

Dictamen n^o: **410/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **25.09.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 25 de septiembre de 2013, sobre consulta formulada por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria, (por delegación de firma del consejero de Sanidad, en virtud de la Orden 585/2013, de 1 de agosto), al amparo del artículo 13.1, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato administrativo denominado *“Explotación de máquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos alimentarios del Hospital Clínico San Carlos y Centros Dependientes del Área 7”*, suscrito con la mercantil A (en adelante, la adjudicataria).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de agosto de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada el 19 de agosto de 2013 por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria, (por delegación de firma del consejero de Sanidad, en virtud de la Orden 585/2013, de 1 de agosto), acerca de la petición procedente del Hospital Clínico San Carlos, firmada por su director gerente, en relación al expediente de resolución del contrato administrativo denominado *“Explotación de máquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos alimentarios del Hospital Clínico San Carlos y Centros Dependientes del Área 7”*.

Ha correspondido su ponencia a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 25 de septiembre de 2013, por seis votos a favor y tres votos en contra, con el voto particular discrepante que se recoge a continuación del dictamen.

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

Con fecha 3 de noviembre de 2011, el director gerente del Hospital Clínico San Carlos de Madrid promueve y aprueba expediente para la contratación de la *“Explotación de máquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos alimentarios del Hospital Clínico San Carlos y Centros Dependientes del Área 7”* y fija un canon mínimo de explotación de 1.136.800 euros (IVA incluido).

En la misma fecha se aprueban por Resolución del director gerente del Hospital los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas.

La cláusula 40 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regula la resolución del contrato y establece:

“Son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 73 bis y 206 de la LCSP, así como las siguientes:

- *La pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración.*
- *El incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación, sin perjuicio de las penalidades que, en su caso, se pudieran imponer, conforme a lo establecido en la cláusula 23.*

- *La obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración.*
- *El rescate o suspensión del servicio por razones de interés público.*
- *El incumplimiento de la obligación del contratista de respetar el carácter confidencial 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, como se indican en el apartado 25 de anexo I.*
- *El incumplimiento culpable por parte del contratista de lo establecido en la Ley 8/2005, de 26 de diciembre, de Protección y Fomento del Arbolado Urbano de la Comunidad de Madrid, siempre y cuando su conducta haya sido objeto de sanción muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2.1 de dicha Ley.*
- *La ejecución defectuosa del contrato, según lo dispuesto en el apartado 18 del anexo I.*
- *El incumplimiento de la obligación esencial del pago del canon por parte de la empresa adjudicataria. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento tramitado en la forma reglamentariamente establecida por el artículo 109 del RGLCAP.*

En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva sobre la garantía, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

Para la aplicación de las causas de resolución se estará a lo dispuesto en los artículos 207 de la LCSP y 110 del RGLCAP, y para sus efectos a lo dispuesto en los artículos 208 de la LCSP”.

En el apartado 18 del Anexo I del PCAP, relativo a las penalidades, distingue entre penalidades por demora en el retraso en el inicio de la actividad y por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato. En este último caso, el PCAP dispone:

“La Administración podrá optar indistintamente, por su resolución por la imposición de penalidades en función de la gravedad del incumplimiento. Su cuantía no podrá ser superior al 10 por ciento del presupuesto del contrato de acuerdo con lo establecido en el artículo 196.1 de la LCSP.

Entre otros incumplimientos, serán observables los siguientes:

- *Cuando el contratista por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato (abono del canon).*
- *La interrupción de la ejecución del contrato por 3 días o más consecutivos o alternos al mes sin justificar.*
- *El incumplimiento de las obligaciones sociales del empresario con su personal.*
- *Las reiteradas deficiencias en calidad y cantidad de productos de venta.*
- *El comportamiento irregular del personal de la empresa.*
- *La entrega o comercialización de productos prohibidos.*

- *El incumplimiento de la obligación de reparar o reemplazar las máquinas averiadas en 24 horas.*
- *El incumplimiento de las obligación de no variar los precios durante el primer año de contrato o sin autorización del órgano de contratación”.*

La adjudicación del contrato, por procedimiento abierto, se acordó mediante Resolución del director gerente del Hospital Clínico San Carlos, de 16 de enero de 2012 por un canon de 2.020.000 euros a la mercantil A.

Constituida la garantía definitiva, consistente en 85.593,22 euros, el 1 de febrero de 2012, el órgano de contratación del centro hospitalario y la empresa adjudicataria suscribieron el contrato administrativo especial para la explotación de máquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos alimentarios, estableciéndose un plazo de ejecución de 48 meses, a contar desde el 1 de marzo de 2012. El precio total de adjudicación ascendió a 2.020.000 euros. El canon total a satisfacer por la adjudicataria para un periodo de cuatro años se fijó en 1.711.864,41 euros de base imponible más 308.135,39 euros de IVA (18%), divididos en 48 mensualidades de 35.663,84 euros de base imponible más 6.419,49 euros de IVA cada una, cantidad revisable a partir del mes de marzo de 2013 mediante la aplicación al canon del 85% del IPC publicado por el INE (folio 72).

Según lo establecido en la cláusula quinta del contrato, la adjudicataria *“abonará la prestación del servicio, mediante pagos mensuales, previa entrega y recepción de conformidad por la Administración, de los trabajos a que se refiere el punto 1 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares”* y de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuarto del Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la

contratación de referencia, la empresa contratista se comprometió durante la ejecución del contrato a satisfacer el canon devengado mensualmente.

El apartado 4.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en lo relativo al canon, establece:

“El adjudicatario deberá abonar al Hospital por la explotación del servicio un canon anual, cuya cuantía deberá proponer el propio oferente en la proposición económica, no pudiendo ser su cuantía anual inferior a la establecida en el punto 3 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

El canon a satisfacer por máquina instalada será fijo e independiente del rendimiento de la máquina y de las posibles paradas por avería o causa análoga.

El canon se devengará mensualmente y será hecho efectivo en el plazo máximo de 15 días a la fecha de su vencimiento.

A partir del mes decimotercero de ejecución del contrato deberá realizarse la revisión de los importes convenidos mediante la aplicación al mismo del IPC General de los doce meses anteriores a la revisión, tomando como mes de referencia el publicado por el Instituto Nacional de Estadística, el mes anterior a la fecha de revisión, aplicado conforme establece el art. 78.3 LCSP, no pudiendo superar esta aplicación el 85% de la variación experimentada por dicho índice.

Los precios unitarios de los productos, no podrán ser objeto de revisión durante el primer año de vigencia del contrato. La modificación de los precios deberán ser aprobados por la Dirección del Hospital y siempre que haya transcurrido un año de la firma del contratado”.

Con fecha 7 de febrero de 2012, el director de Gestión del Hospital Clínico San Carlos comunica al encargado de la cafetería del Pabellón 8, al administrador de la Escuela Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo, y a C.P., como responsable de la tienda B que desde el 1 de marzo y tras la adjudicación en concurso abierto, la dispensación de bebidas y alimentos sólidos en máquinas auto expendedoras (“vending”), estará a cargo de la adjudicataria, por lo que se indica la necesidad de retirar las máquinas expendedoras que tengan en sus locales y la prohibición de comercializar productos competencia de la adjudicataria.

En el transcurso del primer mes de ejecución del contrato, con fechas 12 y 16 de marzo de 2012, la adjudicataria comunica al Hospital, que las ventas obtenidas no son las esperadas y, consecuentemente, advierte de la dificultad para asumir el pago del canon de explotación estipulado en el contrato.

Indica la adjudicataria que no se está cumpliendo con el pliego de condiciones de licitación del concurso ya que han encontrado tres puntos que aminoran la rentabilidad de sus máquinas por existir aparatos que no han sido retirados (4 máquinas en el pabellón 8, 3 en la cafetería del hospital y, además, 50 máquinas de café marca D a disposición del personal del hospital), también han encontrado diferencia de precios en el mismo producto entre los que oferta la adjudicataria y los de la competencia y solicitan la instalación de un número de máquinas equivalente que pueda compensar los perjuicios sufridos en otras tres zonas del hospital.

Reprochan el incumplimiento del punto 2.8 del Pliego de Prescripciones Técnicas:

“En el Anexo-1, adjunto al presente pliego, se relacionan las máquinas que actualmente se consideran necesarias, esta relación

puede ser modificada tanto en número, en tipo de máquina, y ubicación, previa conformidad expresa de la Dirección del Centro.

No obstante lo anterior, los licitadores podrán presentar un estudio con el número de máquinas y distribución que consideren precisas para la óptima prestación del servicio.

El Hospital no autorizará la instalación de máquinas de esta naturaleza a empresas diferentes a la adjudicataria.

Cualquier modificación de la lista de productos a la venta y sus precios deberá ser notificada a la Dirección del Hospital, para su conocimiento y aprobación”.

Solicitan a los servicios de contratación del Hospital la instalación de un número de máquinas que pueda compensar en alguna medida el perjuicio sufrido.

Tras lo expuesto por la adjudicataria, el director gerente del Hospital, con fecha 23 de marzo de 2012, insta a la empresa contratada para la explotación del servicio de cafetería del Hospital para que, en virtud de la cláusula 3.1 del pliego de ese contrato, retire las máquinas expendedoras de bebidas y de productos sólidos ubicadas en la cafetería del público, toda vez que en el contrato para la explotación de máquinas dispensadoras de bebidas y de productos sólidos con la adjudicataria, rigen criterios de exclusividad.

La adjudicataria, en el mes de mayo de 2012, de forma unilateral y sin autorización alguna, procedió a instalar en el Hospital diferentes máquinas expendedoras, lo que motiva que el coordinador de Contratación y Suministros del Hospital, por burofax de 11 de mayo exhorta a la adjudicataria “a que desistan inmediatamente de los hechos que hayan podido ejecutar, como introducción de nuevas máquinas no autorizadas, y

demandarles se sometan a los medios y soluciones normativas para reclamar sus derechos y obligaciones”.

Con fecha 12 de septiembre de 2012, el director gerente del Hospital Clínico San Carlos requirió a la empresa contratista el pago del canon mensual (35.663,84 €) correspondiente a los meses que junio, julio, agosto y septiembre, con la advertencia de que, en caso de persistir el incumplimiento, la Administración podría optar, indistintamente, por la resolución del contrato o la imposición de penalidades.

Ante esta circunstancia, la adjudicataria en lugar de proceder al abono exigido, solicitó una reunión para obtener una minoración del canon de explotación establecido en el contrato (que se ajuste lo máximo posible a la realidad de las ventas). Tras la reunión celebrada el día 24 de septiembre de 2012, al día siguiente, la adjudicataria dirigió un escrito en el proponía la reubicación de determinadas máquinas expendedoras, la retirada de cinco máquinas con la consiguiente reducción del canon de explotación, incremento del precio de los productos (como consecuencia de la modificación del tipo impositivo de IVA) y mantenimiento de dos máquinas expendedoras sin abono del canon de explotación correspondiente.

Respecto a la deuda pendiente, con fecha 24 de septiembre de 2012, la adjudicataria firmó una propuesta de pago consistente en el abono exclusivo del canon correspondiente al mes de junio de 2012, difiriendo el pago de las cantidades restantes en diversas mensualidades hasta febrero de 2013.

En contestación a las propuestas anteriormente referidas, la Subdirección de Gestión de Servicios Generales del Hospital remitió escrito de fecha 15 de octubre de 2012, en el que comunicaba que la falta de pago del canon supone el incumplimiento de una de las obligaciones

esenciales del contratista y que opera como causa de resolución del contrato con el consiguiente pago de la indemnización por los daños y perjuicios irrogados al Hospital. No obstante *“no existe inconveniente alguno a someter a estudio y valoración las propuestas presentadas, siempre y cuando el contratista proceda a hacer efectivo el pago de la deuda pendiente con este Hospital, por importe total de 127.319,91 euros”* correspondiente al canon de los meses de julio, agosto y septiembre.

Por último, indica el escrito, que al haberse abonado únicamente la cantidad de 126.249,99 euros, cantidad que corresponde al canon de los meses de abril, mayo y junio, instan a la adjudicataria a que a la mayor brevedad ingrese la cantidad pendiente de pago, procediéndose, en caso contrario, a la iniciación de los trámites administrativos correspondientes para resolver el contrato. Todo ello, sin perjuicio, que, una vez saldada la deuda, puedan valorarse alternativas que faciliten la explotación del servicio por parte de la adjudicataria.

Por escrito de 11 de diciembre de 2012, el jefe de Servicio de Contratación, examinados y valorados los extremos solicitados por la adjudicataria, el 25 de septiembre, comunica que pueden ser retirados diversos aparatos instalados en diferentes puntos del Hospital por falta de rentabilidad con disminución del canon correspondiente. Al mismo tiempo se informa que no es viable la reubicación de las máquinas propuestas por afectar a recorridos de evacuación en caso de emergencia y la seguridad del Hospital quedaría comprometida. En relación con la propuesta sobre el mantenimiento de máquinas expendedoras sin el abono del canon preceptivo propuesto, considera que no es viable, al no estar esta posibilidad admitida en los pliegos.

Con fecha 10 de mayo de 2013, el director gerente del Hospital requiere a la adjudicataria para que abone el importe de las mensualidades

correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012 y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2013

Por escrito notificado el 23 de mayo de 2013, se requiere el pago de las cantidades correspondientes a los cánones del último trimestre de 2012 y a los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2013, lo que arroja una cantidad de 323.209 euros. Se le recuerda que la falta de pago del canon de explotación determina el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales imputable al contratista, circunstancia que opera como causa de resolución del contrato.

En contestación al mencionado requerimiento, por escrito de fecha 30 de mayo de 2013, la adjudicataria apela a la crisis económica general del país, a la falta de disponibilidad de crédito para las empresas privadas; y a la utilización de cafeteras domésticas por parte del personal en los departamentos que minoran las ventas, entran en clara competencia y que dada su complejidad, no es posible retirar. Además de los aparatos instalados en el Hospital, las máquinas emplazadas en los centros de especialidades de la calle Modesto Lafuente y la avenida de Portugal “*no obtienen las ventas necesarias para alcanzar la viabilidad que permita mantener su idóneo rendimiento*” por lo que solicitan su retirada a partir del 1 de junio y efectuar el recálculo del canon mensual a abonar, descontando esas máquinas. Con dicho escrito, la adjudicataria presenta un cuadro de pagos para liquidar la deuda pendiente y manifiesta que ya está liquidado el pago del canon correspondiente al mes de mayo de 2013 en la cantidad de 38.749,85 euros, con lo que la deuda pendiente es de 284.459,15 euros. Proponen el pago mensual de 12.000 euros hasta el fin de su liquidación, a excepción de los meses de agosto, en los que la venta desciende notablemente y no permite hacer frente al pago adicional que esto supone, “*se harán pagos por dos conceptos, uno el canon habitual y otro la compensación de la deuda*”.

TERCERO.- Constatada, en junio de 2013, la falta de abono de las facturas pendientes de pago correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012 (129.459,75 €) y enero, febrero, marzo, abril, y mayo de 2013 (193.749,25 €), con fecha 3 de junio de 2013, el director gerente del Hospital Clínico San Carlos acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista de la obligación de pago del canon, con incautación de la garantía e indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

El acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato se notifica a la empresa contratista el día 11 de junio de 2013 y a la entidad avalista el día 13 de junio de 2013.

Con fecha 20 de junio de 2013, la empresa contratista formula alegaciones, oponiéndose a la resolución del contrato, en las que, en síntesis, manifiesta las incidencias habidas desde el inicio de la actividad consistentes en la comercialización de cápsulas de café D, mediante el uso de cafeteras domésticas usadas por el personal del centro, la existencia de máquinas ajenas al contratista que hacían competencia desleal y gravosa con las suyas porque no abonaban ningún importe en concepto de canon, la mala distribución de las máquinas propuestas por el Hospital, por lo que el contratista tuvo que reubicar y suprimir máquinas para optimizar el servicio. Con su escrito propone un plan de pagos consistente en el abono del canon mensual más 12.000 € por la deuda pendiente de pago hasta el mes de septiembre de 2015.

No consta que la entidad avalista haya formulado alegaciones.

A la vista de las anteriores alegaciones, el director gerente del hospital formula propuesta de resolución del contrato administrativo especial suscrito el 1 de febrero de 2012 entre la adjudicataria y el Hospital, *“Explotación de máquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos*

alimentarios del Hospital Clínico San Carlos y Centros Dependientes del Área 7”, por incumplimiento culpable de la empresa contratista al no proceder al abono del canon de explotación en los términos contractuales establecidos, y tratarse ésta de una obligación esencial calificada como tal en los pliegos que rigen la contratación y propone incautar la garantía prestada por la empresa contratista, reclamar los daños y perjuicios irrogados en la cantidad que exceda de la misma.

En tal estado y sin realizar actuación adicional alguna se remite a este Consejo para su informe, previa adopción del acuerdo de suspensión del procedimiento con fecha de 24 de julio de 2013, notificado al contratista y a la entidad avalista los días 30 y 29 de julio, respectivamente.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual:

“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º 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”.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, el artículo 211 TRLCSP, exige que en el procedimiento de resolución contractual se dé audiencia al contratista, siendo asimismo preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por su parte, el artículo 224 del TRLCSP, atribuye la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento establecido en desarrollo de la Ley. El artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), regula el procedimiento y dispone:

“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

Por tanto, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico que ha sido emitido y la concesión del trámite de audiencia al contratista y a la entidad aseguradora.

En el presente caso, el inicio del procedimiento de resolución contractual se ha acordado por el órgano de contratación, el director gerente del Hospital Clínico San Carlos.

Se ha concedido trámite de audiencia al contratista y la avalista, si bien solo ha formulado alegaciones la empresa contratista por escrito presentado el día 20 de junio de 2013, donde se opone a la resolución del contrato.

Con posterioridad al trámite de audiencia se ha incorporado al procedimiento el informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad. No obstante, en cuanto que dicho informe no introduce ninguna cuestión nueva que no fuera conocida por el interesado, no le genera indefensión.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que su antecesora la LCAP-, ni el RGCAP establecen nada al respecto. El Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJPAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado.

En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el dictamen 270/09, de 20 de mayo, 140/11, de 16 de abril y 515/12, de 19 de septiembre.

En el presente caso, el inicio del mismo tuvo lugar el 6 de junio de 2013, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 27 de diciembre de

2012, si bien consta Acuerdo del director gerente del Hospital Clínico San Carlos de 24 de julio de 2013, notificado al contratista y a la entidad avalista, por el que se acuerda la suspensión del procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición del dictamen de este Órgano Consultivo y la recepción del mismo, por lo que el expediente de resolución del contrato no ha caducado.

TERCERA.- Entrando en el examen de las cuestiones de fondo, el órgano de contratación pretende la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pago mensual del canon estipulado en el contrato.

Queda constatado en el procedimiento que la empresa adjudicataria del contrato no ha efectuado el pago de las facturas correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012 y enero, febrero, marzo, abril y junio de 2013. Hecho éste reconocido por la propia empresa, quien solicita un fraccionamiento y aplazamiento de la deuda y alega las dificultades económicas e incidencias ocurridas en la ejecución del contrato.

La adjudicataria alega que dicho incumplimiento es debido a una defectuosa determinación de las necesidades reales del servicio por el PCAP, que inicialmente previó 49 máquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos. Alega que desde la adjudicación del concurso, se solicitó la posibilidad de instalar las máquinas de forma progresiva e ir comprobando el correcto funcionamiento de las mismas y que desde la puesta en marcha de la actividad ha tenido que competir con la utilización de cafeteras domésticas por el personal del centro y con la existencia de máquinas ajenas al contratista que no abonaban ningún importe en concepto de canon. Además, manifiesta que, debido a la mala distribución de las máquinas propuestas, hubo que cubrir áreas y departamentos que en ningún caso lo merecían debido a su bajo tránsito de posibles clientes.

Alegaciones que no justifican el incumplimiento del contrato porque como resulta de reiterada doctrina del Consejo de Estado, entre otros en su Dictamen de 29 de marzo de 2007, “*son principios básicos de la contratación administrativa la obligatoriedad de lo pactado y la estricta sujeción a lo que las partes hayan convenido*” (Dictámenes del Consejo de Estado números 43.909, de 22 de diciembre de 1981, 142/2003, 2382/2003 y 2383/2003), quedando su objeto determinado en la adjudicación (véanse el Dictamen número 45.171, de 19 de mayo de 1983, y los otros tres citados) ”.

En particular, el artículo 215 TRLCSP establece que “*la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista*”, y supone que el contratista debe cumplir el objeto del contrato en los términos convenidos, aun cuando se produzcan eventos o sucesos que, sin ser extraordinarios, incidan negativamente en la economía del contrato. Así, la cláusula 4.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas establece que “*el canon a satisfacer por máquina instalada será fijo e independiente del rendimiento de la máquina y de las posibles paradas por avería o causa análoga*”.

Este principio implica que el precio de las prestaciones ejecutadas por el contratista, con independencia de cuál sea el coste efectivo de las mismas, será el acordado en el contrato, por ello, no es posible –como pretendía la adjudicataria en sus escritos– el mantenimiento de una máquina expendedora sin abonar el canon. Además, tampoco son posibles las modificaciones solicitadas por el contratista consistentes en reubicación y colocación de nuevas máquinas en lugares no previstos en el PCAP, pues, como señala el Consejo de Estado en su Dictamen de 25 de marzo de 2004, se estaría menoscabando “*el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la*

licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios) ”.

Por último, tampoco se aprecia un incumplimiento o conducta culposa de la Administración, que haya alterado la onerosidad del contrato. Así, queda acreditado que, desde la adjudicación del contrato y en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas, el órgano de contratación requirió al encargado de la cafetería del Pabellón 8 la retirada de las máquinas expendedoras de bebidas situadas en la cafetería. Igualmente, la encargada de las tiendas B fue requerida para que dejara de vender todos aquellos productos no contemplados en el contrato suscrito con el hospital y que entrasen en competencia directa con los productos ofertados por la empresa adjudicataria del contrato de “*vending*”, con excepción de las patatas fritas y productos de aperitivo; chocolate, derivados y sucedáneos de chocolate y productos de bollería. Finalmente, el administrador de la Escuela Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo, también fue requerido para que retirara aquellas máquinas que se encontraban en zonas propias de uso del hospital.

Además, y en relación con la defectuosa determinación por la Administración de las necesidades reales del servicio, es necesario recordar que la cláusula 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas permitía a los licitadores “*presentar un estudio con el número de máquinas y la distribución que consideren precisas para la óptima prestación del servicio*”.

Por tanto, debe concluirse que el incumplimiento de la obligación del pago del canon es un incumplimiento de una de las obligaciones esenciales del contrato que permiten la resolución del mismo por causa imputable al contratista, como prevé expresamente la cláusula 40 del PCAP.

CUARTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma. La propuesta de resolución consigna como tales efectos de la resolución contractual, la incautación de la garantía definitiva por importe de 85.593,22 euros.

En el Dictamen 656/12, de 12 de diciembre, ya exponíamos que, en cuanto a los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

Del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. En base a dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo

era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 señala lo siguiente:

«Incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso al contratista, hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3856), “las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio [RJ 1987, 4859] y 11 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8787] o de 10 de julio de 1990 [RJ 1990, 6330])”, por lo que si el incumplimiento es imputable al contratista, deviene causa de resolución del contrato (artículos 53-1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante».

En la actualidad el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación

debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Esta postura es la que viene sosteniendo el Consejo de Estado, así en su Dictamen de 19 de abril de 2012 indica lo siguiente:

«Interesa resaltar que el apartado transcrito no prevé la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista. Esta previsión contrasta con la contenida en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”), precepto con arreglo al cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía».

También es la postura mantenida por otros Consejos Consultivos como el de Castilla-La Mancha (así por ejemplo en el Dictamen 54/2012, de 28 de marzo), el Consejo Consultivo de Asturias (Dictamen 138/2012, de 3 de mayo) o el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 894/2012).

Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía, debe resaltarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento en la ejecución de las obras imputable al contratista. Por ello, la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento

contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 215.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada conforme a lo que hemos señalado en la Consideración Segunda de este dictamen.

Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 72.1 de la LRJ-PAC. Esta postura es la mantenida por el Consejo de Estado en su Dictamen 646/12, de 5 de julio, cuando señala que:

“en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos. Procede, por tanto, declarar resuelto el contrato sin pérdida de la garantía constituida y tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados a la Administración pública, reteniendo hasta la terminación de este dicha garantía toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella”.

En la misma línea se ha manifestado el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen 195/2012, de 5 de septiembre.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato denominado *“Explotación de máquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos alimentarios del Hospital Clínico San Carlos y Centros Dependientes del Área 7”*, suscrito con la mercantil A, por incumplimiento del pago del canon, sin incautación automática de la garantía constituida y con su retención hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios causados.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, D. ISMAEL BARDISA JORDÁ

«Ismael Bardisa Jordá, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulo voto particular al dictamen aprobado por el citado Consejo, en la sesión de la Comisión Permanente del día 25 de septiembre de 2013, respecto de la resolución del contrato administrativo denominado *“Explotación de máquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos alimentarios del Hospital Clínico San Carlos y Centros Dependientes del Área 7”*, suscrito con la

mercantil A, expediente remitido para su preceptivo dictamen por la Consejería de Sanidad.

En dicho dictamen, ha sido ponente, el propio Consejero que suscribe este voto particular, y si bien comparte el criterio del Consejo en cuanto a la procedencia de la resolución del contrato por las razones expuestas en el dictamen, lamenta discrepar del parecer mayoritario en lo relativo a la incautación de la garantía definitiva por las razones que se exponen a continuación.

El dictamen considera que el artículo 225.3 del TRLCSP (anterior artículo 208. 3 LCSP) determina el que la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista solo conlleva la incautación de la garantía definitiva en lo necesario para cubrir el importe de los daños y perjuicios.

Aun reconociendo que la redacción de la LCSP en este punto es bastante desafortunada, lo cierto es que no considero que existan razones jurídicas convincentes que nos permitan establecer esa interpretación, apartándonos de nuestros anteriores dictámenes.

Si acudimos a los criterios interpretativos del artículo 3 del Código Civil ha de considerarse que la interpretación literal del citado precepto no limita la incautación de la garantía sino que permite entender que la resolución culpable del contrato determina la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, indemnización que se hará efectiva sobre la garantía " (...) *sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.*" El precepto no excluye la incautación de la garantía sino que únicamente establece la subsistencia de la responsabilidad del contratista si la garantía incautada no cubre la totalidad de los daños y perjuicios causados. Esta era la solución

que recogía el artículo 113.4 del TRLCAP. Por tanto no puede entenderse que el artículo opte claramente por la solución propugnada en el dictamen.

A esta misma solución conduce una interpretación del artículo 225.3 TRLCSP si lo ponemos en relación con los demás preceptos del mismo texto legal. El artículo 102 del TRLCSP establece que la garantía no se devolverá "(...) *hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista.*" Se mantiene, así, a mi juicio, la función de la garantía como mecanismo de protección del interés público por el que se celebra el contrato administrativo y cuya titularidad ostenta la Administración contratante.

De igual manera el artículo 100 del TRLCSP al recoger las responsabilidades a que están afectas la garantías distingue como conceptos distintos; de un lado, la responsabilidad por la correcta ejecución, los gastos originados a la Administración por demora del contratista y los daños y perjuicios ocasionados por la Administración cuando no proceda la resolución (apartado b) y, de otro, la incautación de la misma (apartado c)).

Si acudimos a la regulación de los contratos típicos, vemos como en los de concesión de obra pública (artículo 271.4 del TRLCSP) y en las especialidades del contrato de servicios para la elaboración de proyectos de obra (artículo 310.3 del TRLCSP) se establece expresamente la indemnización de la garantía, independientemente de los posibles daños y perjuicios, imponiéndose además en el segundo supuesto una penalización al contratista incumplidor. Carece de explicación lógica el que se establezca la incautación en estos dos contratos y no, en el contrato de servicios.

Por último, el Real Decreto Ley 6/2010, de de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, modificó la LCSP, a los efectos de favorecer a los contratistas en concurso, recogiendo

el preámbulo de dicha norma que *"Las medidas incluidas en capítulo II están destinadas a favorecer la actividad empresarial, en diversos ámbitos.*

En concreto, el artículo 4 reforma la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido eficacia en un convenio; además, como novedad, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 % de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario."

Se permite así que el contratista en concurso continúe ejecutando el contrato y, solo cuando el concurso entre en fase de liquidación, se resolverá el contrato (artículo 224.2 del TRLCSP) y, si el concurso es calificado como culpable, se acordará automáticamente la incautación de la garantía.

Se observa que el legislador (aunque sea el Gobierno de la Nación por medio de decreto-ley) impone la incautación de la garantía al contratista cuyo concurso sea declarado culpable con independencia de los daños y perjuicios causados.

Sería incoherente incautar automáticamente la garantía al concursado culpable y, en cambio, no incautarla al contratista que, culpablemente, incumple el contrato suscrito con la Administración, exigiendo a ésta que pruebe unos daños y perjuicios, que con frecuencia serán difíciles de

valorar (retraso en la satisfacción del interés público por el cual se licitó el contrato, costes derivados de sacar a licitación un nuevo contrato, etc.).

Es por ello que el Consejo Jurídico de la Región de Murcia no ha dudado en matizar su doctrina en los dictámenes 208/11, de 17 de octubre y 89/12, de 11 de abril considerando que "(...) *este Consejo Jurídico estima que el nuevo régimen establecido por la indicada Ley no ha supuesto una alteración sustancial en la naturaleza de la fianza, que continúa cumpliendo una función penal o punitiva del incumplimiento culpable del contratista, junto a la estrictamente resarcitoria, por lo que en el supuesto objeto de Dictamen procede acordar la incautación de la garantía prestada.*"

De seguirse la tesis del dictamen resultaría indiferente, a los efectos de la incautación de la garantía, la culpabilidad o no del contratista, algo que choca contra la razón jurídica.

A ello debemos unir el que en ningún momento de la tramitación parlamentaria de la LCSP se aludió al supuesto cambio en la finalidad de la garantía definitiva en los términos a los que alude el dictamen. Ni en la exposición de motivos, ni en los debates parlamentarios, ni en las comparecencias de determinados expertos ante la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados se alude a ningún cambio en la concepción y finalidad de la garantía definitiva mientras que sí se alude con frecuencia a los cambios en la garantía provisional. Por tanto tampoco los antecedentes legislativos permiten respaldar la opinión mayoritaria del dictamen.

La memoria justificativa del proyecto de ley (artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del gobierno) en su apartado dedicado a "*Examen del contenido del anteproyecto: Justificación de las principales novedades*" al

mencionar la garantía definitiva se limita a indicar: “ *En materia de garantías se han introducido las siguientes novedades respecto de la ley vigente: (...) b) Garantía definitiva: se permite que el órgano de contratación exima al adjudicatario de su prestación en contratos distintos a los de obras y de concesión de obras públicas; se eleva su cuantía básica de un 4% a un 5%; y, en general, se simplifica su régimen jurídico*”.

Tampoco aparecía referencia alguna a este supuesto cambio normativo en el Dictamen 514/2006, de 25 de mayo del Consejo de Estado (Pleno) sobre el anteproyecto de ley.

No parece razonable que un cambio en un aspecto tan frecuente en la contratación administrativa como los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista sobre la garantía definitiva, no se destacase en ningún momento del procedimiento de elaboración de la norma.

Por último, quedaría por analizar el espíritu y la finalidad de la norma y la realidad social del tiempo en que es aplicada (artículo 3 del Código Civil). A este respecto hay que concluir que no hay en toda la LCSP ningún indicio de que la nueva norma se aparte de la tradicional concepción de la normativa de contratación administrativa como una modulación de la contratación privada en función de los fines -giro o tráfico jurídico- propios de la Administración.

Apartarse de la concepción tradicional del carácter punitivo de la garantía sin perjuicio de modulaciones en caso de incumplimiento de la Administración (en palabras literales de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006 (recurso 192/2003) supondría alterar un aspecto importante de la contratación administrativo sin un sólido respaldo interpretativo.

A estos efectos la sentencia del Alto Tribunal de 14 de junio de 2002 (recurso 3008/1997) recuerda que "*En fin, la relación existente entre la incautación de la fianza y la exigencia de indemnización por daños y perjuicios ha sido resaltada en sentencias como la de 11 de julio de 1988, donde se resalta que en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista la incautación de la fianza opera como indemnización de los perjuicios, sin duda existentes pero difíciles de precisar, que el retraso de la obra provoca en el terreno más general del interés público, pero si además puede concretarse y cuantificarse otro tipo de perjuicios, la Administración está habilitada para exigir su indemnización.*

De este modo, la incautación de la fianza por culpa del contratista y la indemnización de daños y perjuicios (art. 53 LCE) están estrechamente unidas, hasta el punto de que la segunda presupone la primera. Como coinciden en alegar las dos partes enfrentadas en este recurso de casación – aunque en sentido divergente– no cabe excluir la incautación de la fianza por apreciarse ausencia de culpa, para decir a continuación que resulta procedente la indemnización de daños y perjuicios, que requiere asimismo, de forma inexcusable, esa culpa por parte del contratista."

Lo expuesto me lleva a entender que no existen en la fundamentación del dictamen del que discrepo argumentos suficientes, más allá de la cita de otros órganos consultivos y tampoco unánimes, para abandonar nuestra anterior postura respecto a la incautación de la garantía definitiva y la indemnización de los daños y perjuicios en lo que excedan del importe de esta.

En el presente caso, de resolución de contrato, por falta de pago, sí está acreditada en el expediente la falta de abono de las facturas pendientes de pago correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012 (129.459,75 €) y enero, febrero, marzo, abril, y mayo de 2013 (193.749,25 €), cantidad que supera –con creces– el importe de la garantía

constituida: 85.593,22 euros. Por tanto, procedería la incautación de la garantía constituida, sin perjuicio del derecho de la Administración a reclamar el resto de la deuda pendiente de pago y efectuar la liquidación de los daños y perjuicios causados

En el expediente administrativo, se constata de forma clara y rotunda que la falta de pago del contratista es muy superior a la garantía constituida, de 85.593,22 euros, y por tanto, a los daños y perjuicios causados, siendo culpable el contratista, no sería justo, la no incautación de la garantía, independientemente, que, a posteriori, se haga la liquidación de daños y perjuicios, y así poder la Administración reclamar el resto de la deuda pendiente de pago».

Madrid, 26 de septiembre de 2013

