

Dictamen nº: **97/18**
Consulta: **Alcalde de Valdemoro**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **01.03.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 1 de marzo de 2018, sobre la consulta formulada por el alcalde presidente del Ayuntamiento de Valdemoro a través de la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre revisión de oficio del acuerdo de 24 de junio de 2014 de la Junta de Gobierno Local de dicho Ayuntamiento por el que se adjudicaba el contrato de concesión demanial del bar-restaurante del Parque Duque de Ahumada de la calle Libertad 1 de Valdemoro a la mercantil LA VID HOSTELEROS S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de febrero de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen del alcalde-presidente del Ayuntamiento de Valdemoro, de 17 de enero, cursada el 5 de febrero de 2018 a través del director general de Administración Local mediante firma delegada del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, referida al expediente de revisión de oficio procedente del Ayuntamiento de Valdemoro en relación con el acuerdo de adjudicación

del contrato de concesión demanial del bar-restaurante del Parque Duque de Ahumada a la empresa antes citada.

A dicho expediente se le asignó el número 70/18, 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. M.^a Dolores Sánchez Delgado, quien formuló y firmó la propuesta de acuerdo, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 1 de marzo de 2018.

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

1. Mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios se convocó un concurso para adjudicar el contrato de concesión demanial del bar-restaurante del Parque Duque de Ahumada, cuyo objeto, según la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) era la concesión demanial para la explotación de bar-restaurante en el Parque del Duque de Ahumada, calle Libertad, nº 1. El que resultase concesionario debía proceder también a la ejecución de las obras establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. El plazo de duración del contrato era de 30 años y el adjudicatario debería abonar al Ayuntamiento un canon anual mínimo de 17.315 €.

Al concurso se presentaron solo dos licitadores, la empresa que resultó concesionaria y una persona física que resultó excluida por no presentar la documentación técnica requerida.

Entre la documentación que debían presentar los licitadores se exigía una declaración responsable de no estar incurso en ninguna de las

prohibiciones para contratar recogidas en el artículo 60 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y que se hallaba al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes y con el Ayuntamiento de Valdemoro. Dicha declaración la aportó el licitador que resultó adjudicatario mediante escrito de 3 de abril de 2014.

Abierta la documentación aportada por los licitadores y una vez excluido uno de ellos, tras el examen de la documentación de la empresa LA VID HOSTELEROS S.L., única empresa admitida, se le conminó a presentar en el plazo de 10 días la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con Hacienda, con la Seguridad Social y con el Ayuntamiento de Valdemoro. Para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, la empresa presentó un certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social fechado el 6 de junio de 2014 (aportado el 17 de junio) en el que se hacía constar que no figuraba inscrita como empresario en el sistema de la Seguridad Social y no tenía ni había tenido asignado ningún código de cuenta de cotización en ningún Régimen del sistema de la Seguridad Social.

El 18 de junio de 2014 el jefe de servicio de Contratación informó que el único licitador propuesto como adjudicatario había cumplido con el requerimiento de justificación dentro del plazo. En esa misma fecha se acordó por el concejal de Régimen Interior otorgarle la concesión por un canon anual de 17.500 € anuales.

El 23 de junio de 2014 la viceinterventora emitió un informe en el que, tras relacionar la documentación aportada por el empresario, justificativa del cumplimiento de sus obligaciones, -entre la que se encontraba el certificado de la TGSS sobre la inexistencia de inscripción

como empresario en el sistema de la Seguridad Social-, señalaba que el adjudicatario podía aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva.

El contrato se formalizó el 18 de julio de 2014.

