

Dictamen n.º: **155/18**
Consulta: **Consejero de Políticas Sociales y Familia**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **05.04.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de abril de 2018, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Políticas Sociales y Familia, 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 “*Servicio de mantenimiento de jardinería en 32 centros adscritos al Servicio Regional de Bienestar Social (4 lotes)*” Lote 4 adjudicado a la empresa ISS SOLUCIONES DE LIMPIEZA DIRECT S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de marzo de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Políticas Sociales y Familia.

A dicho expediente se le asignó el número 132/18, 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 ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D.^a Ana Sofía Sánchez San Millán, 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 5 de abril de 2018.

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

1.- Mediante Resolución de 28 de octubre de 2014 del Gerente del entonces Servicio Regional de Bienestar Social (hoy Agencia Madrileña de Atención Social) se aprobaron los Pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas particulares (PPT) del contrato de servicios, titulado “Servicio de mantenimiento de jardinería en 32 centros adscritos al Servicio Regional de Bienestar Social (4 lotes)”, para su adjudicación por procedimiento abierto, mediante único criterio precio.

Del clausulado de los pliegos interesa destacar lo siguiente:

- Según la cláusula 1 apartado 1 del PCAP el objeto del contrato es la prestación del servicio de mantenimiento de jardinería consistente en la conservación de céspedes, de plantas interiores y exteriores, limpieza general, tratamientos fitosanitarios, conservación de la red de riego, así como podas de limpieza, formación, mantenimiento, salud del arbolado y desbroces en 32 centros adscritos al Servicio Regional de Bienestar Social. Concretamente el lote 4 comprende 17 centros.

- La Cláusula 1 apartado 16 del PCAP regula las penalidades estableciendo los incumplimientos y el régimen sancionador. Entre los incumplimientos graves se incluye la inobservancia del horario

establecido y el descubierto en el servicio entendiéndose por tal que no haya sido cubierto de acuerdo a las horas establecidas para el mismo o realizado por personal inadecuado distinto del ofertado por la empresa, así como el servicio realizado de forma negligente o por abandono del servicio sin permiso o comunicación. En cuanto a los incumplimientos muy graves se incluye la realización de cambios en la relación de personal especificada en el anexo IV del PPT sin autorización previa y expresa del director de los trabajos y la reiteración de cualquiera de los incumplimientos contemplados como incumplimiento grave en el apartado anterior.

- En materia de resolución del contrato la cláusula 1 apartado 17 establece como causa, entre otras, la comisión de cuatro faltas calificadas como muy graves, conforme al apartado 16 de la cláusula 1 del PCAP.

2.- Tras la oportuna licitación, el lote 4 del mencionado contrato fue adjudicado el 1 de junio de 2015 a la empresa ISS SOLUCIONES DE LIMPIEZA DIRECT S.A. por un precio total de 404.486,23 euros (IVA incluido) y un plazo de ejecución 36 meses, desde el 1 de julio de 2015 hasta el 30 de junio de 2018.

3.- El contrato fue formalizado el día 25 de junio de 2015. Para responder de la ejecución del contrato la empresa adjudicataria constituyó una garantía definitiva por importe de 16.714,31 euros, mediante seguro de caución.

4.- Consta en el expediente remitido que durante la ejecución del contrato se incoaron ocho expedientes para la imposición de penalidades a la empresa contratista en los siguientes términos:

- Primer expediente: El 3 de diciembre de 2015 la directora de la Residencia de Mayores de San Fernando de Henares notifica el

incumplimiento del contrato al no realizar la contratista las horas de trabajo ni la frecuencia que constan en el PPT en el mes de noviembre de 2015, lo que justificaba con los albaranes y la hoja de firmas que aportó. Los dos incumplimientos, el de horario y prestación del servicio de forma negligente, fueron calificados como graves y, tras la tramitación del procedimiento en el que la adjudicataria no formuló alegaciones, se impuso una penalidad del 18% de la factura correspondiente al mes de noviembre de 2015.

- Segundo expediente: Se incoó por incumplimiento de las horas de prestación del servicio en el Centro de Mayores Getafe 1 en el mes de octubre de 2015 (de las 36 horas mensuales establecidas en el PPT la empresa solo había cumplido 19 horas y 20 minutos). El incumplimiento fue calificado como grave y, tras la tramitación del procedimiento en el que la adjudicataria tampoco formuló alegaciones, se impuso una penalidad del 9% de la factura del mes de octubre.

- Tercer expediente: El procedimiento de imposición de penalidades se tramitó por incumplimiento del contrato en el mes de octubre de 2015 en el Centro de Mayores Puente de Vallecas. Según el informe de la directora del centro, durante el mes de octubre de 2015, según el PPT, se debían realizar 4 horas semanales de servicio y, según constaba en los albaranes, la empresa había realizado en las tres primeras semanas del mes 1 hora cada semana y en las dos últimas semanas 1 h y 30 minutos, sin ninguna justificación. La contratista no formuló alegaciones y el incumplimiento, calificado como grave, fue sancionado con una penalidad del 9% de la factura del mes de octubre de 2015.

- Cuarto expediente: Se incoó por el incumplimiento en la Residencia de Mayores Gran Residencia, durante el mes de octubre de 2015, de la obligación calificado leve, consistente en la inobservancia de las instrucciones dadas por la Administración relativas a la correcta

ejecución del contrato, al no contestar a los correos electrónicos para la convocatoria de la reunión mensual; por el incumplimiento de obligación calificado como grave, consistente en el incumplimiento del horario establecido y por el incumplimiento de la obligación, calificado como muy grave, consistente en realizar cambios en la relación del personal sin autorización previa y expresa del director de los trabajos. Tras la tramitación del procedimiento en el que la adjudicataria tampoco formuló alegaciones, se impuso una penalidad del 31,5% de la factura del mes de octubre de 2015.

- Quinto expediente: El procedimiento de imposición de penalidades se tramitó por incumplimiento del contrato en el mes de octubre de 2015 en el Centro de Mayores y de Día de Fuenlabrada. Según el informe del director del centro, durante el mes de octubre de 2015, según el PPT, se debía realizar 4 horas semanales de servicio y, según constaba en los albaranes, la empresa había realizado solamente dos horas semanales, sin ninguna justificación. La contratista no formuló alegaciones y el incumplimiento, calificado como grave, fue sancionado con una penalidad del 9% de la factura del mes de octubre de 2015.

- Sexto expediente: Se incoó por incumplimiento del contrato en la Residencia de Mayores Gran Residencia en el mes de noviembre de 2015. Los incumplimientos (no realizar durante noviembre de 2015 las horas de trabajo correspondientes y no contestar a la convocatoria de la preceptiva reunión mensual), fueron calificados como muy graves, el primero, al ser una reiteración de un incumplimiento grave, y el segundo, como grave al ser la reiteración de uno leve. Tras la tramitación del procedimiento en el que la adjudicataria tampoco formuló alegaciones, se impuso una penalidad del 21,5% de la factura del mes de noviembre de 2015.

- Séptimo expediente: El procedimiento de imposición de penalidades se tramitó por incumplimiento del contrato en el mes de noviembre de 2015 en el Centro de Mayores y de Día de Fuenlabrada. Según el informe del director del centro, durante el mes de octubre de 2015, según el PPT, se debían realizar 4 horas semanales de servicio y, según constaba en los albaranes, la empresa había realizado solamente 1 hora semanal durante las tres primeras semanas y 1 hora y 15 minutos en la cuarta semana, sin ninguna justificación. La contratista no formuló alegaciones y el incumplimiento, calificado como muy grave, al ser reiteración de uno grave fue sancionado con una penalidad del 20% de la factura del mes de noviembre de 2015.

- Octavo expediente: Se incoó por incumplimiento del contrato en el Centro de Mayores Gran Residencia en el mes de noviembre de 2015. El incumplimiento, consistente en la prestación del servicio durante 3 horas mensuales en lugar de las 16 horas establecidas en el PPT, fue calificado como muy grave, al ser una reiteración de un incumplimiento grave. Tras la tramitación del procedimiento en el que la adjudicataria tampoco formuló alegaciones, se impuso una penalidad del 20% de la factura del mes de noviembre de 2015.

5.- El 4 de marzo de 2016 la empresa contratista interpuso recurso de reposición contra las penalidades impuestas al considerarlas “*injustificadas y desproporcionadas*” y entender que la Administración infringía el principio *non bis in idem*, ya que estaba realizando deducciones en las facturas por las horas de servicio prestadas de menos y al mismo tiempo pretendía imponer penalidades por el mismo incumplimiento.

Mediante Resolución de 27 de septiembre de 2016 del gerente de la Agencia de Atención Social se desestimó el recurso por carecer de fundamento las alegaciones formuladas. En la citada resolución se argumentaba que desde el inicio de la ejecución del contrato, la

empresa recurrente había realizado una prestación del servicio defectuosa, puesto que en ningún momento se había ajustado a las horas que se fijaban en los anexos XVI a XXXII del PPT y que la imposición de penalidades obedecía al incumplimiento contractual. Añadía que la Administración sólo podía abonar el precio de los servicios prestados, si existen documentos en los que se acredite la conformidad con los mismos, y que la empresa había facturado por las horas establecidas en los pliegos y no por las realmente realizadas, por lo que no se habían podido conformar las facturas y se había procedido a su devolución. Además indicaba que en todo momento la Administración había manifestado su voluntad de abonar los servicios realmente prestados por la empresa recurrente y ésta no había accedido a corregir las facturas incorrectamente emitidas.

6.- Paralelamente a lo anterior el día 27 de julio de 2016 la empresa adjudicataria remitió un burofax a la Agencia Madrileña de Atención Social requiriéndole el pago de facturas desde el 30 de julio de 2015 al 30 de abril de 2016 por un importe de 73.073,06 euros.

Consta como documento 39 del expediente un escrito de la jefa del Área de Contratación de la Agencia de Atención Social fechado el 13 de septiembre de 2016 dirigido a la empresa contratista en el que señala lo siguiente:

- Las facturas referidas en el escrito, han sido devueltas a la empresa contratista, dado que en las mismas no se reflejan las horas de servicio efectivamente prestadas, por lo que los responsables de los centros no han podido dar su conformidad a las mismas, o por defectos de forma, sin que la empresa haya modificado las facturas para poder proceder a su abono.

- Se han llevado a cabo varias reuniones con representantes de la empresa comunicándoles que resulta imposible proceder al pago de

servicios no realizados, instándoles a que facturen ajustándose a las horas efectivamente trabajadas, sin que hasta ese momento se haya obtenido respuesta alguna.

- Dado que las horas que establece el contrato en el PPT se han incumplido desde el inicio de la ejecución del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 16 de la Cláusula 1 del PCAP que rige el contrato, la Agencia ha procedido a tramitar 8 expedientes de penalidad.

- La cláusula 1 en su apartado 17 faculta a la Administración a proceder a la resolución del contrato por la comisión de 4 faltas calificadas como muy graves.

- La empresa cita en su escrito al artículo 223 apartado e) como posible causa de resolución del contrato. Este artículo es de aplicación cuando existe demora en el pago de la Administración por plazo superior a 6 meses, pero hay que ponerlo en relación con el apartado 4 del artículo 216 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), en virtud del cual la Administración sólo puede proceder al abono de las facturas cuando existe conformidad con los servicios prestados. Puesto que la facturación que ha llevado a cabo la empresa se realiza sobre las horas que aparecen en los pliegos, pero no sobre las efectivamente prestadas, la Administración no puede proceder a su abono, si bien no existe ningún inconveniente para que, una vez facturadas de forma correcta, se proceda al pago de las mismas, tal y como les han indicado en múltiples ocasiones, tanto a través de correos electrónicos, como en las reuniones celebradas.

7.- El 3 de noviembre de 2016 emite informe la directora de los trabajos en el que se señala en síntesis lo siguiente:

- Desde el inicio del contrato la empresa no ha cumplido con los horarios establecidos siendo ese incumplimiento la principal causa de deficiencias de mantenimiento de jardinería.

- Tras detallar los incumplimientos horarios en cada una las residencias incluidas en el contrato y que dieron lugar a la imposición de penalidades, expone los incumplimientos que se han producido a lo largo del año 2016:

a. Residencia de Mayores Getafe. La empresa ha dejado de cubrir 5 horas a la semana durante los meses de invierno; 34 horas en el mes de abril y tampoco ha trabajado el mínimo establecido en el mes de julio.

b. Residencia de Mayores Gran Residencia. En los meses de enero a abril de 2016 la empresa no ha realizado ni el 50% de las horas estipuladas al mes.

c. Residencia de Mayores San Fernando de Henares. En los meses de enero y marzo de 2016 la empresa no ha cumplido ni horarios ni frecuencias así como tampoco los objetivos de los trabajos contenidos en el PPT.

d. Residencia de Mayores Santiago Rusiñol en Aranjuez. La empresa no ha cumplido el horario y el mantenimiento del jardín se ha realizado por el personal de mantenimiento de la propia residencia.

e. Residencia de Mayores Vista Alegre. La empresa ha incumplido los horarios y no ha realizado los trabajos acordes con las necesidades del jardín.

f. Centro de Mayores Fuenlabrada. La empresa no ha cumplido horarios y frecuencias.

g. Centro de Mayores Getafe I. La empresa ha incumplido el horario desde el inicio del contrato.

h. Centro de Mayores Móstoles. Alude a los incumplimientos de los meses de octubre y noviembre de 2015 por los que se impusieron penalidades.

i. Centro de Mayores Puente de Vallecas. Los incumplimientos de horarios de los meses de octubre y noviembre de 2015, también se produjeron en los meses de enero, abril y mayo de 2016.

j. Centro de Mayores San Blas y Centro de Mayores de San Sebastián de los Reyes. El informe alude al incumplimiento de horarios y frecuencias en los meses de octubre y noviembre de 2015.

k. Centro de Mayores Tres Cantos. La empresa ha incumplido los horarios en los meses de enero, abril, mayo y junio de 2016.

l. Centro de Mayores Usera. La empresa ha incumplido horarios los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2015 y en enero de 2016.

- Por incumplimiento de horarios y de frecuencia, los riesgos no han sido los adecuados. No se han realizado tratamientos fitosanitarios exigidos en el PPT. Tampoco se han realizado tareas de entrecavado y rastrillado y el recorte de setos se ha llevado a cabo en algunos centros y en otros no. En ningún centro se ha puesto flor de temporada exigida por el PPT.

A continuación el informe detalla el incumplimiento de los trabajos de mantenimiento de los jardines pormenorizado por cada uno de los centros.

8.- Consta como documento 43 del expediente que mediante escrito fechado el 14 de marzo de 2017 la empresa contratista solicitó

autorización para la cesión del contrato a otra mercantil de la que decía que contaba con capacidad para contratar con la Administración y que disponía de suficiente solvencia.

Mediante Resolución de 27 de marzo de 2017 se denegó la autorización para la cesión. Se arguyó que la mercantil cesionaria era un Centro Especial de Empleo y que el Lote 4 no estaba reservado para centros de esa naturaleza sino abierto a todo tipo de empresas. Se argumentaba que la autorización de la cesión contractual determinaría una modificación sustancial de las condiciones de la contratación, ya que vincularía el Lote 4 a centros especiales de empleo, restringiendo por tanto la competencia de cara al mismo, elemento que se entendía esencial por el órgano de contratación, puesto que en su momento se consideró adecuada una reserva del 50% del contrato a centros especiales de empleo y así mismo, se abría el contrato a todo tipo de empresas en el otro 50%.

9.- El 19 de mayo de 2017 emite informe la directora de los Trabajos y subdirectora general de Infraestructuras y Equipamiento en el que pone de manifiesto los incumplimientos de horarios y de frecuencia así como también de los trabajos de mantenimiento establecidos en el PPT. En el informe se propone el inicio del expediente de resolución contractual al amparo de lo establecido en los artículos 213 y 223 h) del TRLCSP.

TERCERO.- 1. El 1 de junio de 2017 mediante Resolución del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social se acuerda el inicio de procedimiento de resolución contractual al amparo de la causa establecida en el artículo 223 h) (*“las establecidas expresamente en el contrato”*), en relación con la Cláusula 1 apartado 17 del PCAP cuando establece como causa de resolución la comisión de cuatro faltas calificadas como muy graves.

Mediante Resolución de la misma fecha se propone la incautación parcial de la garantía constituida.

2. Consta en el expediente que se confirió trámite de audiencia a la empresa contratista que formuló alegaciones el 15 de junio de 2017. En su escrito la mercantil adjudicataria reconoció haber experimentado ciertas dificultades a la hora de “*cumplir escrupulosamente con el contrato*”, de ahí que se buscaran ciertas soluciones para poder cumplir con el horario establecido en el PPT como por ejemplo la cesión del contrato que fue denegada por la Administración. La empresa alegó que ante esa decisión y de forma inmediata procedió a contratar a tres trabajadores más, existiendo “*un escrupuloso cumplimiento de las horas indicadas en pliegos*”. Sostuvo que nunca había dejado de dar la máxima calidad al servicio, no existiendo deterioro de los jardines.

CUARTO.- 1. Mediante Resolución de 16 de febrero de 2018 se declaró caducado el procedimiento al haber transcurrido el plazo máximo para resolver y notificar. En los hechos de dicha resolución se puede leer que se había producido un extravío del expediente tras su remisión a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, sin que fuera remitido a la Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

2. En la misma fecha se acordó la conservación de actuaciones del expediente anterior, al amparo de lo establecido en el artículo 95.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC), y el inicio de un nuevo expediente de resolución contractual.

Sin más trámites el expediente fue remitido a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

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*” y a petición de órgano competente para ello, el consejero de Políticas Sociales y Familia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3 b) del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó bajo la vigencia del TRLCSP, por lo que esta es la legislación aplicable en lo que atañe a las cuestiones materiales, a tenor de lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, que como hemos expuesto fue por Resolución de 16 de febrero de 2018, lo que supone la aplicación, en el caso analizado, del TRLCSP. Además, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre

(RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

En este caso como hemos reflejado en los antecedentes de hecho de este dictamen el procedimiento es prácticamente inexistente. Así únicamente consta la Resolución de 16 de febrero de 2018 por la que se acuerda el inicio del procedimiento y la conservación de actos y trámites del procedimiento anterior, declarado caducado en virtud de una Resolución anterior de la misma fecha.

Como es sabido, en relación con la conservación de los actos en los procedimientos caducados, la LPAC dispone, en su artículo 95.3, segundo párrafo, lo siguiente:

“En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado”.

Sobre el alcance que ha de darse a la conservación de los actos y trámites tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestro Dictamen 36/17, de 26 de enero, en el que, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideramos que cabe incorporar al nuevo procedimiento los actos y trámites independientes anteriores al primer procedimiento no surgidos o producidos dentro del expediente caducado para constatar la realidad de lo acontecido, aunque sí incorporados en él (por ejemplo, el contrato, el PCAP y el PPT, la oferta del contratista, los informes jurídicos y los escritos de alegaciones del interesado producidos con anterioridad a su incoación). También consideramos que podrían incorporarse al nuevo procedimiento *«todas las actuaciones del caducado si así fuese expresamente requerido por el*

interesado, si le favoreciese, pues la caducidad “sanciona” el retraso injustificado de la Administración».

Conforme a lo expuesto podría admitirse la incorporación a este nuevo procedimiento de los actos y trámites anteriores al acuerdo de inicio del procedimiento anterior (así por ejemplo lo relativo a la imposición de penalidades, las alegaciones de la empresa en relación con dicha imposición y los informes emitidos por la directora de los Trabajos y subdirectora general de Infraestructuras y Equipamiento, además del contrato, los pliegos y demás documentación anterior a la Resolución de 1 de junio de 2017 de inicio del procedimiento caducado).

Además en este nuevo procedimiento se ha de conferir trámite de audiencia a la empresa contratista para que pueda formular alegaciones, pues no consta en la documentación remitida que se le haya dado traslado ni siquiera de la Resolución por la que se declaró caducado el procedimiento anterior así como tampoco de la Resolución de inicio de un nuevo procedimiento y de conservación de actos y trámites.

Por otro lado debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*. De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso que se propone la incautación parcial de la garantía, no se ha dado audiencia al asegurador, al que tampoco se confirió trámite de audiencia en el procedimiento anterior.

Además, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 h) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, el artículo 211.2 del TRLCSP y el artículo 109 del RGLCAP, resulta preceptivo el informe de los Servicios Jurídicos de

la Comunidad de Madrid, informe que por otro lado tampoco consta que se emitiera en el procedimiento anterior.

En cuanto al momento de emisión de ese informe, debe recordarse que es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el Dictamen 61/16, de 5 de mayo, el Dictamen 397/16, de 8 de septiembre y el Dictamen 516/16, de 17 de noviembre, 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, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento. Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en los citados dictámenes y que resulta corroborado por el artículo 82 LPAC que solo admite como informes posteriores al trámite de audiencia, el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico y el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que éstos formaran parte del procedimiento, en cuanto estos informes y dictámenes se limitan al análisis de los aspectos jurídicos sin que puedan introducir hechos o cuestiones nuevas.

Finalmente habrá de redactarse una nueva propuesta de resolución pues como hemos señalado anteriormente al referirnos a la conservación de actos y trámites, solo es posible incorporar actos independientes del expediente caducado, pero no los surgidos dentro de él.

Por último en relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 21.3 y 25.1b) de la LPAC de aplicación a este procedimiento en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley).

En este caso iniciado el procedimiento el 16 de febrero de 2018 no habría caducado a la fecha de emisión de este dictamen. No obstante debemos recordar que el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar este procedimiento en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, que en dicho sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente:

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

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

CONCLUSIÓN

Procede la retroacción del procedimiento para que se tramite en la forma señalada en la consideración de derecho segunda 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 5 de abril de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 155/18

Excmo. Sr. Consejero de Políticas Sociales y Familia

C/ O' Donnell, 50 – 28009 Madrid