

Dictamen nº: **602/21**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **16.11.21**

DICTAMEN de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 16 de noviembre de 2021, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la resolución del contrato administrativo de Gestión del Servicio Público de recogida de ropa usada, Lote 2 Este, al existir oposición por parte del contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29 de octubre de 2021 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid.

A dicho expediente se le asignó el número 593/21 y la ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Doña Carmen Cabañas Poveda, 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 16 de noviembre de 2021.

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

Previo el desarrollo del correspondiente procedimiento de licitación y adjudicación, con fecha 5 de octubre de 2018 fue adjudicado el lote 3 del contrato de Gestión de Servicios Públicos en la modalidad de Concesión, denominado “*Gestión del Servicio Público de recogida y gestión de ropa usada, a adjudicar por procedimiento abierto, con reserva de mercado para empresas de inserción*”, a la empresa Servicios Ecológicos Recuperalia S.L., en adelante “*la contratista*”, mediante Decreto de la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid y fue formalizado el día 8 de noviembre de 2018.

El contrato se adjudicó por un precio unitario de 1.773,00 euros por contenedor y año, a abonar al Ayuntamiento de Madrid, con un plazo de ejecución de cuatro años, a partir del 19 de diciembre de 2018, prorrogable por un máximo de dos años.

Para responder del cumplimiento del contrato, el adjudicatario constituyó garantía definitiva por importe de 66.202 €, mediante carta de pago de 27 de junio de 2008 y garantía complementaria de 82.375,40€, de la misma forma, con fecha 13 de agosto de 2018.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato en adelante PCAP-, el objeto del contrato, consiste en “*la gestión del servicio público (modalidad concesión), a través de entidades gestoras adecuadas, de la recogida y posterior gestión de la ropa usada y residuos textiles (encuadrados dentro de la definición de residuo doméstico, por la Ley 22/2011 de Residuos y Suelos Contaminados) recogida en determinados puntos en el término municipal de la ciudad*

de Madrid o que se entregan al Ayuntamiento mediante solicitud de recogida domiciliaria.

Se encuentra incluido en el objeto del contrato el suministro y mantenimiento de 1.150 contenedores específicos para este tipo de material.

Comprende igualmente la posterior recogida, transporte y tratamiento de los mencionados residuos, desde las instalaciones municipales, mercadillos municipales o ubicaciones en la vía pública, en las que se depositan transitoriamente, hasta plantas de separación en las que se efectuarán la clasificación del material para su posterior reutilización, reciclado o eliminación”.

Por su parte, la cláusula 12 de los PCAP indicaba que: “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, según lo dispuesto en el artículo 215 del TRLCSP”.

En cuanto a la resolución contractual, la cláusula 15 dispone: “Son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 223, excepto en sus letras d), e) y 286 del TRLCSP, así como las siguientes:

- El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 21 del Anexo I, sobre la procedencia de la subcontratación.

- La obstrucción de las facultades de dirección e inspección de la Administración.

- El incumplimiento de la obligación del contratista de guardar sigilo respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo.

- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

- La previstas en el apartado 19 del Anexo I.

- La declaración de caducidad en los supuestos y de conformidad con lo previsto en los artículos 136 y 137 del RSCL”.

Por su parte, las causas particulares de resolución contractual, recogidas en el apartado 19 del Anexo I de los PCAP, son:

- La falta de abono del canon en el plazo establecido.

- El incumplimiento de los compromisos de reutilización o reciclaje.

- Incumplir la normativa laboral, la de salud laboral o la medioambiental.

- El abandono total o parcial del servicio, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondieran.

- No disponer o no encontrarse operativos las instalaciones o los 175 recipientes exigidos en los pliegos de prescripciones técnicas.

- No disponer de vehículos o sistemas calificados como ECO o “cero emisiones”, en los plazos establecidos.

- No efectuar las campañas de publicidad comprometidas.

- El incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución de los artículos 16 y 17 de los PPT.

El 27 de marzo de 2020 se solicitó, por parte de la contratista la suspensión del contrato de referencia hasta la finalización del estado

de alarma sanitaria por la pandemia del coronavirus, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, siendo esta solicitud informada favorablemente por los servicios técnicos municipales, al no tratarse de un servicio esencial y ante la obligación de preservar la salud de las personas que en él trabajan y la del conjunto de la población.

Mediante la Instrucción 4/11 de 11 de mayo de 2020 del Director General de Servicios de Limpieza y Residuos, sobre medidas extraordinarias como consecuencia del coronavirus, de aplicación a la recogida de residuos y limpieza viaria en Madrid, se reestableció el servicio de recogida de ropa usada, excepto el de recogida a domicilio, que no se reanudó hasta el 29 de junio de 2020.

La emisión de abonarés a la empresa contratista durante los meses de marzo, abril y mayo se ajustó a los días efectivos en los que el contrato no estuvo suspendido y al número de contenedores que permanecieron accesibles a los usuarios durante ese periodo de tiempo, determinando una reducción del canon a abonar en los meses en los que no se pudo prestar el servicio.

La empresa adjudicataria comunicó mediante escrito de fecha 24 de junio de 2020, que debido al cierre de fronteras derivado de la crisis del coronavirus no podía realizar el tráfico de residuos de ropa usada resultándole imposible satisfacer el canon contractual estipulado, solicitando la exoneración del mismo hasta la reactivación de la economía. El 16 de agosto de 2020, vía email, la empresa insistió de nuevo en lo indicado en el anterior escrito, solicitando el reequilibrio del contrato, proponiendo que se reconociera que la actividad había estado suspendida desde el 15 de marzo al 21 de junio de 2020, exonerando del abono del canon durante ese periodo y

reduciéndolo un 40% desde el 22 de junio, hasta que la adjudicataria pudiera reanudar la actividad económica con normalidad.

La Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos emitió informe contestando al primer escrito, en el sentido de la no procedencia de la solicitud, porque los abonarés correspondientes a marzo, abril y mayo ya se habían ajustado a los días de prestación efectiva del contrato y al número de contenedores que habían permanecido accesibles.

Asimismo, se considera que la empresa adjudicataria es la responsable de la ejecución del servicio, limitándose el Ayuntamiento a disponer de la estructura técnica de supervisión e inspección de los trabajos, así como a verificar y asegurar que las prestaciones estén en condiciones de satisfacer sus exigencias.

Posteriormente, y como contestación a su correo de fecha 16 de agosto de 2020, se indicó a la contratista que la facturación se había realizado en función de los contenedores que estuvieron operativos, por lo que deberían justificar la reducción del canon que proponen, así como acreditar las pérdidas que provoquen el pretendido desequilibrio, en la globalidad del contrato.

Con fecha 1 de diciembre de 2020 se remitió copia de un burofax de la empresa adjudicataria, comunicando que, al no recibir los abonarés de marzo y abril de 2020, interpretaban que el Ayuntamiento les había exonerado del mismo. La contratista solicita que se le exonere también de los abonarés correspondientes a mayo y junio ya que, según indican, el cierre de fronteras con Marruecos les impide el tráfico de residuos de ropa usada y no obtienen ingresos, señalando que en caso contrario presentarían demanda invocando razones de fuerza mayor.

La Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos contestó, mediante escrito de fecha 17 de diciembre de 2020, señalando que el abonaré de marzo estaba pendiente de emisión por motivos técnicos, no habiéndose emitido el de abril por haber estado suspendido el servicio. Respecto al canon de mayo y junio se indicó a la contratista que no se encontraba exonerada del pago, debido a la continuación de la prestación del servicio en los contenedores que quedaron accesibles para la ciudadanía, durante esos meses.

El 8 de febrero de 2021 la empresa presentó burofax aportando documentación acreditativa de las pérdidas ocasionadas por la pandemia del SARS-COV-2, lo que justificaría, a su criterio, el reequilibrio económico del contrato solicitado y la exoneración del canon desde marzo de 2020. Finalmente indicaba su voluntad de no resolver el contrato y, subsidiariamente, proponía que se resolviese de mutuo acuerdo y sin penalidades a su cargo.

La Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos, mediante informe de fecha 18 de marzo de 2021, analizó el desarrollo del contrato y las solicitudes del contratista, concluyendo la improcedencia del reequilibrio, por cuanto la cláusula 12 del PCAP establece expresamente que este contrato se ejecutaría a riesgo y ventura del contratista.

Además, descartaba la aplicabilidad de la posibilidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, prevista para los contratos de concesión de servicios- entre otros-, en el Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, pues según se indica en la norma referenciada, tal mecanismo únicamente procedería cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiere apreciado la imposibilidad de ejecución del

contrato como consecuencia de la situación creada por el COVID-19. En el presente supuesto no se considera que se hayan dado tales circunstancias pues, durante la suspensión contractual ya se vino aplicando de oficio la compensación correspondiente, al no girar abonarés al concesionario durante los días en que estuvo suspendido el servicio y, una vez reanudado, tampoco se le giraron por los contenedores que no estaban accesibles al uso público.

El régimen genérico del reequilibrio económico contractual, tampoco procedería por las mismas razones y, además, por no considerar concurrentes ninguno de los presupuestos normativos al efecto, incluida la fuerza mayor, no considerando la crisis sanitaria de la COVID-19 encuadrable en tal concepto.

Como conclusión del análisis, el referido informe indica que consultado el estado de las liquidaciones de los abonarés girados por el Ayuntamiento de Madrid, la contratista los había dejado de pagar incluso desde antes de que se decretase la crisis sanitaria, en concreto desde diciembre de 2019. Añade que la deuda generada, desde marzo de 2020 hasta enero de 2021, asciende a 561.783,63 € y que los abonarés correspondientes a diciembre de 2020, enero y febrero de 2021, por importe de 185.721,75 €, se encuentran impagados y en vía de apremio.

Por todo lo expuesto, considera que los impagos de la contratista no obedecen exclusivamente a la crisis sanitaria derivada del COVID-19, sino que se derivan fundamentalmente de la situación de cierre de la frontera con Marruecos y, para salvaguardar los intereses municipales, propone al órgano de contratación la rescisión del contrato por incumplimiento culpable del contratista de una condición esencial, consistente en el pago del precio establecido, con la subsiguiente incautación de las garantías depositadas y de los 419

contenedores instalados en la vía pública y dependencias, por ser elementos indispensables para la continuación de la prestación del servicio fundamental de recogida y reciclaje de la ropa y calzado usados, valorándose los mismos de cara a efectos de realizar la liquidación de la deuda pendiente.

Con sustento en dicho informe, mediante Decreto del delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 8 de abril de 2021, se acordó iniciar el procedimiento de resolución del lote 2 del contrato de gestión de servicio público que nos ocupa, por incumplimiento por parte del contratista del pago del precio establecido.

Mediante diligencia de 13 de abril de 2021, notificada electrónicamente a la contratista el día 16 del mismo mes y año, la jefa del Departamento de Contratación municipal, remitió a la contratista copia del documento de informe-propuesta de resolución y del decreto de incoación del procedimiento, concediéndole trámite de audiencia por plazo de 10 días hábiles, para que prestare su conformidad, o efectuase cuantas alegaciones tuviera por conveniente, de conformidad con el artículo 191 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el artículo 97 del R.D 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

El 29 de abril de 2021 la contratista formuló alegaciones a la propuesta de resolución, insistiendo en que su incumplimiento se debe valorar teniendo en cuenta que se ha incurrido en él por motivos de fuerza mayor, considerando que la crisis sanitaria derivada del COVID-19, constituye un supuesto de fuerza mayor por su imprevisibilidad e inevitabilidad y que tal caracterización, excluye la

responsabilidad contractual en las relaciones entre privados y también con el sector público.

Explica que todos los impagos deben su razón de ser a la pandemia y a sus consecuencias- siendo el cierre de fronteras con Marruecos una de ellas- y en referencia del canon de los tres meses anteriores a la declaración del estado de alarma, señala que al girarse las correspondientes facturas con posterioridad, su impago también se motivó por la falta de liquidez derivada por la crisis económica que se produjo.

Como consecuencia de todo ello plantea la necesidad de renegociar los términos del contrato para lograr el equilibrio de las prestaciones, perdido a resultas de la incidencia económica de la pandemia.

Consta la emisión de un nuevo informe técnico por parte de la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos de fecha 6 de mayo de 2021, analizando las alegaciones. En el mismo se indica que:

- El efecto del estado de alarma en la prestación de este servicio, ya se consideró por el Ayuntamiento de Madrid, eliminando o reduciendo el canon, cuando el servicio se vio suspendido total o parcialmente.

Además, desde el 29 de junio de 2020, el servicio se presta con relativa normalidad, de modo que la contratista recoge la ropa usada de los contenedores instalados en la vía pública, pero continua sin abonar al Ayuntamiento el canon estipulado en el contrato.

- Que para poder apreciar fuerza mayor y exonerar del cumplimiento contractual por mor del efecto de la pandemia, el art. 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas

urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, reclama que la pérdida de actividad sea una consecuencia directa o inmediata del COVID 19 o de las medidas adoptadas para hacerle frente, enumerando las circunstancias o medidas apreciables: la suspensión o cancelación de actividades, el cierre temporal de locales de afluencia pública, las restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, la falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados.

Ninguna de estas circunstancias se han producido en este caso y excepto en el periodo en que estuvo suspendido el servicio, y por tanto, no se giraron abonarés a la concesionaria, el servicio se presta en la actualidad en las mismas condiciones en que se firmó el contrato y, según se indica, la empresa pudiera haber buscado mercados alternativos, tanto nacionales como extranjeros, para la venta de los textiles recogidos, cuyas fronteras comerciales continúen abiertas, como así están haciendo otros concesionarios del contrato de ropa usada en los lotes 1 y 3.

La adopción de medidas de compensación de los periodos de suspensión del servicio, adoptadas *motu proprio* por el Ayuntamiento de Madrid y la evidencia de la continuidad posterior del servicio- al menos en la parte que beneficia a la contratista: la recogida del textil; que no así en la contrapartida del pago del canon-, impiden admitir cualquier suerte de reequilibrio por motivo de la crisis sanitaria, pues el artículo 34 del Real Decreto 8/2020, exige a estos fines, la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la

situación creada por el COVID o las medidas adoptadas para combatirlo.

- Que la alegación de falta de liquidez para hacer frente a los cánones de los tres meses previos a la declaración del estado de alarma, ya revela una administración deficiente del contrato, previa a la situación de pandemia.

- Finalmente, en cuanto a la aplicación del reequilibrio a la concesión, conforme a las previsiones generales de la normativa contractual, se apela a la letra del artículo 282.4 b) del TRLCSP, de interpretación estricta, que plantea la indicada posibilidad con relación exclusiva a situaciones en que la administración haya motivado el desequilibrio económico o a supuestos de fuerza mayor que la norma tasa, circunscribiéndose a incendios causados por la electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes, destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Por todo lo expuesto, el informe propone al órgano de contratación la desestimación de las alegaciones presentadas.

Consta emitido informe favorable a la propuesta de resolución, por parte de la Asesoría Jurídica municipal, con fecha 1 de junio de 2021, con la única observación de la necesidad de efectuar la valoración de los daños y perjuicios ocasionados a la administración, que habrán de ser indemnizados.

A la vista de lo indicado, se ha recabado un informe técnico sobre la indemnización por daños y perjuicios y la incautación de la garantía, en la resolución del contrato del lote 2 del contrato de

gestión del servicio público de recogida y gestión de residuos de ropa usada, que ha sido emitido el 7 de junio de 2021.

El 8 de junio de 2021, se ha recabado informe de la Intervención Delegada de Junta de Gobierno municipal, emitiéndose el día 10 de junio. En el mismo se indicó que debería incluirse en el expediente la descripción de los cálculos que cuantifiquen los cánones dejados de abonar por el contratista, con señalamiento de importes y meses. También denotó algunas discrepancias contables en el cálculo de la incautación de la garantía y recordó la necesidad del presente dictamen, en caso de desacuerdo con la contratista.

En cumplimiento de lo dispuesto en el referido informe de la Intervención Delegada de Junta de Gobierno, se elaboró nuevo informe técnico, de 31 de agosto de 2021, relativo a los cánones dejados de abonar y a la indemnización por daños y perjuicios e incautación de la garantía propuesta, indicando que la indemnización por daños y perjuicios calculada como la diferencia entre el coste de las labores no desarrolladas y la amortización residual de los recipientes, supone un importe de 27.708,53€, que se deberá detraer de las garantías depositadas, siendo, por tanto, el importe de la garantía a devolver 120.868,87 euros.

Los días 1, 2 y 8 de septiembre de 2021, se emplazó para cumplimentar el trámite de audiencia a la entidad adjudicataria del contrato.

En fecha 15 de septiembre de 2021 la contratista formula alegaciones a la nueva propuesta de resolución, insistiendo en sus planteamientos iniciales y oponiéndose también a los cálculos efectuados para la incautación de la garantía, con particular mención a ciertos gastos por la limpieza de los contenedores, que se indica por

la administración municipal que hubo de realizar al haber descuidado esa obligación la contratista, así como a la incautación misma de los 419 contenedores instalados en el municipio de Madrid.

Un nuevo informe técnico de la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos, de fecha 21 de septiembre de 2021, da contestación a esas alegaciones, desestimándolas.

Resueltas las observaciones efectuadas por la Intervención Delegada de Junta de Gobierno municipal, la interventora general suscribe informe de control, con resultado favorable, de fecha 23 de septiembre de 2021.

Finalizada la instrucción del procedimiento el delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, ha formulado propuesta de resolución contractual disponiendo desestimar las alegaciones presentadas por la empresa contratista en virtud de los motivos indicados en los informes técnicos de la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos de fecha 6 de mayo de 2021 y 21 de septiembre de 2021, acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista fundado en el impago del canon concesional y acordar la incautación parcial de la garantía definitiva depositada por importe de 27.708,53 €, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, con sustento en el informe técnico de la Dirección General de Servicios y Limpieza de fecha 30 de agosto de 2021 y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 225.3 del TRLCSP, devolviendo a la contratista el resto del importe de la garantía constituida.

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 del alcalde de Madrid se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Administración Local y Digitalización en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA (“*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*”).

SEGUNDA.- Según criterio constante de esta Comisión, la normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual, es la vigente en el momento de su iniciación.

De esa forma, dado que el acuerdo de inicio del procedimiento es de fecha 8 de abril de 2021, será de aplicación en este aspecto la LCSP/17, cuyo artículo 212.1 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”. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en 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 (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*” en lo que no se oponga a la ley.

De conformidad con el apartado 4 de la disposición adicional 2^a de la LCSP/17: “*En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo, siendo el Pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales*”.

Es pues el órgano de contratación de la entidad local quien ha de proceder a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, sin perjuicio de la posible delegación.

Por lo que respecta al desarrollo del procedimiento, el artículo 191.1 de la LCSP/17 prevé que se dé audiencia al contratista, trámite que se ha efectuado en varias ocasiones en el procedimiento que nos ocupa y, señaladamente por última vez, con carácter inmediatamente anterior a la elaboración de la propuesta de resolución, habiéndose efectuado alegaciones.

Además, 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*”. En el presente caso, dado que las garantías se constituyeron por el propio contratista, según resulta de las

correspondientes cartas de pago, no aparece un interesado diferente a la propia contratista, a quien dar audiencia.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 191.2 de la LCSP/17 y, en el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, son necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, constando en el expediente que se ha recabado el informe de la Asesoría Jurídica que sustituye al informe de la Secretaría en los municipios de gran población, y el informe de la Intervención Municipal.

Finalmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista y, en razón de la existencia de oposición de su parte, de conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17, se ha recabado el preceptivo el dictamen de este superior órgano consultivo autonómico.

TERCERA.- Llegados a este punto, debemos hacer una especial referencia al plazo para resolver, a cuya cuestión y según lo indicado resulta de aplicación la LCSP/17 y subsidiariamente la LPAC, por tratarse de una cuestión procedural.

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 argumentado por el Consejo de Estado, en el Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, en el que se explicaba 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 ampliar el plazo a ocho meses, por resultar 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. La disposición final 1^a de dicha norma, indicó que el citado artículo 212.8 de la LCSP/17 tenía carácter de legislación básica.

Ahora bien, 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, afectando señaladamente a esta cuestión.

En concreto, el 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).

No obstante, al analizar la impugnación del artículo 212.8, el TC en el FJ 7 C. c. de la citada STC, afirma:

“El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedural 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 sus entidades locales.

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 estarse a los dispuesto en los artículos 62 a 69 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (LGA) y en el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGCCM). 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 madrileña 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 lo expuesto, 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 1^a 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 ha considerado 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, afirma 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 escrupulosa exigencia de laguna para la aplicación supletoria.

Por ello, 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 resulta 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 factico 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, 240/2021, de 1 de septiembre y 267/2021 de 22 de septiembre. En el último de los dictámenes citados se razona que los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Constitucional a la que se ha venido haciendo referencia serán de aplicación a los procedimientos de resolución contractual en curso, aun cuando se hubieran iniciado con anterioridad a la fecha de su publicación en BOE, como ocurre en este caso, en aplicación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Todo ello conduce a establecer que, habiéndose iniciado el procedimiento de resolución contractual que nos ocupa el 8 de abril de 2021, su caducidad se produjo el día 8 de julio; lo que no impedirá iniciar un nuevo procedimiento con el mismo objeto.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución contractual sometido a dictamen ha 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 16 de noviembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 602/21

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid