

Dictamen nº: **524/22**  
Consulta: **Alcalde de Madrid**  
Asunto: **Contratación Pública**  
Aprobación: **30.08.22**

**DICTAMEN** de la Sección de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de agosto de 2022, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, por conducto de la Consejería de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato denominado “*Suministro de 522.000 mascarillas FFP2 y FFP3*” (expediente núm. 300/2020/00733-53) suscrito con la empresa SANIPROTECT, SL, (en adelante “*la contratista*”).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 17 de junio de 2022 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento Madrid, asignándose al expediente el número 409/22 y comenzando 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).

Constatándose que el expediente contenía diversos ficheros que no se podían visualizar, con fecha 22 de junio, se solicitó su correcta remisión, a tenor de los artículos 14.1.g) y 19.2 del ROFCJA, para poder emitir el dictamen preceptivo con conocimiento completo de sus circunstancias, suspendiéndose el plazo establecido para la emisión del mismo.

El día 14 de julio de 2022, se recibió en esta Comisión la documentación solicitada, continuando entonces el cómputo del plazo para la emisión del presente dictamen.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Sección de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 30 de agosto de 2022.

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

El presente Dictamen analiza la propuesta de resolución de un contrato basado en el previo *“Acuerdo Marco para el suministro de equipos de protección individual y productos sanitarios (9 lotes)”* (Número: 300/2020/00733), cuyo objeto se refiere al suministro de equipos de protección individual y productos sanitarios con destino a los centros del Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y empresas municipales.

Mediante Resolución del Director General de Contratación y Servicios de fecha 3 de noviembre de 2021 se adjudicó el contrato basado *“Suministro de 522.000 mascarillas FFP2 y FFP3” (expediente núm. 300/2020/00733-53)* a la empresa contratista, con el siguiente desglose: 501.000 Mascarilla FFP2 y 21.000 Mascarilla FFP3, con destino a la Subdirección General de SAMUR/Protección Civil y la

Dirección General de Bomberos, por un importe total de 60.150,00 euros (IVA exento), cuyo plazo de ejecución, conforme al plazo de entrega ofertado por la misma, era de 2 días hábiles a contar desde la notificación de la citada resolución a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PLACSP), sin que cupieran entregas parciales.

De conformidad con sus PCAP, no se exigió garantía alguna con ocasión de la adjudicación del Acuerdo Marco, ni con ocasión de la adjudicación del contrato basado.

Con carácter previo a su adjudicación, se requirió a la empresa contratista la confirmación de la “viabilidad de su oferta” en relación con este contrato basado, núm. 300/2020/00733-53, esto es, la disponibilidad del producto ofertado para poder cumplir el contrato en tiempo y forma. Dicha empresa confirmó expresamente la viabilidad del contrato basado en fecha 27 de octubre de 2021 a través de la PLACSP, según consta en el expediente.

La notificación de la resolución de adjudicación contractual tuvo lugar el día 5 de noviembre de 2021 a las 08:59 a.m., por lo que el plazo máximo de 2 días hábiles para efectuar la entrega finalizó el día 8 de noviembre de 2021 a las 23:59 p.m. al ser inhábiles los días 6 y 7 de noviembre.

El viernes 12 de noviembre de 2021 y el lunes 15 de noviembre de 2021, la empresa adjudicataria realizó dos entregas parciales de mascarillas FFP2, que suman una cantidad de 365.500 unidades, quedando pendientes de entrega 134.500 unidades de mascarillas FFP2 y 21.000 unidades de mascarillas FFP3.

Según consta, el 8 de noviembre de 2021 la contratista intentó suministrar al promotor y destinatario del contrato las unidades

pendientes de otras marcas/modelos diferentes de los validados por los servicios técnicos del Ayuntamiento de Madrid con ocasión de la adjudicación del Acuerdo Marco. Ante la negativa del Ayuntamiento de Madrid a recibir marcas diferentes de las acordadas y homologadas por los servicios técnicos, Saniprotect S.L. solicitó formalmente en fecha 11 de noviembre de 2021 la sustitución de las marcas/modelos de mascarillas inicialmente ofertadas y homologadas, con ocasión de la adjudicación a su favor del lote 6 “Mascarillas de Protección FFP2 y FFP3” del AM, por otras diferentes.

Esta modificación propuesta por la contratista se fundaba en la previsión de la cláusula 14.2 del PCAP del Acuerdo Marco, que dispone: *“Las empresas adjudicatarias podrán proponer a la Administración la sustitución de los bienes incluidos en el Catálogo de EPIS por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados”*.

Los servicios técnicos municipales realizaron en fecha 12 de noviembre de 2021 una comprobación de las muestras, así como de la documentación técnica correspondiente a las nuevas mascarillas ofertadas por la empresa, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPTP) y constatar las supuestas mejoras que los nuevos artículos debían suponer, como requisitos previos para poder tramitar la modificación del Catálogo de Epis conforme a la Cláusula 14.2 del PCAP, concluyendo con la emisión en fecha 24 de noviembre de 2021 de un informe técnico desfavorable a la solicitud de sustitución instada por la mercantil.

Obra además otro informe, de fecha 15 de noviembre de 2021, emitido por la subdirectora general económico-administrativa de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil, unidad destinataria del suministro en cuestión, que trasladó la imposibilidad

para aceptar las mascarillas tipo FFP2 y FFP3 en cuyo empaquetado venga reflejado la advertencia “*non medical*” o similar (uso no médico), situación que se producía en las ofrecidas por el contratista en sustitución de las inicialmente comprometidas, explicando: “...*el motivo de la negativa de aceptación reside en que el personal de SAMUR-Protección Civil, al que van destinadas como usuarios finales, es en su totalidad personal médico o sanitario por lo que no se puede aceptar el uso de mascarillas en las que figura la citada advertencia. El material sanitario requerido no debe contener en modo alguno la citada advertencia de ‘No uso médico’, sin entrar a valorar si se trata de un tema de eficacia de la mascarilla o de un tema normativo-legislativo del país de origen*”.

El 26 de noviembre de 2021, se emitió informe técnico por el responsable del contrato haciendo constar las unidades efectivamente suministradas y la circunstancia de que quedaban pendientes de entrega 134.500 unidades de mascarillas FFP2 y 21.000 unidades de mascarillas FFP3. Constan igualmente los previos certificados de conformidad con las entregas parciales de mascarillas FFP2 efectuadas al SAMUR-Protección Civil y a la Dirección General de Bomberos, de fechas 11 y 15 de noviembre de 2021.

Por su parte, finalizado el expediente administrativo tramitado por causa de la propuesta de la contratista sobre la modificación del Catálogo de EPIS, sin que la contratista solicitara en ningún momento copia o acceso al mismo; mediante Decreto de 15 de diciembre de 2021 de la delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal se desestimó formalmente la solicitud de la contratista, de sustitución de las mascarillas inicialmente ofertadas. La resolución se notificó en esa misma fecha a Saniprotect S.L. a través de la PLACSP, con expresa indicación de sus fundamentos técnicos y jurídicos y de los recursos de

que era susceptible. Esa resolución fue nuevamente notificada el día 7 de marzo de 2022.

A la vista del perjuicio que podía suponer el incumplimiento del contrato a los destinatarios del suministro: la Subdirección General de SAMUR/Protección Civil y la Dirección General de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid; en fecha 20 de diciembre de 2021, el órgano de contratación requirió nuevamente a la contratista el íntegro cumplimiento contractual, otorgándole a esos efectos un nuevo plazo de 2 días hábiles a contar desde la notificación de ese requerimiento a través de PLACSP, efectuada ese mismo día.

Mediante nuevo informe técnico, de fecha 22 de febrero de 2022, se constató por el responsable del contrato que la mercantil obligada seguía sin suministrar las 134.500 unidades de mascarillas FFP2 y 21.000 unidades de mascarillas FFP3.

Consta igualmente en el expediente la recepción de conformidad y correspondiente abono, por parte de la D.G. de Emergencias y Protección Civil, de 366.500 unidades de mascarillas FFP2.

Ante la situación de incumplimiento parcial del suministro, con fecha 2 de marzo de 2022, la titular de la Jefatura del Servicio de Contratación Centralizada Municipal, como responsable del Acuerdo Marco, instó formalmente la resolución contractual, conforme al artículo 211.1 f) de la LCSP, sin exigencia de indemnización por daños y perjuicios y sin incautación de garantía.

En su virtud, el director general de Contratación y Servicios como órgano de contratación de los contratos basados en el Acuerdo Marco de referencia, suscribió la correspondiente resolución iniciadora del procedimiento, de fecha 3 de marzo de 2022.

**TERCERO.-** Del expediente de resolución contractual que nos ocupa, iniciado por resolución del director general de Contratación y Servicios, de 3 de marzo de 2022, interesa destacar los siguientes trámites:

La resolución iniciadora se notificó a la contratista a través de la PLACSP, otorgándole trámite de audiencia, durante los 15 días naturales siguientes.

En fecha 21 de marzo de 2022, la contratista presentó escrito de alegaciones manifestando haber realizado un intento de cumplimiento que fue “*rechazado arbitrariamente por el Ayuntamiento*” y, en concreto, que “*intentó entregar la totalidad de las mascarillas objeto del contrato basado mediante mascarillas alternativas a las homologadas en el trámite del Acuerdo Marco y que tales mascarillas alternativas, que cumplen escrupulosamente la normativa de la UE y de los propios pliegos del Acuerdo Marco y, además, incorporan una mejora significativa como es la espuma bajo el clip nasal*”- sic.-, añadiendo que, “*fueron rechazadas por el órgano de contratación, sin aportar ni un solo argumento jurídico*”.

El contratista argumentaba en sus alegaciones que las mascarillas alternativas por él propuestas encajarían en la posibilidad recogida en la cláusula 14.2 del PCAP rector del Acuerdo Marco, alusiva al suministro de modelos alternativos, “*siempre que éstos aportaran mejoras técnicas*”.

En su escrito de alegaciones la contratista también aludía a una falta de valoración de cierto informe pericial en sustento de sus razonamientos, que la indicada empresa habría presentado a través de la PLACSP el 29 de noviembre de 2021.

El expediente de resolución contractual remitido, incorpora dos informes que analizan particularmente la viabilidad de la sustitución de las mascarillas ofertadas inicialmente, que solicitó la contratista, al ser la negativa municipal a su admisión la que propicia el incumplimiento del suministro y, por ende, motiva la propuesta de resolución contractual. A saber:

1. El informe de 9 de marzo de 2022 del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Ayuntamiento de Madrid adscrito al Organismo Autónomo “Madrid Salud”, que informó desfavorablemente la sustitución de las mascarillas planteada. En el mismo se explica: “(...) *El texto ‘uso no medico’ o ‘non medical use’ es una imposición del gobierno chino a este tipo de productos no sanitarios fabricados en China, ensayados como EPI en origen, como parte de una serie de medidas para fortalecer la supervisión, la regulación y el control de calidad de las exportaciones, lo que puede provocar evidentes inconvenientes relativos a lograr los objetivos de utilización continua de estos equipos por parte del personal sanitario, al figurar la leyenda descrita en los embalajes, lo cual puede crear un problema de seguridad y salud, al no poder garantizarse el uso de los mismos por parte de sus destinatarios*”.

Y sobre la incorporación de espuma bajo el clip nasal, indicaba: “*En relación con la inclusión de la espuma bajo el clip como elemento de mejora, indicar que este tipo de actuaciones es una mejora de carácter mínimo para el confort de los usuarios, pero no para la eficacia de los equipos de protección individual*” y añade: “*no ha sido justificada la supuesta mejora relacionada con el confort por parte del licitante, más allá de su mera declaración*” y también que, “*no se acredita la concurrencia de los requisitos establecidos en la Cláusula 14.2 del PCAP para aceptar la sustitución solicitada, al no acreditar que el nuevo bien incorpore un avance o innovación tecnológica que mejore las prestaciones o características del producto inicialmente ofertado, sino que se advierte*



la existencia de una leyenda “non medical use”, a la cual ya hemos hecho referencia anteriormente».

2. A mayor abundamiento, sobre la trascendencia de la leyenda “non medical use”, se realizó una nueva consulta a los servicios técnicos municipales que, en un nuevo informe técnico de fecha 25 de marzo de 2022, explicaron que debe diferenciarse entre equipos de protección individual (que se utilizan para proteger a los trabajadores frente a los riesgos asociados al trabajo, que se comercializan atendiendo al Reglamento UE 2016/425) y productos sanitarios (que se utilizan para proteger la salud del paciente y que se comercializan atendiendo al Reglamento UE 2017/745), dado que los requerimientos técnicos para obtener las correspondientes certificaciones en uno y otro caso, no son coincidentes. Así pues, según se indica expresamente: *“Como se indica en la Guía técnica sobre exposición a Agentes Biológicos, la protección mínima recomendable para el personal sanitario que pueda estar expuesto a agentes biológicos es una mascarilla autofiltrante FFP2, cuando en el desarrollo de la actividad existan operaciones que puedan generar bioaerosoles en concentraciones elevadas, por ejemplo, si se provoca la tos del paciente durante la broncoscopia, la intubación o la succión, se recomienda, al menos, el uso de mascarillas FFP3. (...) “Los estándares de fabricación en China para los equipos de protección individual respiratorios son dos normas de rendimiento distintas. Por un lado, la norma GB 2626-2019 Respiratoria protection – non powered air purifying particle respirator, y por otro, la norma GB 19083-2010 Technical requirements for protective fase mask for medical use. La diferencia entre la fabricación mediante la norma GB 2626 y la norma GB 19083 estriba, entre otras cosas, en la resistencia a la penetración de gotículas de sangre y otros fluidos, dado que la GB 19083-2010 tiene una prueba de resistencia a la penetración de sangre sintética a través del material de fabricación.*

*Es el fabricante el que, de acuerdo a la norma GB 2626-2019, y la imposición del Gobierno Chino, incluye las advertencias que considera adecuadas respecto al uso del equipo de protección Y en este caso figuran las advertencias: ‘non medical use’ o similar”.*

Añade este informe: «*De acuerdo con la norma UNE 149, punto 10: “La información suministrada por el fabricante debe contener toda la información necesaria para personas entrenadas y cualificadas sobre: Aplicaciones/limitaciones”*» y añade que: “*de acuerdo con el Reglamento UE 2016/425, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual: Los EPI sólo se comercializarán si, en condiciones de mantenimiento adecuado y de utilización para su uso previsto, cumplen con el presente reglamento y no ponen en peligro la salud o la seguridad de las personas, animales domésticos o los bienes (artículo 4). Lo cual hace que la comercialización de los equipos de protección individual solo pueda utilizarse para el uso previsto y con las limitaciones que incluye el fabricante”*. Finalmente, el mismo informe destaca la evidente situación de inseguridad que generaría en los usuarios - Protección civil, SAMUR y Bomberos-, el empleo de mascarillas en las que figurara esa leyenda.

En fecha 10 de mayo de 2022, se requirió a la Asesoría Jurídica municipal la emisión del preceptivo informe jurídico previo a la adopción de la resolución contractual y, al amparo de las previsiones del artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC, el día 18 del mismo mes y año se acordó la suspensión del procedimiento, por el tiempo que mediara entre la notificación de la indicada resolución y la recepción del informe de Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, que no podrá exceder de 3 meses; notificándose al contratista la suspensión a través de la PLCSP, el día 19 de mayo de 2022.

El día 6 de junio de 2022, en ejercicio de sus funciones consultivas, la Asesoría Jurídica emitió el informe requerido. En el mismo se analizó la propuesta de resolución contractual y los contraargumentos planteados en sus alegaciones por la contratista, sustentando sus consideraciones jurídicas relativas al rechazo de la modificación de las mascarillas propuesta, motivadora del incumplimiento, en los argumentos de los informes técnicos de 9 y 25 de marzo de 2022 y la concluyendo que procedería la resolución del contrato, sin perjuicio de la necesidad de circunscribir sus efectos a la parte correspondiente a las mascarillas no suministradas y de indicar la necesidad de determinar si se hubieran producido o no daños a la administración para justificar si procede o no exigir indemnización al contratista y de incluir las menciones de los artículos 213.3 y 307 de la LCSP.

