

Dictamen nº: **356/22**
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia e Interior**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **07.06.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 7 de junio de 2022, 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 13 de mayo de 2022 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 era por componentes de la prestación y el plazo de ejecución era de 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 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) formalizándose el contrato el 26 de febrero de 2019. 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

tiene lugar el 19 de enero de 2017. La garantía definitiva se formaliza 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 16 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 ha 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 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 ultimo recoge (desarrollándolo más extensamente en el anexo III) la valoración de los trabajos ejecutados deficientemente ascendiendo a un total de 100.224,86 euros.

Añade que el incumplimiento del contrato ha causado daños y perjuicios pero no son cuantificables 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 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 5ª 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 y 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 informes. 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 esta 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 solicitó el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora con entrada en la misma el 21 de dicho mes.

22. El Dictamen 576/21, de 10 de noviembre, entendió que el procedimiento de resolución contractual había caducado.

23. Por Orden de 16 de noviembre de 2021 se acordó declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual.

24. El 15 de marzo de 2022 la jefa del Área de Mantenimiento de la Dirección General de Emergencias emite informe en el que propone resolver el contrato ya que tras la caducidad del procedimiento anterior no se ha logrado ningún avance en la solución de los problemas que generan las puertas e instalaciones objeto del contrato existiendo una serie de incumplimiento que enumera de forma detallada en dos anexos que adjunta al informe. Por todo ello

propone la resolución por incumplimiento del contratista tanto de las obligaciones del contrato como de los plazos de ejecución (cláusula 27 del PCAP).

Efectúa una valoración de los trabajos deficientemente ejecutados en 100.244,86 euros y considera que la ejecución deficiente ha ocasionado a la Administración daños y perjuicios que no está en condiciones de valorar si bien considera que no hay obstáculo para la devolución de la fianza.

25. El 29 de marzo de 2022 se acuerda el inicio de un nuevo procedimiento de resolución contractual de conformidad con lo establecido en la cláusula 3ª del contrato, la cláusula 24 del PCAP y los artículos 222.2.d) y 223.d) del TRLCSP.

26. El acuerdo de inicio es notificado a la contratista (30 de marzo de 2022) y a la avalista (4 de abril de 2022).

27. Consta un escrito de la contratista fechado el 6 de abril de 2022 en el que se adjunta alegaciones en las que se reproducen lo ya indicado en las presentadas el 21 de abril de 2021. No constan en el expediente alegaciones por parte de la entidad avalista.

28. El 8 de abril de 2022 la jefa de Área de Mantenimiento emite informe contestando las alegaciones con los mismos argumentos expuestos en el informe de 1 de junio de 2021.

29. El 14 de abril de 2022 se solicita informe preceptivo a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid y el 22 de ese mes se acuerda la suspensión del plazo para resolver al amparo del artículo 22.1 d) de la LPAC. Esa suspensión se comunica a la contratista (21 de abril de 2022) y a la avalista (28 de abril de 2022).

30. El 21 de abril de 2022 emite informe favorable la letrado-jefe. Alude a una propuesta de orden de resolución q en la que se propone devolver la garantía definitiva por lo que considera cumplido lo establecido en el artículo 225.3 del TRLCSP.

31. El 25 de abril de 2022 se acuerda levantar la suspensión al haberse recibido el informe de la Abogacía el 22 de abril, lo que se comunica a la contratista (26 de abril de 2022) y a la avalista (28 de abril de 2022).

32. Consta un informe de fiscalización previa emitido por la Interventora General de la Comunidad de Madrid el 6 de mayo de 2022 en el que se manifiesta favorable a la resolución contractual si bien solicita que se complete el expediente con determinada documentación antes de su remisión a esta Comisión Jurídica Asesora y entiende que debe eliminarse el “*dispongo*” segundo de la propuesta de Orden de resolución relativo al pago de la segunda fase del contrato.

33. Por ultimo obra en el expediente un borrador de orden del consejero de Presidencia, Justicia e Interior en el que se acuerda resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista al haber incurrido en demora en el cumplimiento de los plazos parciales y total para la realización de los trabajos contratados, de conformidad con lo establecido en la cláusula 3ª del contrato, en la cláusula 24 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por la realización defectuosa de parte de los trabajos ejecutados en la segunda fase del contrato así como la devolución de la garantía definitiva.

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 13 de mayo de 2022, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al

letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 7 de junio de 2022.

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.a) del 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, 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 citada Ley 1/1983.

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 13 de julio de 2020), 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 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”*.

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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En particular, el artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, como es el caso. 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.

Procede reiterar lo ya indicado en el Dictamen 576/21 en cuanto a que 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 del ROFCJA. Sin embargo tan solo se remitió 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, borrador que se reitera en la nueva solicitud 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).

Si bien el citado borrador acoge 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.

En relación con el plazo para resolver, el artículo 212.8 de la LCSP/17 establece un plazo máximo para resolver de ocho meses si bien este precepto ha sido declarado inconstitucional por la STC 68/2021, de 18 de marzo. Por ello esta Comisión consideró en el citado Dictamen 576/21 que resultaba de aplicación el plazo general de tres meses del artículo 21.1 de la LPAC toda vez que la Comunidad de Madrid no ha hecho uso de sus competencias en la materia estableciendo un plazo específico para los procedimientos de resolución contractual tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas madrileñas.

Como venimos indicando, el presente procedimiento se inició el 29 de marzo pasado y ha estado suspendido desde el 14 al 22 de abril (8 días). Por ello, en la fecha en la que tuvo entrada en esta Comisión, el procedimiento no había caducado si bien, al no haberse hecho uso

de la posibilidad de suspender el plazo para resolver al amparo del artículo 22.1 d) de la LPAC, el procedimiento caducará el próximo 7 de julio, último día en el que se podrá dictar resolución.

Con carácter previo al análisis del fondo de la cuestión planteada procede rechazar la alegación de la contratista en cuanto a la imposibilidad de iniciar el procedimiento de resolución contractual puesto que un procedimiento previo con esa finalidad había sido declarado caducado. La caducidad de un procedimiento no impide, tal y como resulta del artículo 95 de la LPAC, la iniciación de un nuevo procedimiento salvo que las acciones del particular o de la Administración hayan prescrito. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2021 (rec. 3929/2020) con carácter general y, específicamente en materia de resolución contractual, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de febrero de 2021 (rec. 838/2020).

TERCERA.- La Dirección General de Emergencias plantea la resolución del contrato al amparo de los artículos 222.2 y 223 d) del TRLCSP y de las cláusulas 24ª del pliego de cláusulas administrativas y 3ª del contrato.

Es decir, entiende que la contratista ha incumplido los plazos fijados para cumplir el contrato si bien, como veremos, el contenido de la cláusula 24ª es diferente.

El incumplimiento de los plazos es incontrovertido toda vez que el contrato tenía un plazo de ejecución de quince semanas desde su formalización que tuvo lugar el 19 de enero de 2017, plazo de ejecución manifiestamente superado en el momento de inicio del presente procedimiento y que había dado lugar a que se iniciase un previo procedimiento de resolución que caducó en noviembre de 2019.

La contratista basa su oposición en que el contrato se ejecutó correctamente si bien no al gusto de la Administración, entendiendo que se trata de una mera “*discrepancia*” que no justificaría la resolución por causa imputable a la contratista.

Sin embargo, ha de recordarse que estamos ante un contrato administrativo en el que la decisión sobre si se ha ejecutado de forma correcta corresponde a la Administración tal y como resulta, con carácter general, de los artículos 210 y 222 del TRLCSP y específicamente para el contrato de servicios en el artículo 309 de dicho Texto Refundido. Además, los pliegos establecían expresamente (clausulas 36 y 37) que la Administración determinaría si el contrato se había ejecutado correctamente pudiendo impartir instrucciones al contratista.

El incumplimiento queda acreditado tanto por las actas de no recepción que, como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de marzo de 2021 (rec. 556/2019) tienen plena virtualidad y eficacia en cuanto a acreditar los incumplimientos, gozando de presunción de veracidad *iuris tantum*, como por los informes aportados por la Administración, propios y de la empresa contratista encargada del mantenimiento de las instalaciones. Las alegaciones de la empresa contratista se basan en que el contrato habría sido cumplido adecuadamente pero no logran desvirtuar los defectos apreciados por la Administración que en este punto se ve respaldada por el criterio de la empresa contratista del mantenimiento. El elevado número de incidentes muestra que estamos ante unas instalaciones que no cumple con los criterios de calidad exigibles.

En realidad, estamos ante el supuesto previsto en el artículo 307 del TRLCSP que establece que en los casos de ejecución defectuosa imputable al contratista la Administración podrá rechazar la misma

quedando exenta del pago o teniendo derecho a la recuperación del precio.

En nuestro Dictamen 134/19, de 4 de abril, consideramos que, en un caso similar, pero en el que la Administración no invocaba causa alguna de resolución no podía admitirse la resolución contractual. Es cierto que el artículo 307.1 del TRLCSP y sus concordantes artículos 23 y 204 del RGLCAP no establecen la resolución del contrato a diferencia de lo que expresamente establece para el contrato de elaboración de proyectos de obras (modalidad del contrato de servicios) el artículo 310.2 del TRLCSP y para el contrato de obras el artículo 235.2 del TRLCSP. Ahora bien, esta Comisión considera que en este caso la Administración sí invoca una causa de resolución aplicable como es el que haya vencido el plazo de ejecución sin que la prestación haya sido adecuadamente ejecutada a la que se suma también la invocación de la causa de resolución del artículo 223 h) (las establecidas expresamente en el contrato) ya que la cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas establece que el incumplimiento sin motivo justificado de las instrucciones dadas al contratista si se rechaza la recepción de la prestación es causa de resolución.

En suma, no debe olvidarse que los contratos públicos (en este caso un contrato administrativo de servicios) están vinculados al funcionamiento de los servicios públicos a través de la actuación de la Administración. En el caso que nos ocupa la falta de cumplimiento del contratista que ha justificado la no recepción de los trabajos por la Administración ha implicado problemas en el funcionamiento de un servicio público respecto del cual el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley por la que se regulan los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto Legislativo 1/2006, de 28 de septiembre, establece que actuarán bajo el principio de celeridad en cuanto *“los servicios*

públicos de prevención y extinción de incendios y salvamentos integran un servicio esencial de la Comunidad.” El elevado número de incidencias ocasionado por el deficiente funcionamiento de los sistemas instalados por la contratista justifican objetivamente la necesidad de resolución del contrato.

CUARTA.- Una vez que se ha fijado que procede la resolución contractual han de fijarse los efectos de la resolución.

El artículo 225.3 del TRLCSP establece que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista determinará el pago de los daños y perjuicios.

De otro lado el artículo 309 de dicha norma establece el derecho del contratista al precio de los servicios efectivamente realizados “*con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración*”.

Ello determina que en la liquidación del contrato deberán abonarse aquellos trabajos realizados por el contratista que cumplan tales requisitos.

Respecto a los daños y perjuicios, el informe del Servicio de Obras e Infraestructuras reconoce que el incumplimiento de la contratista ha causado perjuicios, pero afirma que no dispone de elementos para valorarlos.

Esta afirmación ha de ponerse en relación con lo señalado por la Intervención en cuanto a que esta Comisión venía recogiendo que (bajo la vigencia del TRLCSP) la incautación de la garantía definitiva no era automática, sino que solo debía hacerse en caso de existir daños y perjuicios.

Este criterio, anteriormente acogido por el extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, traía causa de la redacción

del TRLCSP, diferente en este punto de la anterior normativa de contratos públicos, redacción que originó dudas en la doctrina de los órganos consultivos de la Administración, en la doctrina científica y en la jurisprudencia menor.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en recurso de casación por interés casacional objetivo fijó doctrina al respecto en la Sentencia de 30 de septiembre de 2019 (rec. 3556/2017) entendiendo que:

“(...) no puede atenderse a la pretensión ejercitada de que la garantía definitiva solo puede quedar afectada al pago del importe de los daños y perjuicios ocasionados a la administración contratante, una vez determinado su importe en proceso contradictorio. La previsión normativa es justamente contraria a lo pretendido por la entidad aseguradora aquí recurrente. La incautación constituye una medida de la administración en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados en los casos de resolución del contrato, amparada por el art. 88 de la Ley 30/2007, del 30 de octubre, y actualmente el art. 110, d) de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por lo que no resulta preciso la valoración previa de los daños para acordar aquella”.

Esta jurisprudencia ha sido acogida en la doctrina de esta Comisión en dictámenes como el 566/19, de 19 de diciembre y 265/20, de 30 de junio.

No obstante, si el órgano de contratación considera que no procede la incautación de la garantía deberá motivarlo adecuadamente.

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

CONCLUSIÓN

Procede 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*” con la posibilidad de incautación de la garantía definitiva.

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 7 de junio de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 356/22

Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Interior

Pza. Pta. del Sol nº 7 - 28013 Madrid