

Dictamen nº: **576/21**
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia e Interior**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **10.11.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 10 de noviembre de 2021, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la resolución del contrato de servicios *“Mejora de las distintas instalaciones de puertas, cancelas y barreras pertenecientes a la Dirección General de Protección Ciudadana y Cuerpo de Bomberos de la Comunidad de Madrid”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de octubre de 2021 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen, relativa al expediente sobre la resolución del contrato de servicios *“Mejora de las distintas instalaciones de puertas, cancelas y barreras pertenecientes a la Dirección General de Protección Ciudadana y Cuerpo de Bomberos de la Comunidad de Madrid”*.

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

1. El 21 de abril de 2016 se acordó el inicio del expediente de contratación del citado contrato. El 10 de agosto de 2016 se aprobó el expediente y se dispuso la apertura de procedimiento abierto para su adjudicación mediante criterio precio. El valor estimado del contrato era de 360.431 euros. El sistema de determinación del presupuesto se estableció en función de los componentes de la prestación y el plazo de ejecución se fijó en 105 días/15 semanas desde el 24 de octubre de 2016 o desde la formalización del contrato si esta fuera posterior. La ejecución se realizaría en dos fases en función de los distintos parques de bomberos y el pago se realizaría mediante dos facturas relativas a cada fase, previa aprobación de los trabajos por parte de la Administración.

El pliego de cláusulas administrativas establecía penalidades por incumplimiento de los plazos de ejecución y de las condiciones establecidas para la subcontratación.

De conformidad con los artículos 94 y 95 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), la Administración se reservaba la inspección y comprobación de la ejecución.

Las causas de resolución serían las previstas en los artículos 85, 223 y 308 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y las previstas en la cláusula 42 del pliego de cláusulas administrativas.

2. Tras la oportuna tramitación, se adjudicó el 2 de diciembre de 2016 a la mercantil KONE ELEVADORES S.A. (en adelante, la contratista). El precio del contrato sería de 306.200,32 euros (IVA incluido) y el plazo de ejecución de 15 semanas desde la formalización del contrato que tuvo lugar el 19 de enero de 2017. La garantía definitiva se formalizó mediante aval de BNP Paribas España S.A.

3. El 1 de diciembre (sin indicar año) se extiende acta de conformidad de los trabajos relativos a la primera fase del contrato.

4. El 6 de febrero de 2018 se extiende acta de disconformidad de los trabajos de la segunda fase. Se recogen en el anexo al acta una serie de defectos y se fija un plazo de 35 días para su subsanación.

5. El 11 de abril de 2018 se extiende segunda acta de disconformidad por una serie de defectos que se recogen en el anexo al acta y se fija un plazo de 7 días para su subsanación. El representante de la contratista no asiste al acto.

6. El 18 de abril la contratista solicita una ampliación del plazo para la recepción de la segunda fase hasta finales de mayo. El 19 de abril se comunicó a la empresa la ampliación hasta las 13:00 horas del 18 de mayo.

7. El 18 de mayo se extiende tercer acta de disconformidad y se declaran los trabajos como no recibidos.

8. El 5 de diciembre de 2018 la Dirección General de Emergencias solicita la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista al haber sobrepasado los plazos de ejecución del contrato.

9. El 28 de febrero de 2019 se acordó el inicio del procedimiento de resolución. Concedida audiencia a la contratista, esta presentó un escrito pidiendo la declaración testifical de tres personas. La Administración solicitó un “*informe pericial*” a la UTE Bomberos CAM en cuanto empresa adjudicataria del servicio de mantenimiento de las instalaciones de la Dirección General de Emergencia que es emitido el 18 de octubre de 2019. El 8 de noviembre de 2019 se declara la caducidad del procedimiento de resolución.

10. El 12 de marzo de 2021 el jefe de Servicio de Obras e Infraestructuras emite informe técnico en el que, tras exponer los antecedentes, manifiesta que, a esa fecha, no se había producido ningún avance o cambio en la situación con la contratista por lo que procedía iniciar de nuevo el procedimiento de resolución.

Pone de relieve que, en el informe de la UTE Bomberos CAM queda patente que a la finalización del plazo concedido a la empresa (18 de mayo de 2018) estaban sin resolver los defectos e incumplimientos del contrato.