Mediante informe técnico suscrito por el responsable del contrato basado, de fecha 7 de junio de 2022, incorporado al expediente, se hace constar que no procede la exigencia de indemnización por daños y perjuicios al no haberse ocasionado a la Administración daños ni perjuicios.

Se han evacuado por la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid sendos informes de conformidad, referidos a los suministros destinados al SAMUR-Protección Civil y Bomberos, respectivamente, con fechas de 17 y 20 de diciembre de 2021.

En vista de todos esos informes y trámites, se ha formulado una propuesta de resolución, que da respuesta a las cuestiones suscitadas en el procedimiento, con sustento en las argumentaciones de los informes técnicos emitidos, que reproduce parcialmente y, en cuanto a la pretendida falta de valoración de los argumentos recogidos en el informe pericial aludido en las alegaciones de la contratista, se indica que el mismo formaba parte de un recurso de reposición interpuesto de

forma incompleta en fecha 30 de noviembre de 2021 por la mercantil y que, dadas sus carencias sustanciales no subsanadas, hubo de ser rechazado y que, además, no forma parte del expediente.

Así pues, se explica que en dicho escrito/recurso se omitía, entre otros aspectos, la indicación de cual fuera el acto administrativo recurrido, por lo que, en fecha 29 de diciembre de 2021 se requirió a la empresa a través de PLCSP la correspondiente subsanación, al estar en blanco varias de sus páginas, haciéndose constar en el citado requerimiento que, en caso de no contestar, se le tendría por desistido de su petición en los términos indicados en los arts. 68 y 21 de la LPAC y que, al no atender la contratista el requerimiento efectuado, mediante Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, de fecha 13 de abril de 2022, se había declarado a la empresa desistida de esa petición/recurso. Por este motivo, no se había realizado ninguna mención explícita al informe pericial referido por la contratista.

En su parte dispositiva, la propuesta interesa resolver el contrato derivado al concurrir la causa del artículo 211.1 apartado f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP/17), referida al *“incumplimiento de la obligación principal del contrato”*.

Según ya se indicó, al ser preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, ante la oposición a la propuesta de resolución formulada por la empresa adjudicataria; se cursó la correspondiente petición, acordándose por segunda vez la suspensión del procedimiento, mediante resolución de fecha 9 de junio de 2022. La notificación del acuerdo de suspensión se produjo el día siguiente.

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) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*”.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el consejero de Administración Local y Digitalización, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 b) del ROFCJA (“3. *Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este será recabado:(...) c) Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local*”).

El contratista ha formulado su oposición y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3 de la LCSP/17.

**SEGUNDA.-** Del expediente tramitado, resulta indubitada la aplicación tanto al Acuerdo Marco 300/2020/00733, como a su contrato derivado 300/2020/00733-53, adjudicado el 3 de noviembre de 2021, la regulación contenida en la LCSP/17.

De igual modo, también resulta aplicable la misma normativa a la tramitación del procedimiento de resolución contractual, por ser el vigente en el momento del inicio de este último, el 3 de marzo de 2022, según el criterio de esta Comisión Jurídica Asesora, recogido entre otros en el reciente dictamen 323/22, de 24 de mayo, o en el 173/19, de 29 de abril.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que: *“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 LCSP/17, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

El artículo 191.1 LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*, circunstancia que no concurre en el presente, pues en este contrato no se constituyó garantía.

Por otro lado, el apartado tercero de este artículo 191 dispone que es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por lo que se refiere al ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación.

En este caso, al tratarse de un municipio de gran población, figura emitido el informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 20 de junio de 2022, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional octava e) de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local en relación con el artículo 114.3 del TRRL y también de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191.2 en relación con el artículo 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, y el artículo 57.1.c) del Reglamento Orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004.

El indicado informe de la Asesoría Jurídica municipal resulta de fecha posterior al trámite de alegaciones de la contratista, aunque como viene manteniendo esta Comisión entre otros en Dictamen 294/19, de 11 de julio y Dictamen 155/18, de 5 de abril, dado su carácter jurídico, su emisión posterior no plantea problemas de indefensión al contratista, puesto que ordinariamente no añade hechos nuevos, que fundamente la resolución del contrato.

También figuran sendos informes de conformidad de la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid, de fechas 17 y 20 de diciembre de 2021, emitidos con anterioridad a la fecha de otorgamiento del trámite de audiencia al contratista aunque, conforme a lo dispuesto en el artículo 219.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, el artículo 13 del Real Decreto 424/2017, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del

Sector Público y el Acuerdo de Pleno de fiscalización e intervención limitada previa; estos informes se refieren al análisis de la existencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente, a la competencia del órgano que genera estas obligaciones o gastos y a su adecuada aprobación y compromiso y lógicamente, todas esas cuestiones en nada afectan al debate que se suscita en este procedimiento.

Si perjuicio de lo expuesto debe hacerse notar que se observa que, en este caso se ha dado audiencia al contratista al comienzo del procedimiento y con fecha anterior a la emisión de la totalidad de los informes técnicos incorporados, que analizan la cuestión en que se centra su oposición, esto es en momento anterior al informe de 9 de marzo de 2022 del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Ayuntamiento de Madrid adscrito al Organismo Autónomo “Madrid Salud” y muy en particular, con anterioridad al informe de 25 de marzo de 2022, que es el que justifica con mayor profundidad y rigor técnico la falta de aptitud de las mascarillas alternativamente ofrecidas por el contratista; sustentándose la propuesta de resolución precisamente en los fundamentos técnicos que ese último informe proporciona, sobre los que la contratista no ha tenido ocasión de pronunciarse.

Sobre esta cuestión, debe recordarse que es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así los Dictámenes 435/20, de 6 de octubre; 61/16, de 5 de mayo; el 397/16, de 8 de septiembre y el 155/18, de 5 de abril; entre otros) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos o de especial relevancia, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones determinantes para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento.



Debe hacerse notar que, además, tampoco se ha incorporado al procedimiento el informe pericial al que se refiere en sus alegaciones la contratista, que si bien no se acompañaba a su escrito, pudiera haberle sido requerido con una finalidad garantista, ante su evidente intención de que sirviera para justificar sus argumentaciones, habiendo determinado el proceder seguido en este punto, *de facto*, una suerte de denegación de esa diligencia de prueba, sin justificación alguna y en contra de las previsiones contenidas en el artículo 77 de la LPAC, al referirse a la actividad probatoria en los procedimientos administrativos. En dicho precepto, en sus tres primeros párrafos, indica:

*“1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

*2. Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días.*

*3. El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”.*

Por todo lo expuesto y dada su influencia en las garantías procedimentales y su afectación al derecho de defensa de la afectada;

habrá de retrotraerse el procedimiento para la concesión de un nuevo trámite de audiencia al contratista, con expresa mención de su posibilidad de incorporar el dictamen pericial al que aludió en su escrito de oposición inicial, si desea que sea valorado en este procedimiento. Después del indicado trámite solo podrá emitirse el informe del Servicio Jurídico del Ayuntamiento de Madrid y dictarse una nueva propuesta de resolución, que será remitida junto con el expediente completado a este órgano consultivo para la emisión de nuevo dictamen.

Finalmente debe hacerse una mención final a la duración máxima del procedimiento pues, solventadas ya las dudas derivadas de la anulación del artículo 212.8 LCSP por la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2021, de 18 de marzo, es claro el criterio de esta Comisión Jurídica de considerar que el plazo de instrucción y resolución de los expedientes de resolución contractual, es de 3 meses desde su iniciación. De ese modo, iniciado el expediente de resolución con fecha 3 de marzo de 2022 y habiéndose suspendido entre las fechas del 18 de mayo y el 6 de junio y nuevamente, desde el 10 de junio hasta la fecha de la emisión del presente; restarían únicamente 10 días para su caducidad, a la fecha de emisión del presente dictamen.

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

### **CONCLUSIÓN**

Procede retrotraer el procedimiento, para su tramitación conforme a lo señalado en la consideración jurídica segunda, *in fine*, de este dictamen.

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 30 de agosto de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 524/22

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid