

Dictamen nº **403/13**
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, 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 administrativo especial denominado *“Instalación y explotación de un servicio de telefonía y televisión en habitaciones de pacientes y teléfonos públicos en el Hospital Universitario Severo Ochoa”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de agosto 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, relativa al expediente de resolución del contrato administrativo especial denominado *“Instalación y explotación de un servicio de telefonía y televisión en habitaciones de pacientes y teléfonos públicos en el Hospital Universitario Severo Ochoa”*.

El estudio de la ponencia ha correspondido por reparto de asuntos a la Sección III, presidida por el Exmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 25 de septiembre 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, se consideró suficiente.

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

1.- Con fecha 5 de junio de 2009, mediante Resolución del director gerente del Hospital Universitario Severo Ochoa (HUSO), se aprueban los Pliegos de cláusulas administrativas particulares (PACP) y el Pliego de prescripciones técnicas (PPT) del contrato ya reseñado.

Mediante Resolución del director gerente del hospital, de 23 de noviembre de 2009, se acordó la adjudicación del contrato a la empresa A. Con fecha 27 de noviembre de 2009, se firma el contrato con el adjudicatario.

Dicho contrato tiene por objeto “*la prestación del servicio de telefonía y televisión en las habitaciones de pacientes del Hospital Universitario Severo Ochoa, así como de los teléfonos públicos en el mismo centro y en el Centro de Especialidades M^a. Ángeles López Gómez*” (Anexo I del PCAP).

El PPT establece que el adjudicatario se encargará de la explotación del servicio, así como del suministro, instalación y mantenimiento del equipamiento y estructuras necesarias para la prestación del mismo. El adjudicatario deberá abonar a la Administración un canon por la explotación del servicio que podrá anticiparse mediante entrega de equipamiento como mejoras al centro (cláusula 1).

El precio del contrato lo constituye el canon de explotación que el adjudicatario se compromete a satisfacer como contraprestación a la explotación del servicio.

En la adjudicación, dicho canon se estableció en: base imponible 363.103,45 € euros, I.V.A. 58.096,55 €, lo que hace un precio total de 421.200 €.

El plazo de ejecución es de 180 meses, contados a partir del 15 de diciembre de 2009, fecha de inicio de la explotación del servicio.

Entre sus obligaciones, el contratista asumió la de realizar “*en concepto de anticipo de canon, aportaciones equivalentes a 281.646,24 (IVA incluido), en inversiones, obras y equipamientos o dotaciones en función de necesidades del hospital. Estas inversiones, y por esta cuantía global, serán a cuenta del canon devengado en 15 años por la explotación del Servicio, procediendo así a su capitalización para su aplicación en las inversiones a realizar por el Hospital Universitario Severo Ochoa.*

(cláusula séptima del documento contractual).

Esta obligación se estableció igualmente, como compromiso, en la proposición económica de la empresa que resultó adjudicataria, en su apartado “*Equipamiento opcional propuesto como anticipo del canon ofrecido por la explotación del Servicio.*”

El pago del canon se haría efectivo por semestres vencidos (apartado 21 del Anexo I del PCAP).

2.- Mediante escrito de 1 de abril de 2013, el órgano de contratación requiere al contratista para que, en función de la cláusula séptima del contrato, justifique el abono del canon mediante documentos de pago o facturas de inversiones desde el inicio del contrato y con una periodicidad semestral. Se le advierte expresamente que la no presentación en plazo de

dichos documentos justificativos incurre en causa de resolución del contrato.

El adjudicatario cumplimenta dicho requerimiento mediante escrito presentado el 29 de abril de 2013, en el que aporta diversas facturas de las inversiones realizadas.

Señala en dicho escrito que la mercantil se encuentra en concurso de acreedores mediante el Auto de 24 de abril de 2012 del Juzgado número 2 de lo Mercantil de Málaga. Considera por ello que las cantidades devengadas hasta esa fecha son créditos concursales por lo que el pago de cualquier deuda está prohibido por la Ley Concursal.

Igualmente añade que la causa del impago se ha producido por el retraso en el cobro de una importante cantidad que les adeuda el Instituto Balear de Salud (5.800.000 €), si bien expresa que el asunto está próximo a resolverse.

3.- El jefe de Servicio de Asuntos Generales del HUSO, con fecha 17 de junio de 2013, emite informe en relación al incumplimiento del pago del canon acordado por parte de la empresa. Recoge que una vez puesto el servicio en funcionamiento la empresa ha venido cobrando las tarifas establecidas en su oferta y realizado inversiones por valor de 48.619,52 € hasta el 4 de enero de 2012. Constata que ésta fue la última inversión realizada y añade que:

“ (...) Ante la paralización del proyecto señalado, debido al incumplimiento del abono del canon acordado por parte de la empresa A, comienzan a realizarse sucesivas reuniones de seguimiento de la ejecución del contrato en las que se requiere al adjudicatario para que cumpla sus obligaciones. Transcurridos más de 17 meses desde el 04/01/2012, fecha de la última factura de inversión realizada en concepto de abono de canon, la empresa A no ha formalizado

ningún abono más del canon, aunque sí ha seguido explotando el servicio y cobrando las tarifas.

Con fecha 12/04/2013 se envía escrito a la empresa A requiriéndoles para que presentaran justificación del abono del canon mediante documentos de pago o facturas de la inversión realizada desde el inicio de contrato y advirtiéndoles que la no presentación de los documentos indicados podrá ser considerada causa de incumplimiento de contrato, pudiendo procederse al inicio de expediente de la resolución.

El día 29/04/2013 se registra escrito de la empresa A aportando facturas de inversión por importe de 49.130,07 € más IVA (la diferencia de 510,55 € entre el importe señalado en el cuadro anterior y el aportado por la empresa se debe a que la empresa aporta para la primera inversión presupuesto sobre el que se aplicó a la hora de facturar un 5% de descuento).

En este mismo escrito la empresa A nos informa que en la actualidad se encuentra en Concurso de Acreedores por el Auto de 24 de abril de 2012 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Málaga. (...)

En función de lo consignado, el informe procede a cuantificar la liquidación del canon abonado y del canon adeudado. Dado que el canon total de explotación era 363.103,45 € más IVA a abonar en 180 meses, el prorrato mensual del mismo sería 2.017,24 €/mensual más IVA. El total del canon que la adjudicataria debería haber abonado a fecha 15 de junio de 2013 es de 84.724,08 €.

El canon abonado por el adjudicatario a la misma fecha es de 48.619,52 € (sin ningún pago desde el 4 de enero de 2012) por lo que con fecha 15 de junio de 2013 adeuda la cantidad de 36.104,56 € (cantidades todas ellas sin I.V.A. incluido).

4.- Mediante Resolución del director gerente del Hospital, de 18 de junio de 2013, se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato *“al amparo de lo dispuesto en el artículo 206 g) de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (art. 206.f según modificación de la LCSP por la Ley 2/2011 de 4 de marzo), y artículo 109 del R.D. 1098/2001 de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.”*

El Acuerdo considera que el contratista ha incumplido su obligación de pago del canon estipulado, ya que el último documento de inversión - aportado en concepto de abono del canon establecido en el contrato -, es de 4 de enero de 2012, por lo que la empresa adeuda la cantidad de 36.104, 56 € (I.V.A. excluido).

Igualmente recoge que el contratista está en concurso de acreedores mediante Auto de 24 de abril de 2012 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga (procedimiento 250/2012, publicado en el B.O.E. de aaa de 2012).

5.- Se acuerda otorgar trámite de audiencia al contratista (notificado el 21 de junio). En uso del trámite de audiencia, el contratista presenta el 1 de julio siguiente, escrito de alegaciones en el que formula su oposición a la resolución del contrato, y solicita:

“1.- Declarar la nulidad del acuerdo de inicio de expediente de resolución de contrato administrativo por falta de competencia, en tanto las competencias exclusiva y excluyentes en esta materia son del Juez del concurso, en este caso del Juzgado de los Mercantil nº Dos de Málaga.

2.- Subsidiariamente considerar que, la normativa concursal impone determinados efectos sobre los créditos que pudiera titular esta

Gerencia por lo que no es posible considerar el impago como causa de resolución salvo que así lo estime en Sentencia el Juez del concurso".

De igual forma, se notificó el inicio del procedimiento y se otorgó trámite de audiencia a la entidad B, en su condición de avalista, y a C, como administrador concursal, no constando la presentación de alegaciones dentro del plazo concedido para ello. Ambas notificaciones se practicaron el 20 de junio de 2013).

6.- Por parte del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad con fecha 25 de julio de 2013, se informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato al entender que:

"Segunda.- En cuanto a las causas de resolución del contrato, es cierto que concurren dos: el impago del canon y la propia declaración de concurso de acreedores, pero esta última no opera automáticamente (...) de concurrir dos causas posibles de resolución, según reiterada doctrina del Consejo de Estado prevalece la primera en el tiempo, que es el impago del canon.

Tercera.- (...) a tenor de la doctrina del propio Consejo de Estado y la jurisprudencia el incumplimiento de la obligación sustancial puede deducirse de los propios Pliegos, debiendo la Administración motivadamente identificar ese incumplimiento. En el caso, dada la naturaleza del contrato, el pago del canon de explotación es una obligación de carácter esencial, pues es la contraprestación por la explotación de las máquinas que sustenta la naturaleza onerosa del contrato administrativo.

Cuarta.- Resulta de antecedentes un incumplimiento sistemático, no puntual, y grave de esta obligación, reconocido por la propia contratista en sus escritos. Desde el 4/1/2012 no se abona el canon.

Y la voluntad de seguir incumpliendo el contrato demorando el eventual pago a la personación en el concurso de acreedores”.

7.- Mediante resolución del director gerente del hospital de 30 de julio de 2013, se acuerda la suspensión de los plazos administrativos y del procedimiento, a efectos de recabar dictamen de este Consejo Consultivo, lo cual es notificado al contratista, a la entidad avalista y a la administración concursal.

El director gerente del hospital formula propuesta de Resolución, de 30 de julio de 2013, mediante la cual propone resolver el contrato “*al amparo de lo dispuesto en el artículo 206 g) LCSP (art. 206 f según modificación de la LCSP pro la Ley 2/2011 de 4 de marzo).*”

Añade que “*la resolución del contrato conlleva la incautación de la garantía definitiva y la reclamación de los daños y perjuicios irrogados en la cantidad que exceda de la misma todo ello conforme lo señalado en el art. 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.*”

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 relativos a la contratación del sector público, a la resolución de los contratos administrativos.

Asimismo, el artículo 195.3.a) de la LCSP, aplicable como en seguida se dirá al 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.- El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (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 estableció que el mismo entraría en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, publicación que fue de fecha 16 de noviembre de 2011.

La convocatoria del contrato se publicó en el BOCAM del día 15 de julio de 2009 y el contrato se adjudicó con fecha 23 de noviembre de 2009, por lo que resulta de aplicación la normativa contenida en la LCSP, en su redacción anterior a la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible (LES) por aplicación de la disposición transitoria séptima de esta última, 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”.

Por otra parte el propio PCAP establece para lo no previsto en los mismos, que el contrato se regirá, además de por la LCSP, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), el Reglamento General de Contratación pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, en lo que no se opongan a la LCSP; y demás disposiciones aplicables en materia de contratación administrativa. Supletoriamente, se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Sin perjuicio de la aplicación sustantiva de las normas, el procedimiento de 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 (RGLCAP).

En este sentido el artículo 224 TRLCSP establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca.

Por su parte, el artículo 109 RGCAP, regula el procedimiento de resolución y exige audiencia del contratista y del avalista o asegurador, informe del Servicio Jurídico y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el caso que nos ocupa, consta ya reseñado en los antecedentes del presente dictamen que se otorgó trámite de audiencia tanto al contratista como al avalista y se ha aportado informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad.

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

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, el Tribunal Supremo en sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009) ya declaró 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; en estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores (270/09, 445/12 y 11/13 entre otros). Esta previsión de supletoriedad de la LRJ-PAC la establece actualmente el TRLCSP en su disposición final tercera.

En el presente expediente, el inicio del mismo tuvo lugar mediante Acuerdo de inicio de resolución del contrato de fecha 18 de junio de 2013. Hay que tener en cuenta que mediante resolución del Director Gerente del hospital, de 30 de julio de 2013, se acuerda la suspensión de los plazos administrativos y del procedimiento, a efectos de recabar dictamen de este Consejo, lo cual es notificado al contratista, a la entidad avalista y a la administración concursal.

El procedimiento por tanto no está incuso en caducidad.

Por último el órgano competente para resolver es el director gerente del HUSO, en uso de las facultades conferidas por Resolución de 20 de enero

de 2009, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, de delegación de competencias en materias de contratación y gestión presupuestaria (BOCAM nº. 28 de 3 de febrero de 2009).

TERCERA.- Examinado lo anterior, procede entrar en el análisis de la posible concurrencia de la causa de resolución del contrato en que se fundamenta el procedimiento de resolución que examinamos.

Como recogíamos en los antecedentes, el contrato tiene por objeto la instalación y explotación de los servicios de televisión y telefonía en habitaciones de pacientes y teléfonos públicos en el centro hospitalario; a cambio de dicha explotación, cuya tarifa ofertada por el contratista y pagada por los usuarios supone su remuneración, aquél se comprometió en su oferta a satisfacer a la Administración un canon de 363.103,45 € (más I.V.A.) prorrateado en anualidades para los 180 meses de duración del contrato y con pago en semestres vencidos (cláusula 30 y Anexo I apartado 21 del PCAP).

Como igualmente quedó expuesto, el contratista se comprometió a realizar, en concepto de anticipo de canon inversiones, obras, equipamientos o dotaciones en función de las necesidades del hospital, por valor de 242.798,48 €.

Es de destacar que las inversiones realizadas por el adjudicatario se refirieron a rótulos de guiado de pacientes, dispensador de tickets de autoservicio con pantalla táctil, instalación de hardware y software, lector de tarjetas monitorizado, material diverso, todo ello dentro de la inversión en el *“proyecto de implantación del sistema de organización y guiado de pacientes en el hospital”*. Así consta en las facturas de la inversión aportadas por la adjudicataria.

A este respecto, se constata a través del informe del Jefe de Servicio de Asuntos Generales del HUSO, de 17 de junio de 2013, y de la

documentación aportada, que una vez puesto en funcionamiento el servicio el contratista ha venido percibiendo la tarifa correspondiente por parte de los particulares en su utilización, pero sólo parcialmente ha abonado el canon en concepto de inversiones a que venía obligado. Así, a fecha 15 de junio de 2013 adeuda la cantidad de 36.104,56 €, ya que no ha realizado ningún pago ni inversión desde el 4 de enero de 2012.

Se acredita por tanto, sin género de duda, que se ha producido un incumplimiento en la obligación de pago por parte del adjudicatario, que no ha invertido las cantidades a que venía obligado. Igualmente se acredita que al estar en concurso de acreedores incurriría en la causa de resolución prevista en el 206 b) LCSP, que solo operaría de manera automática en caso de haberse abierto la fase de liquidación del concurso, cuestión a la que nos referiremos posteriormente.

En función del impago del canon, la propuesta de resolución del contrato considera que dicha circunstancia le hace estar incursa en la causa de resolución prevista en el artículo 206 g) LCSP (artículo 206.f de la redacción dada al precepto por la LES, que establece como tal causa “*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.*”)

Ello sentado es necesario referirse a las causas de resolución del contrato establecidas en los documentos contractuales. En este sentido la cláusula 44 del PCAP establece que:

“Son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 206 y 284 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 24.*
- *La obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración.*
- *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, que se indican en el apartado 25 del anexo I al presente pliego.*
- *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.”*

A la vista de esta redacción, la propia propuesta de resolución es consciente que, a pesar de la remisión del PCAP al artículo 206 LCSP, en realidad no se establece con carácter expreso que la falta de pago del canon pactado sea causa esencial que conlleve la resolución del contrato.

Ello nos lleva a plantear si, como se pretende, la falta de pago del canon, que constituye el precio del contrato, puede estimarse como causa de resolución del mismo sin que esté prevista expresamente en los pliegos o en el contrato que rigen la contratación.

La propuesta de resolución, alude a la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia para afirmar que el criterio predominante es que el incumplimiento sea de carácter esencial a pesar de que no sea citado como tal en los pliegos o el contrato, citando algunos supuestos. De la misma

opinión resulta el informe del Servicio Jurídico (sin cita de algún pronunciamiento).

No obstante las Sentencias que consigna la propuesta de resolución en apoyo de su tesis no se refieren al supuesto que aquí tratamos. Así, la “*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 23 de enero de 2002*” (entendemos referida a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2^a, núm. 36, Recurso contencioso-administrativo núm. 1651/1997), y la del “*Tribunal Superior de las Islas Baleares en Sentencia de 29 de mayo de 2006*” (entendemos por tal la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a núm. 496 Recurso contencioso-administrativo núm. 1335/2002) sólo hacen referencia a la falta de abono del pago del canon como causa de resolución, sin que examinen un supuesto como el presente.

Por su parte, el Dictamen 125/2011 del Consejo Consultivo de Aragón, igualmente citado por la propuesta, determina efectivamente que la falta de pago es una consideración esencial del contrato, pero en modo alguno alude a que se pueda resolver el contrato por falta de pago cuando en el pliego no consta expresamente este incumplimiento como causa de resolución. No sólo no lo dice sino que además tampoco en el momento en que dicho dictamen fue emitido dicha exigencia era necesaria, pues dada la fecha del contrato al que el Dictamen se refiere regía el TRLCAP, que, como ya dijimos, no establecía dicha exigencia.

CUARTA.- El órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar unilateralmente la resolución del contrato, en los casos tasados en la ley o que se hayan previsto específicamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y determinar los efectos de ésta.

El ejercicio de esta prerrogativa debe realizarse de acuerdo con los principios de equidad y buena fe. Así lo recogimos en nuestro Dictamen

367/12, al señalar que “*la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios (...)*”

Debemos partir igualmente que la LCSP vino a aportar mayor rigor en el régimen de la resolución contractual en orden a evitar la inseguridad jurídica que se observaba en la legislación anterior, TRLCAP, en la medida en que ésta, obligaba a interpretar el carácter o no esencial de la obligación incumplida que operaba como causa de la resolución instada. Así, la LCSP y el actual TRLCSP exigen, para que concurra causa de resolución, que se haya incumplido una obligación de carácter esencial, calificada así expresamente en los pliegos, a diferencia de la regulación anterior que carecía de esta previsión expresa.

Si la conducta no ha sido expresamente recogida en los pliegos o en el contrato como obligación de carácter esencial, la resolución no procede. En este sentido se manifiesta con claridad la Junta Consultiva de Contratación del Estado en informe 63/11 de 17 de julio: “*Así cabe concluir que cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no califique una obligación contractual como esencial, su incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolución potestativa por parte de la Administración pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223 letra f) y 224 del TRLCSP, por exigir esos preceptos, en combinación con el artículo 67.2 del Reglamento General de la LCAAAPP, la calificación expresa en el pliego y en el contrato como esenciales de aquéllas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento quiera calificarse como causa de resolución*”

Sin perjuicio de ello, este Consejo se ha planteado en anteriores ocasiones (dictámenes 631/11 y 324/13), la posibilidad de resolver aun cuando no

se haya consignado expresamente el carácter esencial de determinada obligación. Ya decíamos en el último Dictamen citado que se trata de evitar las desfavorables consecuencias que para el interés general se podrían derivar de una interpretación estricta de la norma que impidiese la resolución ante incumplimientos de obligaciones esenciales no recogidos expresamente, por el hecho de una defectuosa elaboración de los pliegos o del contrato.

Además, la exigencia legal de consignación de los incumplimientos de las obligaciones esenciales del contrato no puede suplir a los elementos que son “esenciales” de dicho contrato según el propio ordenamiento jurídico, y que cuando son transgredidos deben dar lugar a la nulidad o resolución. Es decir, los pliegos deberán recoger aquellas causas que, precisamente, por no ser a priori esenciales, el órgano de contratación quiere otorgarles tal carácter, pero ello sin perjuicio de poder considerar como causa de resolución un incumplimiento que afecte a un elemento esencial del contrato. Esta es la finalidad de la norma, interpretación teleológica que debe estar presente en su aplicación.