Destaca que, debido a la mala ejecución del contrato, aumentaron los avisos de averías desde los parques. Recoge un cuadro en el que consta que los avisos pasaron de 244 en el año 2014 a 460 en el año 2017 y en el periodo de 5 de octubre de 2017 a 15 de enero de 2018 hubo 127 avisos. Respecto a la media anterior a la intervención de la contratista se había producido un incremento del 78%, justo lo contrario de lo que se perseguía con el contrato.

A continuación, los anexos del informe recogen las incidencias ocurridas durante el desarrollo de los trabajos (anexo I), los motivos que originan las deficiencias (anexo II) distinguiendo las deficiencias generales que afectan a todos los parques, las que afectan a las cancelas y las que afectan a las puertas de las naves.

Por ello propone la resolución del contrato al amparo de la cláusula 37 del pliego de cláusulas administrativas ya que el contratista ha incumplido las instrucciones dadas para la subsanación de los trabajos y estos no se ajustan a la prestación contratada. Considera que ha de resolverse el contrato, rechazando la Administración la prestación contratada y quedando exenta de pago.

Por último, recoge (desarrollándolo más extensamente en el anexo III) la valoración de los trabajos ejecutados deficientemente, ascendiendo a un total de 100.22, 86 euros.

Añade que el incumplimiento del contrato ha causado daños y perjuicios pero no pueden cuantificarse, por lo que, una vez descontados los 100.224,86 euros del importe de la segunda fase del contrato (210.575,32 euros), no habría impedimento para la devolución de la fianza.

11. Por Orden de la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de 6 de abril de 2021 se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato por causas imputables al contratista, al haber incurrido en demora en el cumplimiento de los plazos, de conformidad con lo establecido en la cláusula 3ª del contrato, en la cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con los artículos 223.d) y 222.2 del TRLCSP.

12. El 12 de abril de 2021 se notifica a la contratista y a BNP Paribas España S.A. el inicio del procedimiento de resolución y se les concede plazo para formular alegaciones.

13. Con escrito fechado el 21 de abril de 2021 la contratista formula alegaciones.

Expone, que si bien no tiene inconveniente en la resolución del contrato, ello estaría condicionado a la valoración de los trabajos efectivamente realizados y a la emisión de la orden de pago. Por el contrario, no acepta que la resolución del contrato se pretenda basar en una causa imputable únicamente al contratista ni que se haya incurrido en demora en el cumplimiento de los plazos.

Considera que ha cumplido en todo momento con las obligaciones que le imponían los pliegos y que ha intentado llegar a una solución satisfactorias para ambas partes en cuanto a las “*discrepancias*” relativas a la “*correcta o no*” ejecución de determinados trabajos, en concreto al sistema de comunicación. De esta forma, mientras que la contratista considera correctamente ejecutados los trabajos considera que para los responsables de algunas unidades del Cuerpo de Bomberos “*los trabajos realizados no se ajustaban a sus expectativas*”.

Afirma que se ha encontrado con problemas y pegas por los responsables de distintas estaciones de bomberos a “*quienes no le gustaba la forma en que mi representada había realizado una parte de los trabajos objeto del concurso (sistema de comunicación por radiofrecuencia en lugar de por cableado)*”.

A la vista de esas divergencias se mantuvieron varias reuniones con responsables de la Dirección General de Protección Ciudadana y en concreto, en octubre de 2017, se alcanzaron “*acuerdos*” a cambio de que no se aplicase ningún tipo de penalización. En mayo de 2018 se mantuvo otra reunión en la que la contratista dejó constancia de que el importe de los trabajos realizados ascendía a un total de 210.574,56 euros IVA incluido.

Considera que el contrato está ejecutado con la única discrepancia de la solución técnica elegida respecto a la instalación de las bandas magnéticas.

Rechaza la resolución del contrato por incumplimiento culpable salvo que se entienda el procedimiento de resolución como un “*trámite administrativo, en cuyo caso entendemos la apertura del presente expediente*”. Reitera que llegó a un acuerdo con un responsable de la citada Dirección General aportando correos electrónicos.

Finaliza considerando que las discrepancias respecto a la ejecución del contrato son mínimas y es más que una “*discrepancia técnica*” que un incumplimiento. Entiende que lo más coherente es valorar los trabajos ejecutados y reitera que tiene pendiente de cobro un total de 210.574, 56 euros, cantidad que reclama.

