por dicha Administración se ha alterado por completo el orden procedimental propio de un expediente de revisión de oficio, siendo así que es al presentar las facturas cuando por el órgano técnico se advierte la eventual nulidad del servicio prestado, nulidad posteriormente ratificada por los informes de la Intervención y del secretario municipal, con defectuosa audiencia al interesado, elevándose posteriormente a la Junta de Gobierno local, propuesta de inicio del procedimiento de revisión de oficio en la que ya no se prevé actuación procedimental alguna más que el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, siendo así que el orden legal y lógico de las cosas hubiera exigido que primeramente se hubiera acordado por la Junta de Gobierno Local el inicio de la revisión de oficio para posteriormente recabar los informes que fueran preceptivos, proceder con la audiencia al interesado, para concluir en la propuesta de efectiva revisión de oficio.

Al respecto del indicado trámite de audiencia, hemos de señalar que, si bien es cierto que el artículo 41.1 de la LPAC dispone que las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía, como sucede en el presente caso, el mismo artículo 41.1 dispone: “*Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la*

identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente”.

En el expediente remitido, consta a efectos de acreditar el cumplimiento de la audiencia preceptiva, una serie de correos electrónicos enviados en fechas diversas a una dirección de correo que eventualmente correspondería a la mercantil prestadora de los servicios facturados. Correos electrónicos que entendemos, no cumplen los requisitos exigidos por la LPAC, al no existir constancia en el expediente de la recepción de este correo ni, por ende, de la fecha y hora de recepción e identidad fidedigna del destinatario.

Así es lo cierto que en el documento n.º 65 del expediente remitido, referido a la recepción de los referidos correos electrónicos, no consta su recepción y lectura por la destinataria de KESA a la que se le habían remitido.

Por otro lado, no consta que la mercantil afectada por la actuación revisada haya formulado alegaciones, lo que habría permitido tener por cumplimentado correctamente el trámite de audiencia, a pesar de las irregularidades observadas, al no causarle indefensión.

Por tanto, procede retrotraer el procedimiento para conceder de forma correcta el trámite de audiencia al interesado.

Una vez realizada la audiencia, se redactará una nueva propuesta de resolución antes de solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

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.

Al respecto de esta cuestión hemos de precisar que si bien consta acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 10 de abril de 2023 acordando el inicio del procedimiento de revisión de oficio, no puede estarse al mismo como inicio del cómputo del plazo de caducidad, por la alteración procedural antes expuesta y porque dicho proceder comportaría dejar sin efectividad al instituto de la caducidad toda vez que conforme a dicho acuerdo municipal una vez iniciado el procedimiento de revisión de oficio no se contempla ya ningún trámite municipal sino directamente la emisión de informe por parte de esta Comisión Jurídica Asesora, es por ello que siguiendo el criterio que sostuvimos en el dictamen 654/22, de 18 de octubre, el comienzo de su tramitación cabe fijarlo en la providencia del alcalde, de 5 de diciembre de 2022, por la que a la vista de los informes del interventor municipal, acuerda pedir informe al secretario general para la revisión del contrato en cuestión. Considerando dicha fecha y el apuntado plazo de caducidad, entendemos que sería de considerar la facultad prevista en el artículo 22.1.d) de la LPAC cuya efectividad exige el cumplimiento de los requisitos formales previstos en el mismo.

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

CONCLUSIÓN

Procede la retroacción del presente procedimiento de revisión de oficio para que sea notificado correctamente a la mercantil interesada el trámite de audiencia, y se dicte nueva propuesta de resolución para su envío, con la totalidad del expediente, a esta Comisión Jurídica para su preceptivo dictamen.

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 4 de mayo de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 238/23

Sr. Alcalde de Valdemoro

Pza. de la Constitución, 11 – 28340 Valdemoro