

Dictamen n°: **366/24**
Consulta: **Alcalde de Colmenar Viejo**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **20.06.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 22 de junio de 2024, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el alcalde de Colmenar Viejo, 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 D., de la explotación de la cafetería “El Lagar” sita en la Casa Museo de la Villa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de junio de 2024 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 Colmenar Viejo en relación con el procedimiento de revisión de oficio citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 373/24, 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 20 de junio de 2024.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación que se considera suficiente.

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

1.- El día 25 de abril de 2013, el alcalde de Colmenar Viejo y el interesado citado en el encabezamiento del presente dictamen formalizaron un contrato de concesión de uso privativo para explotación de la cafetería “El Lagar”, situada en la Casa Museo de la Villa.

El acuerdo de inicio del expediente de contratación se había iniciado por la Junta de Gobierno Local el día 28 de febrero de 2013 y tras la tramitación oportuna, el citado órgano acordó adjudicar el contrato al interesado antes citado, el día 18 de abril de 2013, por un plazo de duración de cinco años y posibilidad de prórroga de hasta otros tres años.

2.- Con fecha 23 de octubre de 2017, el adjudicatario del contrato presenta escrito en el que solicitaba la prórroga de dicho contrato, lo que, tras la tramitación oportuna, fue autorizado por la Junta de Gobierno Local el día 7 de diciembre de 2017, durante un plazo de tres años que finalizaría el día 24 de abril de 2021.

3.- El día 16 de marzo de 2021, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Colmenar Viejo acuerda conceder una ampliación del contrato, en concepto de compensación por reequilibrio económico del

contrato, durante once meses, como consecuencia de la situación de pandemia por la COVID-19.

4.- Finalizado el contrato el día 24 de marzo de 2022 y a pesar de existir pendientes de pago los cánones correspondientes a los años 2020 y 2021 por un importe total de 4.912,08 euros (531,26 euros por los días de actividad efectiva de marzo y junio como consecuencia de la COVID-19, actualización del IPC y compensación del IPC de julio; 3.637,35 euros por el canon correspondientes a los meses de agosto de 2020 a diciembre de 2020 y 743,47 euros por el canon correspondiente desde el día 26 de julio de 2021 hasta el día 25 de agosto de 2021), el adjudicataria continuó con la explotación de la cafetería “El Lagar”, sin haber efectuado liquidación alguna ni acometido actuación alguna dirigida a la regularización de dicha situación.

TERCERO.- El día 11 de abril de 2024, la Secretaría del Ayuntamiento de Colmenar Viejo elabora un informe en el que, teniendo en cuenta la doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en su dictamen, 489/2022, de 19 de julio, así como del Consejo de Estado en su dictamen de 21 de diciembre de 2011 (expediente 1724/2011), considera que la continuidad en la explotación de la cafetería, una vez finalizado el contrato, con la tácita conformidad de las partes equivaldría una contratación verbal, lo que supondría haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, proponiendo iniciar un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de la continuación de la explotación de la cafetería “El Lagar”, una vez finalizado el contrato; realizar la liquidación provisional de los cánones correspondientes desde el día 25 de marzo de 2022 hasta el día 24 de marzo de 2024, por importe de 18.633,96 euros, actualizándose la liquidación definitiva a razón de 783,34 euros al mes, o su parte proporcional.; requerir la reposición de dos mesas (dos soportes + dos pies) de iguales o similares características; advertir al interesado que, en caso de existir deudas

pendientes de pago, constituiría causa de prohibición de contratar con la Administración y condicionar la adjudicación de la nueva licitación del contrato de explotación de la cafetería, cuyo expediente se inició el día 6 de marzo de 2024, a la terminación del expediente de revisión de oficio.

El citado informe de la técnica de la Administración General de Secretaría se acompaña con la nota de conformidad, con idéntica fecha, del secretario general del Ayuntamiento de Colmenar Viejo.

Remitida la propuesta de acuerdo de inicio de revisión de oficio, por la causa prevista en el artículo 47.1.e) de la LPAC, a la Primera Tenencia de Alcaldía, esta sometió dicha propuesta a la Junta de Gobierno Local en la sesión celebrada el día 24 de abril de 2024.

Notificado el acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio al interesado el día 25 de abril de 2024, el día 9 de mayo de 2024, el interesado presenta escrito manifestando su conformidad con la propuesta de liquidación emitida y alegando, en cuanto al requerimiento de las dos mesas, que debe existir un error porque en el recuento del inventario figuran diez mesas y no ocho, como figura en el informe de la técnica.

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 Colmenar Viejo, a solicitud de su alcalde,

remitido a través del consejero de Presidencia, Justicia y Administración Local, 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 Colmenar Viejo 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 telemáticamente al interesado el inicio del expediente de revisión de oficio del contrato, que ha efectuado alegaciones manifestando su conformidad con la liquidación efectuada por la Administración, pero no estando conforme con la reclamación de mobiliario efectuada.

Consta la emisión de un informe de la secretaría del Ayuntamiento de Colmenar Viejo con fecha 11 de abril de 2024, por tanto, con carácter previo al acuerdo de inicio del procedimiento, que se pronuncia sobre la causa de nulidad y señala que concurre la prevista en el artículo 47.1.e) de la LPAC.

Con posterioridad al trámite de audiencia no se ha dictado por el Ayuntamiento de Colmenar Viejo una propuesta de resolución que se pronuncie sobre las alegaciones efectuadas por el interesado, en la que forma que viene siendo exigida por esta Comisión Jurídica Asesora.

En relación con la omisión de una propuesta de resolución previa al dictamen del órgano consultivo, es doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora que dicha propuesta ha de recoger motivadamente la posición del órgano consultante una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración, con toda la fundamentación fáctica y jurídica de la misma. El conocimiento de la postura final de la Administración consultante a través de la propuesta de resolución resulta relevante toda vez que el órgano consultivo no está llamado a elaborar propuestas de resolución, sino a valorar las elaboradas por la Administración consultante, ratificándolas o desautorizándolas aportando en este caso explícita o implícitamente una solución alternativa.

En este caso, sin embargo, no consideramos necesaria la retroacción del procedimiento para la formulación de la propuesta de resolución toda vez que el acuerdo de inicio del procedimiento concreta

la causa de nulidad de pleno derecho en la que se fundamenta, la prevista en el artículo 47.1.e) de la LPAC y además las alegaciones formuladas por el interesado no exigen una respuesta por parte de la Administración consultante, en relación con el procedimiento de revisión de oficio, sin perjuicio de su ulterior respuesta en un procedimiento de liquidación.

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 acuerdo formal de inicio del procedimiento de revisión de oficio, adoptado por la Junta de Gobierno Local, se toma el día 24 de abril de 2024. Ahora bien, dicho acuerdo no puede tenerse materialmente como acto de inicio del procedimiento porque con carácter previo, el día 11 de abril de 2024, la Secretaría del Ayuntamiento de Colmenar Viejo emitió su informe, debiendo recordar que dicho informe ha de formar parte del procedimiento y resulta preceptivo en los procedimientos de revisión de oficio de los actos de las entidades locales, a excepción de los actos de naturaleza tributaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.3.c) 3º del R.D. 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 (en adelante, R.D. 128/2018). Atendiendo a la indicada fecha de 11 de abril de 2024, a la fecha del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, el procedimiento no habría caducado.

TERCERA.- Respecto de la potestad de revisión de oficio, esta Comisión (por ejemplo, en los dictámenes núm. 522/16, de 17 de noviembre; 82/17, 85/17 y 88/17, de 23 de febrero y 97/18, de 1 de marzo) ha venido sosteniendo reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efecto sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos

administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva tal como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 458/2016, de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016), que hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio 2004, y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014), que cita reiterada jurisprudencia, la revisión de oficio aparece como “(...) *un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva*”.

Se trata de una potestad cuyo ejercicio requiere una especial ponderación ya que, como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (recurso 122/2016) y de 1 de abril de 2019 (recurso 1187/2017):

“El procedimiento de revisión de actos nulos de pleno Derecho constituye un cauce extraordinario para, en determinados y tasados supuestos..., expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones que, no obstante su firmeza, incurren en las más groseras infracciones del ordenamiento jurídico. Sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando ésta es vulnerada de manera radical. Por ello, dada la "gravedad" de la solución, se requiere dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano

equivalente de la respectiva comunidad autónoma, si lo hubiere (artículo 217.4 LGT segundo párrafo)”.

Por ello, subraya la citada sentencia que se trata de un procedimiento excepcional, que solo puede seguirse por alguno de los supuestos tasados y que *“debe ser abordado con talante restrictivo”*.

En cuanta potestad exorbitante de la Administración frente a la regla general de que nadie puede ir contra sus propios actos, la carga de la prueba de la existencia de motivos de nulidad corresponde a la Administración como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011).

CUARTA.- En el presente caso, la propuesta de resolución sostiene que se ha llevado a cabo la contratación prescindiéndose del procedimiento legalmente establecido, por lo que invoca como fundamento de la revisión que se pretende la causa prevista en la letra e) del artículo 47.1 de la LPAC (*“los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*).

En relación con la mencionada causa de nulidad es doctrina de este Comisión, en línea con la establecida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, limitar su aplicación a aquellos casos en que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido y en los que se han omitido trámites esenciales.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012 (recurso núm.1966/2011) recuerda lo siguiente:

“(…) Nuestra jurisprudencia ha señalado que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de

alguno de los 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 supuesto, no cabe entender que estamos ante una prórroga del contrato previamente adjudicado, en tanto que se había ya superado la duración del mismo y de sus prórrogas. En todo caso, el actual artículo 29.1 LCSP/17 excluye la prórroga tácita.

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

Partiendo de las citadas prescripciones legales, y examinado el expediente contractual que analizamos, resulta evidente que se ha prescindido por completo de la tramitación legalmente prevista para la adjudicación y formalización del contrato.

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.

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

CONCLUSIÓN

Procede la revisión de oficio para declarar nulidad de la contratación verbal con D., de la explotación de la cafetería “.....” sita en la

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 20 de junio de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 366/24

Sr. Alcalde de Colmenar Viejo

Pza. del Pueblo, 1 – 28770 Colmenar Viejo