

Dictamen n^o: **556/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **20.11.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de noviembre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato de gestión de servicio público, en régimen de concierto, respecto del bloque 9 (ecografías) del Acuerdo Marco para la Contratación de Procedimientos Diagnósticos en el ámbito de la Comunidad de Madrid, formalizado con la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de octubre de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del consejero de Sanidad, en relación al expediente de resolución del contrato aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 537/13, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

Con fecha 23 de octubre de 2013 la Comisión Permanente del Consejo Consultivo informó favorablemente la propuesta del presidente de la Sección I de solicitar documentación complementaria del expediente remitido, al amparo de lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley 6/2007, y por tanto con “*interrupción del plazo para emitir dictamen*”. Este requerimiento fue atendido el 6 de noviembre de 2013 con la aportación de cierta documentación.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 20 de noviembre de 2013.

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

1. Con fecha 22 de junio de 2010 se acordó la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPTP) por los que se había de regir el Acuerdo Marco de Gestión de Servicios Públicos denominado “*Acuerdo Marco para la contratación de Procedimientos Diagnósticos en el ámbito de la Comunidad de Madrid*”.

El referido acuerdo marco contempla como bloque 9 el relativo a “*ecografías*” y en cuanto a los requerimientos de personal para ese bloque, los siguientes:

“1. *Personal facultativo*”

- *Un facultativo especialista en radiodiagnóstico, con experiencia acreditada en ecografía mínima de 1.500 informes realizados en los últimos tres años.*

2. *Personal sanitario no facultativo*”

- *Un auxiliar de enfermería o un técnico especialista en radiodiagnóstico.*

3. Personal no sanitario

- *Un auxiliar administrativo”.*

En la Cláusula 38 del PCAP se dispone que

“El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el acuerdo marco y en el pliego de condiciones establecido al efecto.

El contratista contará con el personal adecuado para la ejecución del contrato. Si fuere necesario procederá inmediatamente a la sustitución del personal preciso de forma que la buena ejecución del contrato quede siempre asegurada.

El órgano de contratación, directamente o a través de la entidad que considere más idónea tiene la facultad de inspeccionar y de establecer sistemas de control de calidad, dictando cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido...”.

Además en su cláusula 42 el citado pliego bajo la rúbrica “*Penalidades por incumplimiento de obligaciones contractuales*” establece lo siguiente:

“En caso de cumplimiento defectuoso de la ejecución del contrato, incumplimiento del compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales adecuados, o de las condiciones especiales de ejecución del contrato, fundamentalmente, el retraso en la prestación del servicio o, en su caso, el rechazo de pacientes sin motivo justificado documentalmente y de conformidad con los requisitos mínimos exigidos, la Administración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 196.1 de la LCSP, podrá imponer como penalidad un

descuento, de la facturación mensual correspondiente, equivalente al triple del importe de la asistencia prestada a los pacientes afectados

En caso de incumplimiento grave o de reincidencia en el incumplimiento tras advertencia por parte del Servicio Madrileño de Salud, la Administración podrá rescindir el Acuerdo con el centro”.

2. El día 6 de junio de 2011 se formalizó el contrato para la gestión del servicio público de realización de procedimientos diagnósticos, bloque 5 “Resonancia magnética” y bloque 9 “Ecografía”, con la empresa A. En virtud del mismo, la empresa contratista se comprometía gestionar el servicio durante cuatro años. Se establece además que el Acuerdo Marco no genera gasto y que no conlleva por tanto la obligación de constituir garantía definitiva.

3. El día 11 de julio de 2013 la subdirectora de Seguimiento y Control de Demoras y Listas de Espera remite una nota interior a la Subdirección de Análisis de Costes (Unidad de Concierdos) con el fin de que se adopten las medidas pertinentes ante las incidencias detectadas en la documentación aportada por las empresas adjudicatarias de los contratos de ejecución del Acuerdo Marco. En concreto, por lo que se refiere a la empresa A se indica que las dos personas presentadas como especialistas en Radiodiagnóstico, una tiene el título en fase de homologación y la otra tiene rechazada la homologación.

4. El día 15 de julio de 2013 el director general de Gestión Económica y Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos, por delegación mediante Orden 35/2013, de 11 de julio, manda iniciar el expediente de valoración del incumplimiento por parte de varias empresas, entre ellas, la empresa A, de la obligación de disponer, durante la vigencia del contrato, del personal facultativo establecido como requisito mínimo en los pliegos de contratación. Se fundamenta en que en el estudio de la documentación

aportada por las empresas se han detectado anomalías en cuanto a la aplicación de la normativa de incompatibilidad y titulaciones oficiales.

5. El día 17 de julio de 2013 se confiere a la empresa contratista trámite de audiencia para que en el plazo de diez días pueda alegar lo que tenga por conveniente y presentar la titulación oficial de C como médico especialista en Radiodiagnóstico y declaración responsable de que la mencionada persona no presta servicios en la empresa cómo encargado de los pacientes derivados con cargo a los procedimientos de ejecución derivados del Acuerdo Marco, junto con el contrato, titulación y documentación correspondiente del facultativo que se haga cargo de prestar la asistencia. Se advierte que de no presentar la documentación requerida se procederá a rescindir el contrato por incumplimiento de la normativa vigente en materia de capacitación profesional del personal al servicio de la Administración.

6. En cumplimiento del trámite de audiencia conferido, la empresa contratista presenta un escrito el día 2 de agosto de 2013 en el que indica que las dos personas adscritas al contrato son médicos especialistas en Radiodiagnóstico con títulos obtenidos en Argentina y Colombia. Según el escrito, ambos habrían solicitado la homologación de los títulos en los años 2002 y 2003 respectivamente, que no habrían sido contestadas por lo que las habrían reiterado en el año 2011 sin haber obtenido a la fecha respuesta. Continúa señalando que en octubre y noviembre de 2010 el Servicio Madrileño de Salud bajo la supervisión de un inspector examinó las titulaciones del personal adscrito al contrato sin mostrar ningún impedimento. Añade que se ha procedido de forma cautelar a cancelar el contrato con esas personas hasta que obtengan la homologación de los títulos. Adjunta para su acreditación una declaración responsable del representante legal de la empresa. Finalmente, indica que tan pronto contraten nuevos médicos especialistas en Radiodiagnóstico enviarán al

Servicio Madrileño de Salud toda la documentación correspondiente. Termina solicitando que se autorice a las dos personas carentes de título homologado a prestar el servicio, y en caso contrario den por bueno el escrito y acepten la declaración responsable firmada por el representante de la empresa.

7. El 23 de agosto de 2013 la subdirectora de Seguimiento y Control de Demoras y Listas de Espera remite una nota interior a la Subdirección de Análisis de Costes (Unidad de Conciertos), en la que indica que se confirma que las dos personas adscritas por la empresa a la ejecución del contrato carecen de título homologado. Considera que el caso es similar al ocurrido en otro centro y devuelve la documentación para que se valoren las medidas a adoptar en relación con el asunto.

8. Con fecha 2 de septiembre de 2013 el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato.

9. El día 7 de octubre de 2013 la viceconsejera de Asistencia Sanitaria resolvió suspender el procedimiento de resolución contractual *“hasta tenga lugar la comunicación del informe del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid”*.

10. Con fecha 21 de octubre de 2013 el consejero de Sanidad formula la petición de dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- El día 6 de noviembre de 2013 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud remite a este Consejo Consultivo un escrito al que adjunta la siguiente documentación: escrito firmado por la subdirectora de Análisis y Costes el día 23 de octubre de 2013 dirigido a la empresa contratista en el que se le comunica que con fecha 21 de octubre de 2013 se ha solicitado el preceptivo informe del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y que el procedimiento de resolución del contrato

“queda suspendido desde la fecha de petición del informe, de conformidad con el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”; un certificado de correos de una entrega de 26 de julio de 2013, de la que se desconoce el documento que se comunica y a quien va dirigido y una relación de cartas certificadas con acuse de recibo referida a la efectuada el 24 de octubre de 2013 dirigida a la contratista relativa a *“notificación A suspensión plazo dictamen Consejo Consultivo”*.

A la vista de tales antecedentes, formulamos 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, reguladora del Consejo Consultivo 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”*.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La disposición final única del citado real decreto legislativo establecía que el mismo entraría en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El contrato se adjudicó por Resolución de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria de 16 de mayo de 2011, por lo que resulta de aplicación la normativa contenida en la LCSP, en su redacción tras la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), por aplicación de la disposición transitoria séptima de la LES, en vigor desde el 6 de marzo de 2011, cuando establece que: *“Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.*

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución, debe acomodarse a las prevenciones del TRLCSP, al ser el texto vigente al momento de iniciarse la resolución del contrato, según doctrina de este Consejo Consultivo, y en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se

desarrolla parcialmente la LCSP y el 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 (en adelante RGLCAP).

Al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la empresa contratista, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3 del TRLCSP.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor *“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 interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*. Como hemos expuesto en la consideración anterior el apartado tercero de dicho artículo 211 dispone que 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.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista el cual, mediante escrito presentado en el Servicio Madrileño de Salud el 2 de agosto de 2013, ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo. Por otro lado, en cuanto que conforme a la cláusula 17 del PCP y la cláusula sexta del contrato, no se ha

constituido garantía definitiva no resulta preceptiva la audiencia al avalista conforme a lo expresado en el citado artículo 109 del RGCAP.

TERCERA.- Respecto al plazo en que la Administración tiene que resolver los expedientes de resolución de contratos, este Consejo Consultivo ha acogido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado *ex* artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

En este sentido dispone la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2012 (Recurso num. 6034/2009), lo siguiente:

"(...) Se cumplen los requisitos que desde la sola literalidad de las normas, son necesarios para poder aplicar con carácter supletorio a los procedimientos de resolución de contratos las de la Ley 30/1992 referidas a la caducidad de los procedimientos. No es sólo que la Disposición adicional séptima de la Ley 13/1995, cuyo epígrafe era el de "Normas de procedimiento", ordenara que a los "procedimientos en materia de contratación administrativa" se les aplicara supletoriamente esa Ley 30/1992, pues esa aplicación supletoria ha sido reiterada, en la Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y también en la Disposición final octava, número 1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (RCL 2007, 1964) , de Contratos del Sector Público .

b) La Ley 30/1992 regula los efectos de la inactividad en los procedimientos iniciados de oficio con vocación de generalidad, de aplicación en principio a todos ellos y dispone que la consecuencia ligada a esa inactividad en los procedimientos susceptibles de producir efectos

desfavorables es la de que "se producirá la caducidad" (artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

En este punto, interesa subrayar que la previsión de la caducidad del procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución. A su vez, la mayor o menor complejidad de un tipo concreto de procedimientos no demanda de suyo la exclusión del instituto de la caducidad, sino la fijación en la norma oportuna (artículo 42.2 de la Ley 30/1992) del plazo máximo, adecuado a aquella complejidad, en que haya de notificarse la resolución expresa que ponga fin a ese tipo de procedimientos".

El rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el corto plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC según el cual:

"5.El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o

distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

En relación con la posible suspensión del procedimiento debe señalarse que la misma constituye una medida excepcional y por tanto ha de ser objeto de interpretación restrictiva. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 26 de junio de 2008.

El tenor del artículo 42.5 c) es claro al exigir que para que opere la suspensión del procedimiento que la solicitud verse sobre “*informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución*”, requisitos que concurren en el dictamen de este órgano consultivo, y en segundo lugar, que tanto la petición del informe como su posterior recepción se comuniquen a los interesados. Este segundo requisito afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento, de modo como hemos venido señalando, haciéndonos eco de la jurisprudencia, que la falta de notificación del acuerdo de suspensión a los interesados redunda en la falta de eficacia interruptiva del mismo (así nuestro Dictamen 511/12, de 19 de septiembre, entre otros muchos).

Además, en cuanto al momento en que opera la suspensión, es doctrina de este Consejo Consultivo, que la fecha de efectividad de la suspensión es la de la petición de dictamen a este órgano consultivo. En este sentido nos hemos pronunciado en anteriores dictámenes, así por ejemplo en el Dictamen 115/13, de 3 abril o en el Dictamen 188/13, de 8 de mayo. También se han pronunciado en parecidos términos otros consejos consultivos. Así por ejemplo el Consejo Consultivo de Murcia en su Dictamen 181/09 señala que la fecha de efectividad de la suspensión no

puede ser la del acto en que se acuerda *“dadas las dificultades para un efectivo control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses”*. En ese dictamen se considera que *“parece razonable requerir la efectiva suspensión del plazo en cuestión al momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga una mayores garantías de control, pudiendo centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público”*.

En este caso, de acuerdo con la doctrina que hemos expuesto, no podemos sino concluir que el procedimiento de resolución contractual ha caducado. En efecto, iniciado el procedimiento el día 15 de julio de 2013 el plazo para resolver concluía el día 15 de octubre de 2013, si bien el día 7 de octubre se acordó la suspensión del procedimiento, no es hasta el día 21 de octubre cuando la petición de dictamen se formula por el consejero de Sanidad, y el 24 de octubre cuando se comunica al contratista la suspensión del procedimiento *“desde la fecha de petición del informe”*, por tanto una vez concluido el plazo para resolver.

La caducidad del procedimiento no impide que el órgano de contratación, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente de resolución contractual.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución del contrato de gestión de servicio público en régimen de concierto formalizado con la empresa A, respecto

del bloque 9 del Acuerdo Marco para la contratación de procedimientos diagnósticos, está caducado. La caducidad del procedimiento no impide que el órgano de contratación, como titular de la potestad de resolución contractual, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente de resolución.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 20 de noviembre de 2013