Pide como pruebas la declaración testifical del personal de la contratista y de la consejería, que se emita un informe técnico emitido por los responsables de las estaciones de bomberos en el que se indiquen las discrepancias o los trabajos que no fueron realizados y un informe pericial para poder determinar el estado de las puertas, el nivel de cumplimiento de los trabajos y valorar el importe de los trabajos realizados.

14. El 1 de junio de 2021 el jefe del Servicio de Obras e Infraestructuras contesta las alegaciones de la contratista.

Recuerda que la primera fase del contrato, recepcionada el 1 de diciembre de 2017, supuso que un trabajo programado para realizar en cinco semanas, se realizase en treinta y nueve semanas.

Señala que cuando la contratista afirma que la divergencia radica en que utilizó un sistema de radiofrecuencia en lugar de cableado que “*al parecer no les gustaba*” a algunos responsables de estaciones de bomberos, debe recordarse que el pliego de prescripciones técnicas en su cláusula 5^a establecía que los materiales empleados debían ser del mismo fabricante que la puerta o equivalente. Frente a ello, la contratista utilizó materiales de distinto fabricante al de la puerta y no equivalentes ya que se sustituía un sistema anti aplastamiento de cable rizado por otro totalmente diferente de radiofrecuencia.

Frente a lo indicado por la contratista respecto a que se acordó cambiar el sistema de radiofrecuencia por uno de cable rizado a cambio

de que no se aplicase ninguna penalización, afirma que la contratista accedió a cambiar el sistema de radiofrecuencia, no solo porque no cumplía el pliego, sino porque el sistema instalado no funcionaba. El consumo de baterías (como se indicó en el informe de 12 de marzo de 2021) era doce veces mayor al indicado por la contratista y el fabricante a lo que se unía que el sistema quedaba inutilizado cuando se situaban cerca inhibidores de frecuencia.

A ello se suma la mala ejecución de la instalación del cableado rizado y así, en el informe de 12 de marzo de 2021, se destacaba que el conexionado de banda y cuadro mediante cable rizado que habría de sustituir al sistema de radiofrecuencia se ejecutó deficientemente ya que se tomó en consideración únicamente la distancia existente entre el cuadro y la banda anti aplastamiento situada en la parte inferior de cada una de las puertas. Al estar situados los cuadros de maniobra a la altura de los ojos de una persona de altura media, la distancia entre el cuadro y la banda viene a ser de unos 160 cm. Sin embargo, las puertas tienen una altura de 460 cm por lo que cuando la puerta se abre al completo, el recorrido entre el cuadro de maniobra y la banda anti aplastamiento es de 300 cm con lo que el cable queda corto y rompe. En otros casos, se colocaron cables para puertas de garajes convencionales de 240 cm con lo que la rotura era más inmediata.

Esta situación fue comunicada reiteradamente a los responsables de la contratista sin ser resuelta. Se trata de una deficiencia que afecta gravemente a la seguridad de la instalación siendo un grave peligro para la integridad de las personas dada la potencia y peso de estas puertas. Por ello se considera que no se cumplió el compromiso contraído por la contratista y, por tanto, el plazo del contrato.

Respecto a las pruebas solicitadas por la contratista, indica que uno de los testigos propuestos es un subdirector general de Gestión Administrativa que se jubiló en 2017 y otro es el propio firmante del

informe de 12 de marzo de 2021 y del actual que se ratifica en el contenido de ambos. Los otros dos testigos son personal de la contratista y deberá esta aportar sus declaraciones.

Todas las discrepancias y trabajos no realizados quedan recogidos en las actas de recepción y los informes del Servicio de Obras e Infraestructuras, en concreto en el informe de 12 de marzo de 2021 y el informe de octubre de 2019 emitido por la UTE Bomberos CAM.

En cuanto a la pericial para determinar el estado de las puertas se remite al citado informe de la UTE emitido por un ingeniero técnico industrial y el informe de 12 de marzo de 2021. Respecto a la pericial para valorar los trabajos efectuados se remite al anexo III de este último.

15. El 17 de junio de 2021 se solicita informe a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid. El 23 de junio, el letrado-jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas solicita que se complete el expediente con determinada documentación que es remitida a ese Servicio Jurídico el 16 de julio de 2021.

16. El 29 de julio de 2021 la Abogacía General de la Comunidad emite informe favorable a la resolución del contrato.

17. El 9 de agosto de 2021 se remite el expediente a la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

18. El 11 octubre de 2021 la interventora general de la Comunidad de Madrid emite informe de fiscalización favorable. Destaca que no consta una propuesta de resolución tal y como exigió esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 580/20, de 22 de diciembre.

Advierte el órgano fiscalizador que no se ha acreditado la representación de la contratista pese a que se alude a una escritura de poder que no se encuentra en el expediente.

Añade que lo indicado respecto a los incumplimientos que respaldan la resolución supone una “*referencia apresurada*” y se obvia la referencia normativa que habilita la resolución, siendo necesario acudir al informe de 1 de junio de 2021. Debería incluirse tal referencia y una mayor concreción de los trámites realizados incluyendo la totalidad de actos e informes recabados a lo largo del procedimiento.

Destaca que las deficiencias en la ejecución de la prestación se apreciaron desde el inicio del contrato si bien se esperó al incumplimiento del plazo total para aplicar las cláusulas contractuales que permitían la resolución.

Frente a lo alegado por el contratista recuerda que corresponde al órgano de contratación determinar, en el marco de los pliegos, determinar cuál es la mejor manera de satisfacer el interés público y esa discrecionalidad no puede ser sustituida por la voluntad del contratista. Por el contrario, todos los informes constatan el incumplimiento de la contratista.

En cuanto a los efectos de la resolución se remite a la cláusula 37 del pliego de cláusulas administrativas y el artículo 309.1 del TRLCSP respecto al pago de los trabajos realizados y, respecto de la garantía, se muestra conforme con la voluntad del órgano de contratación en cuanto a su no incautación dado que la Comisión Jurídica Asesora venía indicando la falta de incautación automática en los contratos otorgados bajo la vigencia del TRLCSP.

19. Consta en el expediente un borrador de orden de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior por la que se resuelve el contrato previa autorización del Consejo de Gobierno.

20. El 13 de octubre de 2021 el subdirector general de Gestión Económico-Administrativa remite el expediente al subdirector general de Régimen Jurídico y Desarrollo Normativo.

21. El 20 de octubre de 2021 el consejero de Presidencia, Justicia e Interior solicita el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora con entrada en la misma el 21 de dicho mes.

22. No consta que se haya acordado la suspensión del plazo para resolver al amparo del artículo 22.1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

TERCERO.- El consejero de Presidencia, Justicia e Interior formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 21 de octubre de 2021, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 10 de noviembre de 2021.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28

de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por las Universidades públicas en los supuestos de *“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 de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.d) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 2 de diciembre de 2016. De esta forma resulta de aplicación el TRLCSP de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria 1ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17).

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP (actual artículo 190 de la LCSP/17) dispone que *“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 (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*.

En este caso, el órgano de contratación es el consejero de Presidencia, Justicia e Interior conforme establece el artículo 63 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (LGA), sin perjuicio de posibles delegaciones. Asimismo, al haber autorizado el Consejo de Gobierno la celebración del

contrato ha de autorizar igualmente su resolución de acuerdo con el artículo 64.2 de la LGA.

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 (esto es, el 6 de abril de 2021), lo que supone la aplicación de la LCSP/17, en particular de sus artículos 191 y 212. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 RGLCAP, referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

De forma subsidiaria se aplicará, conforme la disposición final 3ª del TRLCSP (disposición final 4ª de la LCSP/17), la legislación de procedimiento administrativo, en concreto la LPAC.

En particular, el artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se otorgue audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por convenientes. Aun cuando no se proponía en principio la incautación de la garantía, se dio audiencia a la entidad avalista que no formuló alegaciones.

Se ha emitido el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid conforme establece el artículo 109 del RGLCAP. Asimismo, ha emitido informe de fiscalización previa la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

El informe de fiscalización recogía con acierto que el expediente tramitado y remitido carecía en rigor de una propuesta de resolución en

la que se motivara la resolución frente a las alegaciones del contratista tal y como exige esta Comisión con base en el artículo 19 del ROFCJA. Sin embargo, tan solo se ha remitido a esta Comisión un borrador de orden de la Consejería en la que se resolvería el contrato de acuerdo con la cláusula 3ª del contrato y los artículos 222.2 y 223 d) del TRLCSP. Si bien la motivación del borrador es un tanto escasa cumple con lo exigido por el artículo 35 de la LPAC en cuanto a una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho y asimismo, al remitirse al informe de 1 de junio de 2021, añade una motivación *in aliunde* (artículo 88.6 de la LPAC).

Aun cuando el citado borrador acoge a estos efectos los argumentos del Servicio de Obras e Infraestructuras ha de indicarse que el instructor del procedimiento debía haber rechazado tales pruebas en resolución motivada conforme el artículo 77.3 de la LPAC. No obstante, es cierto que la prueba testifical de empleados de la Administración y de la contratista es innecesaria toda vez que constan en el expediente tanto los informes de la Administración como las alegaciones de la contratista. La prueba pericial pedida por la contratista debía haber sido aportada por esta (artículo 336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sin que en este punto pueda compartirse el criterio del informe de 1 de junio de 2021 en cuanto a que el informe de la UTE Bomberos Madrid tenga la condición de informe pericial.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17 (anteriormente artículo 211.3 del TRLCSP), será 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, como es el caso, en que hay discrepancia en cuanto a la aplicación de la causa de resolución.

TERCERA.- Debe hacerse una especial referencia al plazo para resolver.

Tal y como se ha indicado resulta de aplicación en cuanto al procedimiento la LCSP/17 y subsidiariamente la LPAC.

Pues bien, una de las novedades de la LCSP/17 fue que su artículo 212.8 establecía un plazo máximo para resolver de ocho meses. Esta inclusión se debió a lo indicado en el Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado que recogió que ese alto órgano consultivo venía destacando que, a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicó el instituto de la caducidad a las resoluciones contractuales (tesis que el Consejo de Estado no compartía), el plazo general de tres meses resultaba notoriamente insuficiente dando lugar a la caducidad de numerosos procedimientos con los consiguientes daños al interés público que perseguía el contrato a resolver.

Por ello el Consejo reiteraba “(...) *la sugerencia que entonces fue formulada y todavía no ha sido atendida: es preciso fijar un plazo suficiente (por ejemplo, de un año) para la instrucción de los procedimientos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista y, en general, para los dirigidos al ejercicio de las prerrogativas de la Administración*”.

La redacción final de la LCSP/17 se limitó a fijar un plazo a ocho meses, plazo más adecuado para la tramitación de un procedimiento complejo como es el de la resolución contractual y en línea con los seis meses que para la revisión de oficio había fijado el artículo 106.5 de la LPAC. El citado artículo 212.8 de la LCSP/17 tenía carácter básico conforme la disposición final 1ª de dicha norma.

La STC 68/2021, de 18 de marzo, a raíz de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17.

En concreto y respecto al artículo 212.8, fue impugnado al considerar que vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de Aragón.

La STC 68/2021 considera (FJ 5º) que la regulación de las prerrogativas de la administración en materia de contratación tiene, en general, la consideración de básica [STC 84/2015, FJ 5 a)]. En concreto, el Tribunal Constitucional ha declarado que el *ius variandi* constituye un aspecto básico como prerrogativa de la Administración en la ejecución de los contratos; y que lo mismo cabe decir del deber de respetar el equilibrio financiero (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 32).

Ahora bien, al analizar la impugnación del artículo 212.8, el Tribunal Constitucional en el FJ 7 C. c. de la citada sentencia, afirma:

“El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5).

Por tanto, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su

nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8, y 55/2018, FFJJ 7 b) y c)].”

Es decir, el tribunal no anula el precepto, en cuanto es de aplicación a los procedimientos de resolución de la Administración General del Estado pero considera que infringe las competencias de las comunidades autónomas y por tanto no es de aplicación a estas ni a las entidades locales.

Esto plantea el problema de determinar el concreto plazo en el que deben resolverse los expedientes de resolución en la Comunidad de Madrid y las entidades locales de su territorio.

La normativa de la Comunidad de Madrid en materia de contratación es muy escasa y limitada prácticamente a la regulación de algunos aspectos organizativos. Así ha de estar dispuesto en los artículos 62 a 69 de la LGA y en el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGPCM). A ello cabe añadir algunas previsiones de tipo presupuestario relacionadas con la contratación contenidas en la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid así como algunas especialidades como la contenida en el artículo 14.2 de la Ley 8/2005, de 26 de diciembre, de protección y fomento del arbolado urbano de la Comunidad de Madrid.

El artículo 62 de la LGA establece que la contratación de la Comunidad de Madrid se regirá por la legislación básica del Estado en materia de contratos de las Administraciones Públicas y por las leyes de la Asamblea de Madrid y demás normas de carácter reglamentario que se dicten para su desarrollo y ejecución.

No existe ninguna norma autonómica que establezca un plazo en el que hayan de resolverse los procedimientos de resolución contractual. Es más, tampoco existe una norma autonómica que contemple este procedimiento sino que se aplica el artículo 191 de la LCSP/17 (básico salvo su apartado 2º) y el artículo 109 del RGLCAP (básico según la disposición final 1ª).

Por ello, el problema es determinar si es aplicable el artículo 212.8 de la LCSP/17 como derecho supletorio al amparo del artículo 149.3 de la Constitución Española o si ha de prevalecer el artículo 21 de la LPAC como normativa básica (disposición final 1ª de la LPAC).

La aplicación supletoria del derecho estatal plantea muchos problemas prácticos.

El Tribunal Constitucional en un primer momento admitió de forma amplia esa aplicación supletoria de tal forma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma estatal no suponía su nulidad sino su aplicación supletoria.

Sin embargo a partir de la STC 147/1991, de 4 de julio, el Tribunal Constitucional consideró que la supletoriedad del derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del derecho autonómico mediante las reglas de interpretación aplicables y en la STC 118/1996, 27 de junio, afirmó que (FJ 6º):

“La cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión constitucional emanada de la C.E. que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya. A tenor de la misma, una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las

competencias que la Constitución le atribuye: en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna”.

El FJ 8º de la STC 118/1996 reitera esa exigencia de laguna para la aplicación supletoria.

De esta forma, para que proceda la aplicación supletoria del derecho estatal, es necesario que exista una laguna, en el sentido de ausencia de legislación específica para resolver un problema jurídico. En este sentido cabe citar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2018 (rec. 3781/2017).

Sin embargo en el presente caso, al no haber regulado al respecto la Comunidad de Madrid (a diferencia de otras Comunidades Autónomas como la de Aragón –Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón- o la de Castilla y León -Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras-), no hay un plazo específico, por lo que es aplicable la previsión del artículo 21 de la LPAC en cuanto al plazo de tres meses.

La propia STC 68/2021 (FJ 9º) indica que:

“Solo es constitucionalmente legítimo que el legislador estatal prevea la aplicación de sus normas a las comunidades autónomas allí donde se halla habilitado por un título competencial específico que le permita disponer tal cosa. Como el tribunal ha declarado, la cláusula de supletoriedad no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia; el Estado no puede, excediendo el tenor de su título competencial en materia de contratación pública y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los estatutos a las comunidades autónomas, producir

normas jurídicas meramente supletorias (STC 118/1996, FFJJ 6 y 8).”

Es decir, si la Comunidad de Madrid no regula la duración del procedimiento se produce el supuesto fáctico previsto en el artículo 21.1 de la LPAC “*cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo*”, con la subsiguiente aplicación del plazo de tres meses. La aplicación de esa regla básica supone la inexistencia de laguna y por tanto hace innecesario acudir al derecho estatal no básico (artículo 212.8 de la LCSP/17 tras la STC 68/2021) como supletorio.

Este criterio es asimismo compartido por el Consejo Consultivo de Galicia en sus dictámenes 19/2021, de 28 de abril y 240/2021, de 1 de septiembre.

Todo ello conduce a que, habiéndose iniciado el procedimiento de resolución contractual el 6 de abril de 2021, la caducidad se produjo el día 6 de julio. Por ello no procede la resolución del contrato.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución del contrato de servicios “*mejora de las distintas instalaciones de puertas, cancelas y barreras pertenecientes a la Dirección General de Protección Ciudadana y Cuerpo de Bomberos de la Comunidad de Madrid*” está caducado.

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 10 de noviembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 576/21

Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Interior

Pza. Pta. del Sol nº 7 - 28013 Madrid