

Dictamen nº:

142/13

Consulta:

Consejero de Sanidad

Asunto:

Contratación Administrativa

Aprobación:

17.04.13

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 17 de abril 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, sobre resolución del contrato de suministro para la adquisición de material de curas destinado al Hospital Universitario de Móstoles.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de abril de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Sanidad con fecha 25 de marzo anterior, relativa al expediente de resolución del contrato de suministro para la adquisición de material de curas destinado al Hospital Universitario de Móstoles, adjudicado a la mercantil A.

El estudio de la ponencia ha correspondido por reparto de asuntos a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 17 de abril de 2013, por ocho votos a favor y el voto en contra del Consejero, Sr. Bardisa, que formula el voto particular recogido a continuación del dictamen.

El escrito de solicitud de dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, y una vez completado el expediente administrativo

en virtud de acuerdo de la Comisión Permanente de este órgano consultivo de 12 de diciembre, se consideró suficiente.

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

1. Mediante Resolución del director-gerente del Hospital Universitario de Móstoles de 14 de julio de 2011, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de suministro para la adquisición de material de curas (en adelante, “*el contrato*”). La prestación objeto del contrato se dividía en treinta y tres lotes. El lote número aaa consistía en el suministro de esparadrapo hipoalérgico 2,5 cmx10m plástico y esparadrapo hipoalérgico 5cmx10m.

Tramitado el procedimiento tendente a la adjudicación del contrato, y previa propuesta de la Mesa de Contratación, mediante Resolución del director-gerente de 24 de noviembre de 2011 se adjudicó el contrato por un importe total de 177.563,60 euros. En particular, el lote nº aaa fue adjudicado a A (en adelante, “*la contratista*”) por un precio de 25.140,89 euros, IVA incluido, con un plazo total de ejecución de 24 meses a contar desde el 1 de enero de 2012.

El 20 de diciembre de 2011 se procedió a la formalización del contrato administrativo entre el director gerente del Hospital Universitario de Móstoles y el representante de la contratista.

Con fecha 8 de febrero de 2012, el supervisor de Urgencias y Alta Resolución emite informe en el que manifiesta:

“Solicito la valoración y reevaluación de los artículos almacenables Esparadrapo Plástico 2,5x10 y 5x10 (Cods. bbb/ccc), tras haber evidenciado las siguientes deficiencias:

- *El adherente del artículo es insuficiente, lo que provoca que se despeguen frecuentemente los elementos a fijar.*
- *Dudosa seguridad para el paciente por su falta de propiedad adhesiva y consecuente riesgo de retirada accidental de inserción de vía periférica.*
- *Dudosa seguridad para el profesional por la misma característica mencionada, con el consecuente riesgo de accidente biológico por salpicadura accidental de elementos no fijados.*

Ruego sea tenida en cuenta esta valoración por el cambio de empresa suministradora tras el proceso de concurso, ya que la calidad percibida por todo el personal del servicio y su responsable sugieren un replanteamiento acerca de su sustitución”.

Por su parte, la supervisora de Área Funcional y RRMM, en informe de 17 de junio de 2012, manifiesta:

“(...) Con fecha 1/1/2012 se inicio el contrato y se empezó a suministrar el esparadrapo por parte de la empresa adjudicataria y una vez distribuido por las diferentes unidades/servicios del hospital se pudo comprobar que el artículo suministrado no cumplía con su función principal, valorado por los usuarios del producto nos transmiten que:

- *El adhesivo es insuficiente, no sujet a los elementos a fijar.*
- *La insuficiencia del adhesivo provoca retirada accidental de vía venosa, posibilidad de salpicadura y riesgo biológico para el trabajador.*
- *La insuficiencia del adhesivo provoca la retirada ocasional de los tubos endotraqueales usados en anestesia con el consiguiente riesgo para el paciente.*

A finales de enero se contacta con la empresa a quien se le comunica los incidentes y se les enseña el producto defectuoso presentando tres variantes dentro de la misma caja:

- Esparadrapo que se adhiere perfectamente y mantiene los elementos fijados bien posicionados.*
- Esparadrapo con adhesivo insuficiente que provoca la retirada accidental de los dispositivos a fijar.*
- Esparadrapo con una adhesividad extrema que no posibilita su uso por no poder despegarlo del rollo de esparadrapo.*

La empresa nos cambia el lote y el 7/3/2012 nos reunimos con el comercial y el fabricante del producto al que se le enseña las variantes descritas con anterioridad. Se comprometen a cambiar el lote suministrado en un plazo de 7 días.

Desde esa fecha hasta el 30/04/2012 no se reciben quejas del personal. A partir de ahí se me vuelve a comunicar que se han producido, de nuevo, incidentes como el ocurrido en quirófano con la salida accidental del tubo endotraqueal durante una cirugía.

Se contacta de nuevo con el Servicio de Logística de nuestro centro y posteriormente con el comercial a través de correo electrónico quien se personifica (sic) el 15/6/2012 con el gerente de su empresa, quien tras explicarle, de nuevo, la situación se compromete a solucionar el problema.

Se solicita tomar las medidas oportunas para poder poner pronta solución al problema detectado, teniendo en cuenta que la calidad del producto no es la esperada”.

El 12 de julio se dictó una primera propuesta de resolución del contrato, notificada a la contratista el día 16 siguiente, en que el director-gerente del

hospital ponía de manifiesto la falta de adhesividad del producto, que había dado lugar a retiradas accidentales de la vía venosa y de la vía periférica y extubaciones de los enfermos, otorgándole, so pena de resolución del contrato, diez días para la solución definitiva de dichas deficiencias.

Ante las alegaciones de la contratista, presentadas con fecha 20 de julio solicitando la realización de una prueba explícita de calidad comparativa entre el producto suministrado y el presentado como muestra en la fase de adjudicación, el director-gerente, mediante comunicación a la contratista de 27 de julio, le concedió la posibilidad de realizar una última demostración, a más tardar el 15 de agosto.

Mediante escrito de 18 de agosto, la contratista da cuenta de una reunión mantenida con la Supervisora de Recursos Materiales del hospital el pasado día 4, en que se acordó la búsqueda de soluciones alternativas, *“sin descartar completamente la realización de pruebas técnicas comparativas entre los esparadrapos que se evaluaron en el proceso de licitación y las que estamos suministrando”*.

Consta un segundo informe de la supervisora de Área Funcional y RRMM, de 21 de septiembre de 2012, en el que expone:

“A fecha de hoy y tras varias reuniones mantenidas con la empresa (...), no se ha resuelto el problema de la baja adhesividad presentada por el esparadrapo hipoalergénico de plástico (...) por lo que (...) se solicita sea rescindido el contrato con dicha empresa por no cumplir el artículo descrito con el objetivo principal “sujetar los elementos a fijar”.

Con fecha 24 de septiembre siguiente, el director-gerente del hospital volvía a proponer la resolución del contrato debido a su incumplimiento, *“al estimar que el suministro del producto contratado (esparadrapos) no cumple con uno de los requisitos básicos para su funcionalidad: insuficiente*

capacidad adhesiva, sin que la empresa haya sido capaz de dar una solución a dicha deficiencia”.

El Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad con el visto bueno de la subdirectora general de lo Consultivo y Asuntos Constitucionales y fecha 17 de octubre de 2012, informó favorablemente la propuesta resolución del contrato.

Mediante acuerdo del director-gerente del hospital de 23 de octubre de 2012 se otorgó audiencia por plazo de diez días naturales al contratista y, por acuerdo de 24 de octubre se hizo lo propio con el avalista, la aseguradora B.

En uso del trámite conferido, el representante de la contratista presenta con fecha 9 de noviembre un escrito de alegaciones en que se opone a la resolución del contrato alegando las siguientes razones:

“(...) Que con anterioridad a la propuesta de resolución, esta empresa recibió requerimiento para que se subsanaran las deficiencias que ahora se reiteran formulando las correspondientes alegaciones que constan en el expediente y que se dan ahora por reproducidas. En especial la adjudicataria negó rotundamente los hechos imputados con afirmación expresa de que los productos suministrados se correspondían exactamente con las muestras suministradas en fase de licitación y que sirvieron de base a la adjudicación del contrato, desconociendo asimismo las razones por las que se afirmaba por esa entidad las supuestas deficiencias apuntadas y solicitando la realización de una prueba explícita de calidad comparativa entre los productos suministrados y los aportados como muestra en la citada fase de licitación, a cuyos efectos requería expresamente que se practicara dicha diligencia probatoria por cualquier entidad de control de calidad autorizada y registrada comunicando los resultados a esta empresa. En la propuesta de resolución ninguna referencia se hace a que se haya

dado cumplimiento a lo solicitado ni se aporta motivo alguno de su no realización (...)".

Recabado dictamen sobre la propuesta al Consejo Consultivo, fue emitido por su Comisión Permanente con fecha 16 de enero (Dict. 15/13), estableciendo las siguientes conclusiones:

“1^a) Procede declarar caducado el procedimiento para la resolución del contrato de suministro para la adquisición de material de curas destinado al Hospital Universitario de Móstoles.

2^a) La anterior declaración no impide la apertura de un nuevo procedimiento de resolución del contrato con base en el mismo incumplimiento, que, a tenor de la documentación remitida a este órgano consultivo, podría estimarse concurrente”.

2. El 31 de enero de 2012, la Supervisora de Área Funcional y Recursos Materiales dirige un escrito al jefe de Sección de Contratación Administrativa, en que le solicita el inicio de un nuevo expediente de resolución de contrato al persistir la baja adhesividad del “esparadrapo hipoalergénico de plástico (códigos bbb y ccc), perteneciente al lote nº aaa”, siendo así que su capacidad adhesiva es requisito básico para su funcionalidad.

Por Acuerdo de 31 de enero de 2013, del director-gerente del Hospital Universitario de Móstoles, se acordó:

“Ordenar el Inicio de expediente de resolución del contrato suscrito con la empresa A derivado de la adjudicación del expediente de licitación ddd: Material de curas para el Hospital Universitario de Móstoles, considerando que se dan las condiciones para proceder a la dicha resolución de acuerdo al art. 206.g) de la Ley 30/2007, según redacción de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible: “La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente

pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos ...”, al estimar que el suministro del producto contratado (esparadrapos) no cumple con uno de los requisitos básicos para su funcionalidad: insuficiente capacidad adhesiva, sin que la empresa haya sido capaz de dar una solución a dicha deficiencia”.

Con fecha 4 de febrero de 2013, por el director de Gestión del hospital, se procedió a notificar a contratista y avalista la orden de inicio del procedimiento de resolución del contrato, dando a cada uno de ellos un plazo de diez días para alegaciones.

El representante de la contratista, mediante escrito de 25 de febrero, presentó escrito de alegaciones en que ponía de manifiesto que se le había notificado el inicio del procedimiento de resolución del contrato “*al entender, siempre a juicio de la citada Dirección-Gestión, que el suministro de producto contratado (esparadrapo hipoalergénico) no cumple con uno de los requisitos básicos para su funcionalidad insuficiente capacidad adhesiva, sin que la empresa haya sido incapaz (sic) de dar solución a dicha deficiencia*”.

Con respecto a la iniciativa de resolución del contrato que así identificaba, manifestaba su oposición, sobre la base de los siguientes argumentos, expuestos en su literalidad:

“PRIMERA.- Se ordena en base a la Resolución de fecha 31 de enero de 2013, el inicio del expediente de resolución del Contrato ante una supuesta imposibilidad del contratista para ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, al estimarse por dicha Dirección que el suministro de producto contratado (esparadrapo hipoalergénico no cumple con unos de los requisitos básicos para su funcionalidad, esto es, la insuficiente capacidad adhesiva, sin que la empresa haya sido incapaz de dar solución a dicha deficiencia.

SEGUNDA.- Pues bien, mi patrocinada no sólo vuelve a negar con absoluta rotundidad los hechos imputados, reiterando de nuevo, tal y como ya se alegó en nuestros previos escritos de fechas 19 de julio de 2012 y 9 de noviembre de 2012, que los productos suministrados por la entidad adjudicataria del Contrato, se corresponden exactamente con las muestras suministradas en fase de licitación y que sirvieron de base a la adjudicación del contrato sino que a mayor abundamiento, instamos de nuevo, a que se realice una prueba explícita de calidad comparativa entre los productos suministrados y los aportados como muestra en la citada fase de licitación, solicitando a tal efecto, que se practique dicha diligencia probatoria por cualquier entidad de control de calidad autorizada y registrada, comunicando los resultados a esta empresa, todo ello a los efectos de poder acreditarse de manera fehaciente la veracidad o no de los hechos nuevamente imputados.

TERCERA.- Resulta sorprendente esta nueva resolución de fecha 31 de enero de 2013, notificada a esta parte, el 14 de febrero de 2013, máxime si tenemos en cuenta (i) que con fecha 20 de diciembre de 2012, la propia Dirección de Gerencia, acordó la suspensión del procedimiento de resolución del Contrato ante las alegaciones previamente formuladas por mi representada con fecha 9 de noviembre de 2012 y (ii) que han sido ignorados reiteradamente por la Dirección de Gestión, nuestro previos ofrecimientos de someter a una prueba explícita de calidad comparativa entre los productos suministrados y los aportados como muestra en la fase de licitación, siendo ésta que es, la única forma de poder determinarse si las alegaciones arbitrariamente manifestadas de contrario de que el esparadrapo suministrado (igual, reiteramos, al que fue aportado como muestra en la fase de licitación) carece de suficiente capacidad adhesiva, se ajustan o no a la realidad.

CUARTA.- De no accederse por la citada Dirección de Gestión, a la realización de tal prueba de cotejo, básica para la resolución de la presente controversia, y se continuase y/o concluyese así el presente expediente con la resolución de Contrato de referencia, nos encontrariamos ante un claro supuesto de resolución contractual, sin causa válida que lo justifique por parte de la Dirección de Gestión, irrogándose, en consecuencia, evidentes y graves daños a mi patrocinada, perjuicios todos ellos, que podrán ser objeto de reclamación ante las instancias administrativas y judiciales oportunas”.

Mediante nuevo Acuerdo de 4 de marzo de 2013, el director-gerente del hospital acordó suspender los plazos del procedimiento, al amparo del artículo 42.5 de la LRJ-PAC, hasta la recepción de los informes del Servicio Jurídico y del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En esa misma fecha, el director de Gestión dirigió un escrito a la contratista en que, por un lado, le notificaba el acuerdo de suspensión del procedimiento, y, por otro, daba respuesta a las alegaciones de la contratista. En cuanto a este último aspecto, le contestaba:

«Les informamos que la Dirección Gerencia de este centro, habiendo recibido escrito con sus alegaciones, presentado el 25 de febrero de 2013, no considera necesaria la realización de más pruebas sobre la calidad e idoneidad del producto adjudicado (esparadrapos), en base a la comunicación de la Supervisora de Área Funcional y Recursos Materiales en su escrito de fecha 31 de enero de 2012, en que se solicita la resolución de contrato y cuyas circunstancias no han cambiado a día de hoy:

“ante la imposibilidad de dar respuesta al problema presentado por el esparadrapo que se suministra de insuficiente Capacidad adhesiva, siendo éste un requisito básico para su funcionalidad”.

Como ya se les ha comunicado de diferentes formas en varias ocasiones, y cuya situación no ha variado desde entonces,

“Las deficiencias que ya les han sido comunicadas en varias ocasiones, además de reuniones con la empresa sin que se hayan subsanado, en resumen son las siguientes:

- o El adhesivo es insuficiente, no sujet a los elementos a fijar.*
- o La insuficiencia del adhesivo provoca:*
 - Retirada accidental de vía venosa, posibilidad de salpicadura y riesgo biológico para el trabajador.*
 - El esparadrapo no pega, de tal modo que en varias ocasiones el enfermo se ha extubado con el consiguiente peligro para su vida.*
 - La falta de adhesividad conlleva retirada accidental de inserción de vía periférica”».*

Y, siempre dentro del mismo día, dirigía otro escrito a la aseguradora del contratista, comunicándoles la suspensión del procedimiento de resolución del contrato.

El Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad, con el visto bueno de la subdirectora general de lo Consultivo y Asuntos Constitucionales, se remitía en cuanto a la posible resolución del contrato por incumplimiento de las condiciones del objeto contractual, a lo ya informado por su parte con respecto al anterior procedimiento de resolución del contrato, declarado caducado. Se manifestaba asimismo a favor de la posibilidad de abrir un nuevo procedimiento de resolución contractual por la misma causa no obstante la previa declaración de caducidad, advirtiendo, no obstante, que en el actual procedimiento se estaba acudiendo a una causa de resolución inadecuada, en concreto la consistente en *“la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la producción cierta de*

una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos”, cuando debía aplicarse, al igual que en el procedimiento de resolución caducado y que ya fue objeto de dictamen por este Consejo Consultivo, la consistente en “*el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*”.

Recibido el informe favorable del Servicio Jurídico, el órgano de contratación procedió a recabar dictamen de este Consejo Consultivo, en la forma que ya se ha expuesto con anterioridad.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f,) apartado cuarto, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre; a su tenor, el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid relativos, entre otros aspectos de la contratación del sector público, a la resolución de los contratos administrativos.

Asimismo, el artículo 211 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), aplicable como en seguida se dirá al procedimiento para resolver el contrato, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por el contratista.

SEGUNDA.- De conformidad con la disposición transitoria primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su

entrada en vigor 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 contemplaba su entrada en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de manera que está vigente desde el 16 de diciembre de 2011. A su vez, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) entró en vigor el 30 de abril de 2008.

En el caso analizado, dado que el contrato cuya resolución se pretende se adjudicó por Resolución del director-gerente del Hospital Universitario de Móstoles de 24 de noviembre de 2011, todavía vigente la LCSP, resulta de aplicación esta normativa, en la redacción aplicable en aquel momento, que incluía, singularmente, las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

En cambio, por lo que se refiere al procedimiento, vendrá éste regulado por la normativa vigente en el momento de su inicio (por todos, nuestro Dictamen 175/12), lo que supone la aplicación, en el caso analizado, del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Con carácter supletorio, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del mismo TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y normas complementarias. 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 la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

TERCERA.- De los diversos aspectos a que se refiere la regulación del procedimiento a seguir, debe analizarse con carácter prioritario si el

procedimiento de resolución contractual en que se enmarca la petición de dictamen ha sido tramitado en plazo.

Se trata de un procedimiento iniciado de oficio, pues es precisamente el órgano de contratación el que adopta la iniciativa de resolver el contrato, habida cuenta del incumplimiento de sus obligaciones por parte de la contratista.

Es de recordar que la legislación de contratos no ha previsto expresamente la caducidad del procedimiento seguido de oficio para la resolución del contrato. De ahí la discusión que se produjo sobre si, en relación con dicha cuestión, eran de aplicación las reglas de la LRJ-PAC, que conducirían al efecto de la caducidad del procedimiento en caso de superarse el plazo máximo para resolver y notificar la resolución o, por el contrario, atendido el carácter especial de la legislación sobre contratos del sector público, debía atenderse prioritariamente a la circunstancia de no estar previsto tal efecto en dicha normativa. En particular, esta última posición fue defendida por el Consejo de Estado en sus dictámenes 68/2008 y 23 y 38/2009, así como en su Memoria del año 2008, en que, sobre la base del carácter autónomo del procedimiento de resolución contractual, se concluía que la posible aplicación de la figura de la caducidad vulneraría el espíritu de la ley de contratos, que impone, en defensa del interés general, el principio de celeridad.

Las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 (RC 7736/2004), 13 de marzo de 2008 (RC 1366/2005) y 9 de septiembre de 2009 (RC 327/2008) zanjaron la controversia al inclinarse por la aplicación supletoria de la LRJ-PAC, prevista actualmente en la ya mencionada disposición final tercera del TRLCSP (anterior disposición final octava de la LCSP): *“Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”*.

En la normativa general y básica del procedimiento administrativo, su artículo 44.2, en la redacción dada por la Ley 4/1999, impone la sanción de caducidad a los expedientes que, iniciados de oficio, “*impongan medidas sancionadoras o, en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen*”.

El plazo para que se produzca este radical efecto, según tuvo oportunidad de matizar este Consejo Consultivo en su Circular de 7 de octubre de 2010, es, ante la falta de disposición específica, de tres meses en aplicación, también supletoria, del artículo 42.2.a) de la LRJ-PAC. No obstante la dificultad que en ocasiones pueda entrañar la cumplimentación en dicho lapso temporal de los trámites propios del procedimiento de resolución contractual, resulta inexorable la aplicación del artículo 42.3.a) de la LRJ-PAC, del que se deriva la condición de *dies a quo* para el cómputo del plazo de la fecha de dictado del acuerdo de iniciación, y no la de su notificación.

Ello supone, en definitiva, que no está caducado el procedimiento a la fecha de emisión del presente dictamen. No obstante, debe recordarse al órgano de contratación la celeridad con la que, en aplicación de un principio general del procedimiento administrativo y en garantía tanto de la posición del administrado-contratista como del principio de eficacia de la actuación administrativa, ha de actuar una vez recibido nuestro dictamen para evitar la superación del plazo máximo para el dictado y notificación de la resolución que ponga fin al procedimiento.

Finalmente, y para concluir con las observaciones en cuanto al asunto del plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución, referirnos a la imperativa necesidad de notificar el acuerdo de suspensión a los interesados, trámite de riguroso cumplimiento según reiterada doctrina de este órgano consultivo. En dicho sentido y entre otras ocasiones de posible cita, el Dictamen 153/12, en que significábamos: “*para que se produzca la interrupción del plazo para resolver resulta imprescindible que se comunique*

a los interesados la suspensión del procedimiento para la petición de dictamen como la recepción del mismo". Por interesado, en el caso sujeto a examen, debe entenderse no sólo al contratista, sino también a la entidad aseguradora o avalista conforme a lo dispuesto en el artículo 97.2 del TRLCSP (*"El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre"*), teniendo en cuenta que, ya en la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento tanto a contratista como a avalista mediante sendas comunicaciones del director de gestión del hospital de 4 de febrero de 2013, se establecía la intención de proceder a la incautación de la garantía conforme a lo previsto en el artículo 208.4 de la LCSP (actual art. 225.3 del TRLCSP).

No obstante descartar este Consejo Consultivo el dictado de un acuerdo de ampliación del expediente administrativo para solicitar la incorporación de los correspondientes acuses de recibo en atención al principio de celeridad en la tramitación de los procedimientos, debe advertirse al órgano que solicita el dictamen que la suspensión de plazos sólo se aplicará de haberse realizado de un modo efectivo su notificación a contratista y avalista, circunstancia que no figura adverada en el expediente administrativo del que se nos ha remitido copia, en que únicamente figuran en los correspondientes acuerdos de comunicación (páginas 87 a 89) los respectivos sellos de salida y la constancia del destinatario de cada una de las notificaciones (a contratista y avalista). En caso contrario (es decir, si cualquiera de estas dos notificaciones no se hubiera llevado a efecto), el plazo del procedimiento finalizaría el 31 de abril de 2013. De forma que, no estando caducado en la fecha actual, el plazo que restaría para resolver y notificar la resolución sería ciertamente exiguo.

Igualmente, debe hacerse mención al trámite de audiencia de contratista y avalista, trámites también exigibles dentro del procedimiento de resolución del contrato, en particular también en cuanto al segundo de ellos, cuando se propone, como es el caso, la incautación de la garantía formalizada. En este

punto, no cabe duda de haberse puesto en conocimiento del contratista la tramitación del procedimiento, no obstante no figurar en el procedimiento el correspondiente acuse de recibo, al haber presentado trámite de alegaciones con fecha 25 de febrero de 2013. Por lo que se refiere al avalista, sólo consta –al igual que con respecto al contratista– el sello de registro de salida del acuerdo de notificación con la identificación de su destinatario (pág. 79). Aunque en el anterior procedimiento sobre los mismos hechos visto por este Consejo Consultivo en su Dictamen 15/13, el avalista no compareció no obstante ser notificado para alegaciones, no por ello se puede presumir que, en el procedimiento en que se enmarca el presente dictamen, haya ocurrido lo mismo. De ahí que se deba advertir al órgano consultante de que, de no haberse materializado tal comunicación, el procedimiento de referencia podría estar incurso en causa de nulidad, lo que implicaría la necesidad de retrotraer el procedimiento al momento oportuno.

Por lo que se refiere al informe del Servicio Jurídico, aunque éste haya sido posterior al trámite de audiencia, no aporta cuestiones nuevas a la discusión de fondo consistente en la existencia o no de una deficiencia sustancial en la calidad del material suministrado, coincidiendo por otra parte su criterio con el ya expresado en el anterior procedimiento de resolución contractual declarado caducado. De ahí que, conforme a lo expresado con anterioridad, entre otros, en los dictámenes 374 y 604 de 2011, no se entienda por ello necesaria la retroacción del procedimiento.

En cualquier caso, el acuerdo en que se resuelva definitivamente el procedimiento disponiendo, en su caso, la resolución del contrato, habrá de ser dictado por el órgano de contratación, que es el director-gerente del Hospital Universitario de Móstoles. Así se deduce de la Resolución de 25 de febrero de 2011, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, de delegación de competencias en materia de contratación y gestión económico-presupuestaria. Su apartado primero.2 delega en los Gerentes de Atención Especializada, entre otras competencias, la celebración de contratos para la

prestación de asistencia sanitaria que correspondan a sus centros de gestión, siempre que su cuantía (como es el caso) no supere los 3.000.000 de euros (BOCM de 31 de marzo de 2011).

CUARTA.- Según ha venido significado reiteradamente este órgano consultivo (entre otras ocasiones, en el Dictamen 531/12), la caducidad del procedimiento no impide iniciar otro nuevo sobre la base del mismo incumplimiento.

En el procedimiento en que se enmarca el actual dictamen, la iniciativa de resolver el contrato por parte del órgano de contratación se basa en la causa de resolución del contrato prevista en el art. 206 de la LCSP a partir de su modificación por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (actual art. 223, apartado g, del TRLCSP), referida a la *“imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”*.

Este Consejo Consultivo, al igual que el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad, estima que la causa de resolución que debe aplicarse correctamente consiste en *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”* (actual apartado f del art. 223). A dicha causa de suspensión nos referíamos sin ninguna duda, informando favorablemente a su aplicación al contrato, en nuestro anterior Dictamen 15/13, en que, no en vano, se afirmaba en distintos pasajes de su consideración de derecho cuarta la procedencia de resolver el contrato habida cuenta del incumplimiento de *“una obligación esencial del contratista”* o de *“la existencia de un incumplimiento del contrato imputable al contratista, que podría determinar su resolución”*.

Ampliando lo que en aquella ocasión, en términos evanescentes, señalábamos, debe hacerse referencia a que, ya en sede de regulación del

contrato de suministro, la misma LCSP, en el inciso inicial de su artículo 275 se remite a la aplicación a dicho contrato de las causas de resolución establecidas en el artículo 206 de la misma ley.

La anterior causa de resolución se pone en relación con el contenido del contrato mismo, en particular con el punto 18 del pliego de cláusulas administrativas particulares. Este último prescribe que *“El contratista será responsable de la calidad de los bienes que entregue así como de las consecuencias que se deduzcan la Administración o para terceros por las omisiones, errores o métodos inadecuados en la ejecución del contrato”*.

En efecto, resulta una obligación esencial del contratista, a tenor del artículo 268 de la LCSP, *“entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas”*. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2005 (RJ. 245412) ha destacado la importancia de las prescripciones técnicas del contrato en orden a considerar si un bien se ajusta o no a los términos pactados.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de octubre de 1984 (RJ 5655), recalcó la necesidad de prestar una exquisita atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, *“con el fin de dilucidar si se está ante un verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos o, por el contrario, más bien ante un mero retraso, desfase o desajuste en modo alguno expresivo de aquella voluntad y, en definitiva, de un efectivo incumplimiento de la esencia de la obligación”*.

Igualmente ha señalado que *“a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total*

o esencial de dicha prestación” (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999, RJ 2000/1393).

Lo determinante en el caso analizado es, en consecuencia, discernir si se está ante un verdadero incumplimiento de la contratista, y si éste resulta esencial en relación con el objeto del contrato.

En la ejecución del contrato de referencia se observa que, en fecha temprana, se advirtieron las deficiencias de los esparadrapos objeto del contrato de suministro. Así, iniciándose su ejecución el 1 de enero de 2012, ya el 8 de febrero de 2012 el supervisor de Urgencias y Alta Resolución advertía de la insuficiente adherencia del producto, “*que provoca que se despeguen frecuentemente los elementos a fijar*”. No se trataba, a decir del suscriptor de la advertencia, de un deficiencia intrascendente pues incidía en la falta de seguridad para el paciente “*por su falta de propiedad adhesiva y consecuente riesgo de retirada accidental de inserción de vía periférica*”, y para el propio personal sanitario, “*con el consecuente riesgo de accidente biológico por salpicadura accidental de elementos no fijados*”.

Con el paso del tiempo no se han corregido las deficiencias del producto. Así se deduce del informe de la supervisora de Área Funcional y RRMM de 17 de junio de 2012, traspuesto en la relación de antecedentes de este dictamen, en que se ponen de manifiesto las quejas generalizadas del personal sanitario sobre los productos, que dan lugar a consecuencias tales como la retirada accidental de la vía venosa, con posibilidad de salpicadura y riesgo biológico para el trabajador, o la retirada ocasional de los tubos endotraqueales usados en anestesia, con el consiguiente riesgo para el paciente.

De ese informe se deduce también que la contratista ha sido advertida en reiteradas ocasiones sobre las deficiencias advertidas, sin haber resuelto el problema de forma eficiente. Los informes de la supervisora de Área Funcional y RRMM de 17 de junio y de 21 de septiembre de 2012, dan

cuenta de las reuniones mantenidas con la empresa en el mes de enero, que, en particular, se comprometió en aquel mes a cambiar los productos, debiéndose ser nuevamente advertida en fecha 7 de marzo de 2012 ante el incumplimiento del compromiso. No obstante, cambiado el lote a la semana siguiente, a partir del 30 de abril se repitieron las quejas del personal, a consecuencia de deficiencias similares a las puestas de manifiesto desde el inicio de la ejecución del contrato.

Nuevamente en junio de 2012, a mediados de mes, se produjo una reunión con el gerente de la empresa; no obstante, su compromiso de solución del problema aparece nuevamente incumplido en la fecha en que se decide iniciar el procedimiento tendente a la resolución del contrato. Así se deduce del informe de la supervisora de Área Funcional y RRMM del hospital, de 21 de septiembre de 2012.

E, iniciado un primer procedimiento tendente a la resolución del contrato, anterior incluso al declarado caducado, se dejó sin efecto ante las alegaciones de la contratista, dando una nueva oportunidad a ésta, tal como había pedido, para mejorar el producto. De esta forma, las alegaciones de la contratista en el procedimiento actual, que no son sino una reproducción de las ya expuestas en segundo procedimiento de resolución que se le abrió (el declarado caducado) pidiendo un examen comparativo entre el producto efectivamente suministrado y las muestras aportadas durante la fase de adjudicación, que por otra parte no es obligatorio a la Administración realizar, no parecen sino una simple evasiva de la contratista, que no disimula su desinterés en ofrecer el producto conforme a las condiciones pactadas. En dicho sentido, no ofrece dudas a este Consejo Consultivo el que el incumplimiento resulta imputable al contratista.

Debe advertirse, además, que la deficiencia se proyecta sobre los dos productos objeto del lote nº aaa del contrato, que es objeto de la iniciativa de

resolución, esto es, tanto sobre los esparadrapos Plásticos de 2,5x10 como de 5x10.

De conformidad con lo anterior, se entiende concurrente la causa de resolución del contrato consistente en *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*, y no se reputa que exista indefensión para el contratista por la razón de haberse puesto en su conocimiento, en el acuerdo de iniciación del procedimiento, una causa de resolución distinta.

En este punto, no desconoce este Consejo Consultivo que, conforme a la jurisprudencia más actual (verbigracia, en Sentencia de 24 de noviembre de 2010, RC 3065/2008), vienen a extenderse de un modo progresivo a los procedimientos de los que puedan deducirse efectos restrictivos o limitativos de derechos para los interesados, las garantías propias del procedimiento sancionador.

Sin embargo, y aun tomando como criterio de comparación el tipo de procedimiento administrativo en que, por las consecuencias para las partes, es preciso extremar las garantías a favor del administrado (nos referimos, obviamente, al procedimiento sancionador, así como a su especie consistente en el procedimiento disciplinario), la consignación en el acuerdo de incoación de una tipificación distinta a la que, en definitiva, sea utilizada en la resolución que ponga fin al procedimiento, no determina indefensión siempre que ambos actos, resolución e incoación, se refieran a los mismos hechos.

No cabe duda, a la vista de los trámites del procedimiento que se somete a dictamen (no en vano se han recogido en sede antecedentes de hecho algunos de ellos en su literalidad y, en ocasiones, también en su integridad) de la circunstancia de no haberse producido indefensión al interesado, que no sólo tiene conocimiento cabal, más allá de su catalogación en una u otra causa de resolución, del incumplimiento que se le imputa (que, por otra parte, trae causa de un procedimiento anterior, declarado caducado, por razón del

mismo incumplimiento), sino que el propio órgano de contratación, en sus distintos trámites y notificaciones (incluido el de respuesta a las alegaciones del contratista de 4 de marzo de 2013, al folio 87, que surte las veces de propuesta de resolución), se refiere de un modo expreso al incumplimiento de una obligación fundamental del contrato.

QUINTA.- Una vez apreciada la posible concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma. El órgano de contratación contempla como tales efectos de la resolución contractual, la incautación automática de la garantía definitiva.

En el Dictamen 656/12, 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 transscrito 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. Con base en 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.

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.

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 económicoamente los daños y

perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento. En la valoración entendemos que la Administración sin perjuicio de los evidentes daños que le ha supuesto el incumplimiento del contratista, no puede desconocer la doctrina jurisprudencial que, aplicando los principios de buena fe y equidad, prevé, aun cuando conste el incumplimiento del contratista, que la pérdida de la fianza puede verse modulada en atención a circunstancias de muy diversa índole entre las que se encuentran los incumplimientos de la propia Administración. En este sentido nos hemos pronunciado en nuestro Dictamen 373/12.

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.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de suministro para la adquisición de material de curas destinado al Hospital Universitario de Móstoles, por

incumplimiento culpable de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, por parte del contratista, sin incautación automática de la garantía constituida de la garantía constituida y con su retención hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios causados.

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.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, SR. 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 17 de abril de 2013, respecto de la resolución del contrato de suministro para la adquisición de material de curas destinado al Hospital Universitario de Móstoles, expediente remitido para su preceptivo dictamen por la Consejería de Sanidad.

El consejero que suscribe, 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.

Aún 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, por ejemplo, en el de suministros con el que están manifiestamente relacionados.

Por último, el Real Decreto Ley 6/2010, 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 destaque 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 administrativa 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.».

Madrid, 17 de abril de 2013