TERCERO.- Mediante oficio de 15 de noviembre de 2017 del alcalde-presidente se requirió a la Secretaría General para que emitiese un informe jurídico sobre la posible nulidad de pleno derecho del acuerdo de adjudicación del contrato de concesión demanial del bar-restaurante del Parque Duque de Ahumada por concurrir alguna de las causas de nulidad dispuestas en el artículo 32 del TRLCSP, entre las que se encuentran la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60 del TRLCSP. Y ello, considerando que dicho expediente de contratación había dado lugar al inicio de las Diligencias Previas nº 85/2014 seguidas en el Juzgado Central de Instrucción nº 6, en el marco de la operación denominada "Púnica" y en la que el Ayuntamiento estaba personado como perjudicado, y teniendo en cuenta que el Ayuntamiento debía respetar el principio constitucional de legalidad de la actuación administrativa y, en tal sentido, de acreditarse tal infracción habría que proceder a la revisión de oficio de la adjudicación del contrato.

El 17 de noviembre de 2017 la Secretaría General emitió un informe en el que señalaba dos causas de nulidad del acuerdo de adjudicación del contrato:

- La establecida en el artículo 32 del TRLCSP, letra b): estar incurso en la prohibición para contratar señalada en el artículo 60.d), concretamente, no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social.

- La establecida en el artículo 32 del TRLCSP, letra b) estar incurso en la prohibición para contratar señalada en el artículo 60.e): haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 146 del TRLCSP puesto que del certificado de la TGSS se infería que la empresa no estaba inscrita en la Seguridad Social.

Añadía que, al no estar inscrito en la Seguridad Social, no era posible la adscripción de ningún trabajador a la ejecución del contrato por lo que incurría en una nueva causa de prohibición para contratar del artículo 60,e) del RLCSP: la falsedad al facilitar cualquier otro dato relativo a su capacidad y solvencia.

Proponía por ello:

- Iniciar el procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de adjudicación.

- Suspender la ejecución del acto de adjudicación amparándose en el artículo 108 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

- Solicitar un dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, con suspensión del plazo para resolver el procedimiento de revisión de oficio.

- Iniciar un expediente para ordenar la medida cautelar de la suspensión de la ejecución de la actividad, con audiencia al interesado, según lo dispuesto en el artículo 56 del TRLCSP, dado el interés general que debe presidir la contratación administrativa y dándose la circunstancia de que el contrato en cuestión era el epicentro de las Diligencias Previas nº 8572014, pieza separada 4, de la trama Púnica, por la presunta comisión de los delitos de blanqueo de capitales, fraude fiscal, falsedad documental, prevaricación y otros. Entendía que no podía

mantenerse por más tiempo un contrato en ejecución con claros indicios de irregularidad ni concurrían causas sinalagmáticas que justificasen proseguir con el contrato por demandarlo así el interés público pues, precisamente, era el interés público el que demandaba su suspensión. Se señalaba que concurría el requisito del *fumus boni iuris*, se aludía al *periculum in mora* si no se procedía a la suspensión y, ponderando el interés general y el particular, la medida no suponía un perjuicio de imposible o difícil reparación ni vulneraba los derechos amparados por la ley.

- Notificar el inicio del procedimiento de revisión de oficio al interesado.

Mediante Decreto 4061/2017 de 17 de noviembre de 2017 el alcalde-presidente del ayuntamiento avocó las facultades delegadas en la Junta de Gobierno Local en materia de contratación exclusivamente en el procedimiento de la revisión de oficio del acuerdo de adjudicación del contrato de concesión del bar-restaurante del Parque Duque de Ahumada y las delegó en el Pleno Municipal. Asimismo ordenaba su notificación a los interesados antes de que recayese la resolución final del procedimiento y publicación en el BOCM. El decreto fue publicado en el BOCM el 5 de diciembre de 2017.

El 20 de noviembre de 2017 la concejala de Urbanismo, Obras y Servicios, y Vivienda refrendó la propuesta de la Secretaría General, que fue dictaminada favorablemente por mayoría el 27 de noviembre por la Comisión informativa de Urbanismo, Obras y Servicios, Vivienda, Movilidad, Tráfico y Transportes.

El 30 de noviembre de 2017 el Pleno Municipal aceptó la delegación del alcalde-presidente y aprobó el inicio del procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de adjudicación del contrato de concesión del bar-restaurante del Parque del Duque de Ahumada en los términos señalados por la Secretaría General en su informe, lo que fue notificado al

adjudicatario del contrato, junto con el informe de la Secretaría General, al efecto de realizar alegaciones en el plazo de 10 días, lo que llevó a cabo mediante escrito el 18 de diciembre de 2017.

El concesionario alegaba la nulidad del acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio por haberse dictado por órgano incompetente puesto que las competencias de contratación estaban delegadas en la Junta de Gobierno Local y porque la avocación y la nueva delegación de competencias no se le había notificado como exige el artículo 10 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), no se había justificado adecuadamente, y se habían infringido los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima de los ciudadanos.

En cuanto a la causa de nulidad de la adjudicación del contrato, manifestó que cuando se le requirió para que subsanara el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, presentó la documentación requerida (el certificado de la TGSS en que se especificaba que no estaba inscrito en la Seguridad Social) sin que hubiese falsedad, y el propio Ayuntamiento, a través de la Junta Local de Gobierno, previo informe técnico favorable y sin reparo alguno, entendió que se había dado cumplimiento al requerimiento otorgado. Añadía que se trataba de una empresa de nueva creación y que era lógico que, una vez adjudicado el contrato, no teniendo deudas ni con el Ayuntamiento, ni con la Agencia Tributaria ni con la Seguridad Social, contratase personal después de las obras que tuvo que acometer y que en los pliegos no se exigía que antes del contrato tuviese que tener contratado al personal completo del restaurante cuando además había que realizar obras en el mismo antes de empezar a explotarlo.

En cuanto a la suspensión de la actividad, alegaba como perjuicios el cese en la actividad con el descrédito que ello implicaba, el despido de trabajadores, las resoluciones de contratos mercantiles y la ausencia de

ingresos que permitiesen pagar sus deudas y la casi segura liquidación de la empresa adjudicataria. Y tampoco sería justo que el Ayuntamiento de Valdemoro tuviera que afrontar indemnizaciones millonarias por una decisión adoptada al margen de cualquier criterio legal, justo y razonable si los Tribunales desestimaran sus tesis.

Tras las alegaciones, el alcalde-presidente requirió a la Secretaría General del Ayuntamiento que formulase un informe-propuesta, que se emitió el 15 de enero de 2018. En el informe, que hace las veces de propuesta, se desestimaron las alegaciones de la empresa: el acuerdo de avocación y posterior delegación de competencias en el Pleno Municipal fue aprobado por mayoría, fue publicado y sería notificado al interesado antes de la resolución final del procedimiento tal y como exige el artículo 10 de la LRJSP, y estaba motivado por los motivos de interés general y más en este caso en el que el contrato estaba siendo objeto de investigación penal.

Como causas de nulidad de la adjudicación, señalaba las de los apartados d) y e) del artículo 60 del TRLCSP: no hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social y falsedad al efectuar la declaración responsable al declarar que sí estaba al corriente de tales obligaciones, sin que supusiese una vulneración de la presunción de inocencia el hecho de mencionar en el procedimiento de revisión de oficio las diligencias penales en que está incurso el contrato puesto que la revisión se fundamentaba en la infracción de preceptos del TRLCSP, pero se trataba de una circunstancia de especial relevancia y trascendencia que justificaba la adopción de medidas cautelares por la defensa del interés general. En cuanto a los perjuicios de la suspensión de la actividad, no los acreditaba.

Mediante Decreto 32/18 de 17 de enero el alcalde-presidente solicitó dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora con suspensión del plazo para resolver el procedimiento, lo que fue notificado a la empresa el mismo día,

como consta en el expediente. También consta ese mismo día el registro de salida del Ayuntamiento de la petición de dictamen.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, debe ser consultada en los expedientes de las entidades locales sobre revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes. La consulta se solicita por el alcalde presidente del Ayuntamiento de Valdemoro a través del director general de Administración Local por delegación de firma del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio al amparo del artículo 18.3.c) del ROFCJA.

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, (en lo sucesivo, 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, (en adelante, Real Decreto 2568/1986), 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.

En materia de contratación, el artículo 34.1 del TRLCSP establece que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La señalada remisión de la normativa local y contractual a la legislación del Estado conduce a los artículos 106 a 111 de la LPAC, que regulan la revisión de los actos de la Administración en vía administrativa, y que resulta de aplicación a este procedimiento en virtud de su disposición transitoria tercera, apartado b), dada su fecha de incoación, posterior a la entrada en vigor de la norma.

El artículo 106.1 de la LPAC 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, desde un punto de vista material, 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.

TERCERA.- 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, referencia que 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.

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, y que el procedimiento, si es iniciado de oficio, puede incurrir en caducidad si la tramitación supera el plazo de seis meses, *ex* artículo 106.5 de la LPAC.

En este caso, el acuerdo de inicio del expediente de revisión se produjo el 30 de noviembre de 2017 pero el plazo se ordenó suspender por Decreto de Alcaldía nº 32/18 de 17 de enero hasta la emisión del dictamen por esta Comisión según lo previsto en el artículo 22 de la LPAC, lo que se comunicó el mismo día a la empresa concesionaria. Por tanto, el plazo para resolver estaría suspendido por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada al mismo porque para que se produzca la suspensión del plazo de resolución es necesaria la comunicación de la solicitud y recepción del dictamen, con su efecto suspensivo, a los interesados.

Por otro lado, estas 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).

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 procedimental demanda que dicho trámite se sustancie una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución según dispone el artículo 82 de la LPAC. En este caso, se notificó a la empresa concesionaria tanto el acuerdo de inicio del expediente como el informe de la Secretaría General en que se fundaba por lo que se posibilitó la presentación de alegaciones, que la empresa cumplimentó mediante la presentación de un escrito en el que argumentó lo que a su derecho convino.

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. Asimismo, en dicha resolución se podrán reconocer las indemnizaciones a que hubiere lugar cuando concurren los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración a tenor de lo dispuesto en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

En este caso ha sido la Secretaría General la que ha formulado un informe que hace las veces de propuesta y en el que se exponen los antecedentes de hecho, la fundamentación jurídica, se valoran y se desestiman las alegaciones presentadas por el interesado (incluida la alegación sobre la suspensión de la actividad, que es objeto de un procedimiento independiente según el acuerdo de inicio del presente procedimiento), se argumentan las causas de nulidad que deben fundamentar la resolución definitiva y se propone solicitar un dictamen a esta Comisión, con suspensión del plazo para resolver el procedimiento.

Falta sin embargo en la propuesta un pronunciamiento sobre las posibles indemnizaciones que pudieran corresponder al concesionario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 106.4 de la LPAC, cuando concurren los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración a tenor de lo dispuesto en los artículos 32.2 y 34.1 de la LRJSP, como ya hemos señalado.

CUARTA.- La competencia para proceder a la revisión de oficio viene regulada en el artículo 34.2 del TRLCSP, en cuya virtud, 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, será competente para declarar la nulidad de los actos de adjudicación el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública.

Por su parte, en nuestro ámbito territorial, la determinación de la competencia para proceder a la revisión de oficio de los actos administrativos se establece de conformidad con los artículos 29.3.e), 30.1.e) y 31.2.2.2b) de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de la Administración Local de la Comunidad de Madrid (en adelante, LAL), que disponen que corresponderá a cada uno de los órganos municipales – pleno y alcalde- *“la resolución de los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos en materia de su competencia”*, previsiones que también se contienen para los municipios de régimen común en los artículos 21, 22 y 23 de la LRBRL, y en los artículos 123.1.l), 124.4.m) y 127.1.k) para los municipios de gran población, de los que resulta que corresponderán a cada uno de los órganos municipales las facultades de revisión de oficio de sus propios actos.

Según la cláusula tercera del PCAP, en consonancia con la disposición adicional segunda del TRLCSP, en este caso la competencia le corresponde al alcalde al ser el órgano de contratación, pero el alcalde

había delegado la competencia en la Junta de Gobierno Local por Decreto 2430/2017 de 18 de julio. Sobre el alcance de la delegación, el artículo 34.3 del TRLCSP, dispone que la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar, salvo la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad, que no será susceptible de delegación y deberá resolver sobre la misma el órgano delegante.

No obstante lo anterior, en este caso, de conformidad con los artículos 10 y 11 de la LRJSP, el órgano delegante –el alcalde– ha dictado el Decreto 4061/2017 de 1 de noviembre por el que, en defensa del interés general y los principios de transparencia y buen gobierno, avoca la competencia a los solos efectos del procedimiento de revisión de oficio del contrato que nos ocupa. Por ese mismo decreto y respecto del procedimiento en cuestión, se ha procedido a delegar la competencia para revisar de oficio el contrato de concesión en el Pleno Municipal, órgano de máxima representación política de los ciudadanos en el gobierno municipal (ex artículo 122 del LBRL). Dichas avocación y delegación se han publicado en el BOCM.

En cuanto al acto objeto de revisión, la adjudicación del contrato de concesión, es susceptible de revisión según lo dispuesto en el artículo 34.1 del TRLCSP y se dictó por un órgano cuyas resoluciones ponían fin a la vía administrativa según el artículo 52.2.a) de la LBRL, tal y como ordena el artículo 34.2. Y, en consonancia con el artículo 106 de la LPAC, se trata de un acto que puso fin a la vía administrativa y que no fue recurrido en plazo.

QUINTA.- Respecto de la potestad de revisión de oficio, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y también 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) han 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 señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de septiembre de 2015 (recurso 733/2013) con cita de la sentencia de 17 de enero de 2006 (recurso 776/2001), se trata de confrontar dos exigencias contrapuestas, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica por lo que solo procede la revisión en *“concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros”*.

Los vicios tributarios de nulidad habrán de estar debidamente acreditados, debiendo acreditarse por la parte que los alega. Dada la regla

general de que nadie puede ir contra sus propios actos, la carga de la prueba de la existencia de los motivos de nulidad de los actos administrativos en un procedimiento de revisión corresponde a la Administración, como estableció la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011).

SEXTA.- En el presente caso, el acto a revisar es el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 24 de junio de 2014 por el que se adjudicó a la concesionaria el contrato de concesión demanial del bar-restaurante del Parque Duque de Ahumada de la calle Libertad, nº 1, de Valdemoro.

Según el artículo 34.2 del TRLCSP, la revisión de oficio debe seguir los cauces de la LPAC, que, entre las causas de nulidad señaladas en el artículo 47.1 de la LPAC, recoge en su apartado g), las que se establezcan expresamente en una disposición con rango de ley, lo que nos remite, en materia de contratación, al TRLCSP, donde se establecen las causas de nulidad de los contratos administrativos.

Las causas de nulidad esgrimidas en este expediente son:

- La establecida en el artículo 32 del TRLCSP, letra b), esto es, estar incurso en la prohibición para contratar señalada en el artículo 60.d), concretamente: no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social puesto que la empresa licitadora no estaba inscrita en ningún Régimen del sistema de la Seguridad Social.

- La establecida en el artículo 32 del TRLCSP, letra b), es decir, estar incurso en la prohibición para contratar señalada en el artículo 60.e): haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 146 del TRLCSP puesto que del certificado de la TGSS se infería que la empresa no estaba inscrita en la Seguridad Social.

Tal y como se ha relatado en los antecedentes de hecho, mediante escrito de 3 de abril de 2014 la empresa declaró que se hallaba al

corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, con las de la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes y con las del Ayuntamiento de Valdemoro, y dado que resultó el único licitador al ser excluido el otro que se había presentado por no haber aportado determinada documentación técnica, se le requirió para que presentase la justificación de hallarse al corriente en el cumplimiento de dichas obligaciones. Para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social presentó un certificado de la TGSS fechado el 6 de junio de 2014 en el que se hacía constar que la empresa no figuraba inscrita como empresario en el sistema de la Seguridad Social y no tenía ni había tenido asignado ningún código de cuenta de cotización en ningún Régimen del sistema de la Seguridad Social.

Tomada cuenta de dicho documento, ni el jefe de servicio de Contratación en su informe de 18 de junio de 2014, ni la viceinterventora en su informe de 23 de junio de 2014 pusieron reparo alguno y dieron por justificado el requerimiento de acreditación del cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social.

Sin embargo, el hecho de que por la Administración se tuviera por cumplimentado el requerimiento efectuado se ve enervado por el certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social fechado el 6 de junio de 2014 que ponía de manifestó que la empresa no figuraba inscrita como empresario en el sistema de la Seguridad Social y no convalida tal incumplimiento. Incumplía así el artículo 99.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, vigente en el momento de la adjudicación: *“Los empresarios, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, solicitarán su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social”*. En el mismo sentido se pronuncian el actual artículo 138.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30

de octubre, y el artículo 5.1 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

Por su parte, el artículo 14 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), señala lo que debe entenderse por estar al corriente en la Seguridad Social:

“A los mismos efectos de lo previsto en el artículo 20, párrafo f), de la Ley, [hoy, artículo 60.1,d) del TRLCSP] se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, cuando en su caso, concurren las siguientes circunstancias:

a) Estar inscritas en el sistema de la Seguridad Social y, en su caso, si se tratare de un empresario individual, afiliado y en alta en el régimen que corresponda por razón de la actividad.

b) Haber afiliado, en su caso, y haber dado de alta, a los trabajadores que presten servicios a las mismas.

c) Haber presentado los documentos de cotización correspondientes a las cuotas de Seguridad Social y, si procediese, de los conceptos de recaudación conjunta con las mismas, así como de las asimiladas a aquéllas a efectos recaudatorios, correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha de solicitud de la certificación.

d) Estar al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social.

2. El cumplimiento de las circunstancias indicadas en el apartado anterior se acreditará mediante la presentación por la empresa ante el

órgano de contratación de la certificación positiva regulada en el artículo 15 de este Reglamento”.

La empresa concesionaria en sus alegaciones no ha negado que no estuviese inscrita en el momento de licitar pero se escuda en que la Administración estaba al corriente de ello y en que, dado que había de acometer obras de acondicionamiento previas, no podía exigírsele que tuviese contratado al personal del restaurante durante la realización de tales obras.

Esta Comisión no desconoce la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 19 de febrero de 2010 (rec. núm. 2666/2003) en la que, con cita de otra sentencia del mismo tribunal (sentencia 26 de septiembre de 2006, recurso 1550/2001, que consideró válida la inscripción en la Seguridad Social después de la adjudicación del contrato), entendió que la falta de inscripción en la Seguridad Social no podía asimilarse a la falta de capacidad para contratar y que si a la fecha de expedición de la certificación de la TGSS no estaba escrita como empresa era porque no había empleado a trabajadores por cuenta ajena.

Sin embargo, si según el artículo 60 del TRLCSP no pueden contratar con la Administración los empresarios que no se hallen al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social o hayan incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable que lo afirme, lo cierto es que el adjudicatario, al ser requerido para ello no acreditó su inscripción en el correspondiente Régimen del sistema de la Seguridad Social, por lo que no puede considerarse que el licitador estuviese al corriente de sus obligaciones sociales según el tenor literal del artículo 14 del RGLCAP, y la declaración que presentó al procedimiento de licitación faltaba a la verdad. Dicho artículo es claro en su redacción por lo que no da lugar a interpretación alguna, sino a la pura y simple aplicación del precepto en su literal dicción (*in claris non fit interpretatio*).

En este sentido se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de abril de 2014 (rec. 663/2011) en un supuesto en el que se había alegado que al no tener trabajadores la empresa no estaba obligada a la inscripción en la Seguridad Social: *“el argumento de que como no tenía trabajadores no estaba obligada a la inscripción en la Seguridad Social, no se corresponde con lo dispuesto en el 14 del Real Decreto 1098/2001” (...)* *“En la contratación con el Estado, a tenor del precepto antedicho, no estar inscrita una empresa en el sistema de la Seguridad Social, implica que no se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social”*.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de marzo de 2006 (rec. 473/2003) señaló que *“la existencia de la prohibición de contratar de la adjudicataria es notoria, evidente y está probada, al no constar inscrita en el Sistema de la Seguridad Social, con todas las repercusiones que dicha omisión puede conllevar”*, lo que en aquel caso supuso la nulidad de la adjudicación del contrato de explotación de una parcela mediante una estación de servicio y otras actividades comerciales complementarias y su adjudicación al siguiente licitador cuya oferta resultaba más ventajosa.

Ante estas circunstancias, procedería la revisión de oficio.

SÉPTIMA.- Una vez determinado que procede la revisión de oficio del acuerdo de adjudicación del contrato de concesión del bar-restaurante del Parque Duque de Ahumada, procede analizar si concurren los límites previstos en el artículo 110 de la LPAC a cuyo tenor: *“Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*.

Los límites previstos en el artículo 110 LPAC han sido objeto de interpretación por la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de enero de 2017 (RC 1934/2014) considera:

«En definitiva, si de un lado en el artículo 102 de la ley se establece la posibilidad de proceder a la revisión de oficio sin sujeción a plazo (en cualquier momento), en el artículo 106 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén, limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego. Esta previsión legal permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiriéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores.

Ahora bien, la correcta aplicación del art. 106 de la Ley 30/1992, como ya dijimos en la STS nº 1404/2016, de 14 de junio de 2016 (rec. 849/2014), exige “dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u ‘otras circunstancias’); por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes”.

Es por ello que la jurisprudencia ha sostenido que “la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del art. 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo el precepto tanto la prescripción tributaria, como la de los derechos y

obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y los derechos adquiridos en las relaciones entre particulares” (STS de 17 de enero de 2006). Y también hemos señalado que este límite opera tan solo cuando “el ejercicio de la facultad de revisión que pretende hacer valer la parte actora se presenta contrario a la buena fe y como tal no merece ser acogida la postura de quien consciente y voluntariamente difiere de forma tan exagerada las posibilidades de reacción que siempre tuvo a su disposición, estando prevista la aplicabilidad de dicho artículo 106 precisamente como adecuado complemento para evitar que la ausencia de un plazo para instar la nulidad pueda ser torticeramente utilizada en actuación contraria a la buena fe”, tal y como señala la STS de 1 de julio de 2008 (rec. 2191/2005).

(...)

La acción destinada a instar la nulidad de pleno derecho, a diferencia de las acciones para exigir el reintegro, no está sujeta a plazo alguno de prescripción y precisamente por ello el art. 106 de la Ley 30/1992 permite que solo puede impedirse su ejercicio en supuestos excepcionales. Es por ello que el lapso temporal utilizado para el ejercicio de la acción de revisión no se ha identificado con los plazos de prescripción de las acciones frente actos anulables sino que ha recibido una interpretación mucho más restrictiva, reservándose para aquellos supuestos en los que el plazo transcurrido resulta excesivo y desproporcionado afectando a la seguridad jurídica generada y muy especialmente cuando afecta a terceros. Normalmente en aquellos casos en los que el lapso de tiempo transcurrido desde que se conocieron las irregularidades o vicios del acto y la actitud de pasividad mostrada desde entonces permite entender que debe primar el principio de seguridad jurídica frente al de legalidad, pues la equidad y buena fe hacen improcedente su revisión. Así se ha considerado por la jurisprudencia, aplicando la excepción prevista en

el art. 106 cuando se ha pretendido la anulación de deslindes aprobados décadas antes de su revisión (SSTS de 21 de febrero de 2006, rec. 62/2003 y de 20 de febrero de 2008 (rec. 1205/2006); o en los casos de anulación de un acuerdo de colegiación instado veinte años después (STS 16-7-2003, sección. 4ª, recurso 6245/1999), por entender que resulta contraria a la equidad; o cuando habían transcurrido 58 años desde la aprobación del deslinde que se pretendía impugnar (STS de 17 de noviembre de 2008 (rec. 1200/2006) entre otros».

En este caso, dejaremos a un lado la consideración tantas veces repetida a lo largo de este procedimiento en relación a las diligencias penales en que está incurso este contrato y que será objeto de enjuiciamiento en sede jurisdiccional penal y por otros argumentos ajenos a este procedimiento, y nos centraremos en determinar si se dan los límites señalados en el artículo 110 de la LPAC para evitar la revisión de oficio.

Por un lado, no puede considerarse que haya transcurrido un tiempo tal que impida ejercitar la revisión de oficio, cuando además se trata de un contrato de concesión cuya duración estaba prevista en 30 años y de los que han transcurrido algo más de 4 años. En cuanto a otras circunstancias que pudieran hacer aconsejable no proceder a la anulación de la adjudicación y sopesando la concurrencia o no de la contrariedad de la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes, cabe señalar que podría considerarse como circunstancia contraria a dicha revisión el hecho de que, convocado el concurso público para la adjudicación del contrato, la empresa concesionaria fue la única licitadora que no fue excluida por lo que no se perjudicaría el derecho de ningún otro licitador que hubiera querido optar a dicha contratación.

No obstante, ha de señalarse que a la licitación se presentaron tan solo dos licitadores y que la adjudicataria resultó elegida al haber sido

excluido el otro licitador al no haber presentado la documentación técnica que se le requería. Lo mismo que habría de haber ocurrido con la adjudicataria al no estar al corriente con sus obligaciones sociales si el Ayuntamiento, al revisar la documentación de la adjudicataria, hubiera desplegado el mismo celo que con el otro licitador.

Por otro lado, podría argüirse que la concesionaria se inscribió en el sistema de la Seguridad social con posterioridad, y que desde entonces ha venido desarrollando y cumpliendo el contrato y todas las obligaciones inherentes al mismo. Pues bien, no existe prueba en este procedimiento de tal circunstancia puesto que ni la Administración ni la empresa concesionaria han manifestado o probado nada al respecto por lo que se ignora si la empresa está en la actualidad al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social y si cumple correctamente con las demás obligaciones contractuales.

Por ello, no consideramos aplicables los límites señalados en el artículo 110 de la LPAC para proceder a la revisión de oficio.

OCTAVA.- En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad debemos señalar que el artículo 65 de TRLCAP 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”*.

También el artículo 106.4 de la LPAC determina que, al declararse la nulidad de una disposición o acto, puedan establecerse las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la LRJSP.

En la propuesta de resolución no se prevén los efectos de la anulación del acto, ni la liquidación del contrato con la restitución

recíproca que deba haber lugar, ni pronunciamiento sobre la indemnización que pueda corresponder.

En este último aspecto, el Ayuntamiento de Valdemoro, al actuar mediante la Junta de Gobierno Local que lo representaba en este contrato, no puede considerarse ajeno a la culpa que también concurre en la empresa licitadora, de ahí que no pueda reclamarse indemnización a esta, sin perjuicio de las acciones que estime procedente ejercitar para la defensa de los intereses municipales y la depuración de las posibles responsabilidades en que se haya podido incurrir en la contratación irregular. Y como ya hemos manifestado, el pronunciamiento sobre la indemnización no podrá delegarse sino que corresponderá al órgano de contratación municipal.

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

CONCLUSIÓN

Procede la revisión de oficio del Acuerdo de 24 de junio de 2014 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valdemoro por el que se adjudicaba el contrato de concesión demanial del bar-restaurant del Parque Duque de Ahumada de la calle Libertad 1 de Valdemoro a la mercantil LA VID HOSTELEROS S.L., debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre los efectos de la nulidad de la adjudicación, esto es, sobre la liquidación del contrato y la indemnización al interesado.

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 1 de marzo de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 97/18

Sr. Alcalde de Valdemoro

Pza. de la Constitución, 11 – 28340 Valdemoro