En todo caso el incumplimiento debe revestir una especial gravedad atendidas las circunstancias que concurran. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al manifestar que *“la resolución por incumplimiento del contratista constituye el efecto pernicioso más grave para este último, por lo que únicamente debe producirse cuando se trate de incumplimientos relevantes y no nimios y sin trascendencia, de acuerdo con la realidad del contrato”* (Dictamen núm. 52.006, de 9 de junio de 1988).

Así lo ha considerado el Informe 20/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En el mismo se recoge que:

“(...) La LCSP solventa los problemas de interpretación suscitados respecto del alcance del término “obligaciones esenciales”, exigiendo expresamente que ese carácter esencial esté previsto en los pliegos o en el contrato.

La conclusión señalada no es obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento del contratista, si, como exige la jurisprudencia, el incumplimiento es grave y de naturaleza sustancial (STS 29 de mayo 2000). Si bien la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales, calificadas con tales en los pliegos o el contrato, podría ser apreciada de forma automática, en tanto que en resoluciones por incumplimientos graves del contratista, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos.”

Sentado todo ello debemos indagar en las circunstancias del incumplimiento que nos ocupa, a fin de averiguar si reviste las notas necesarias para proceder a la resolución del contrato.

Como quedó expuesto no cabe duda que nos estamos refiriendo al incumplimiento de pago del canon que constituye la obligación del adjudicatario. Dicha obligación debemos calificarla de esencial; la reciprocidad de prestaciones que caracteriza a un contrato oneroso se basa precisamente en el cumplimiento del pago del precio por parte del obligado a ello.

A ello se une que el régimen de obligaciones contractuales del pliego no alberga duda o circunstancia que pudiera poner en cuestión la esencialidad del pago del precio. Se trata de un contrato en el que se permite la explotación de un servicio a cambio de un canon, canon que debió satisfacerse mediante inversiones en la cantidad que las partes acordaron.

Por otra parte se pueden añadir diversas consideraciones. El último pago, en forma de inversión, que realizó el adjudicatario fue con fecha 4 de enero de 2012, sin que en los 14 meses transcurridos desde entonces hasta el inicio del procedimiento de resolución se haya realizado pago alguno; todo ello a pesar de la advertencia y gestiones realizadas por el órgano de contratación según refleja el informe del jefe de servicio de Asuntos Generales. Al dilatado lapso de tiempo en el impago se añade que la empresa ha estado cobrando las tarifas a los usuarios por la utilización de los televisores y teléfonos, por lo que de ningún modo se puede admitir éste enriquecimiento injusto.

En segundo lugar el adjudicatario basa su oposición a la resolución del contrato, en la circunstancia de estar incursa en concurso de acreedores, y si bien en su escrito de 29 de abril de 2013 también hace referencia a sus problemas económicos por la falta de pago de otro deudor público (que carece de toda prueba), en el trámite de audiencia se refiere exclusivamente a su propia interpretación de la normativa en materia de concurso de acreedores.

Además, reviste especial importancia que el pago que se ha incumplido redunda directamente en el funcionamiento del hospital; no se trata por tanto de un pago en metálico sino de inversiones en equipamientos hospitalarios. De este modo, el HUSO planificó la implantación de un sistema de organización y guiado de pacientes en el Hospital que sería instalado a cargo del canon del contrato. Ello incide directamente en la correcta prestación de un servicio tan esencial como es el sanitario, que no puede verse privado de la instalación de un equipamiento que afecta al funcionamiento del Hospital y el trato a los pacientes.

En conclusión, atendidas las circunstancias existentes, resulta adecuado apreciar la existencia de causa de resolución del contrato derivado del incumplimiento del adjudicatario de su obligación de pago.

QUINTA.- Sin perjuicio de lo expuesto restan dos cuestiones sustantivas que suscita el expediente.

La primera referida a la alegación que sostiene el adjudicatario sobre los efectos de su situación en concurso de acreedores.

En primer lugar nos encontramos, como ya se señaló, con dos causas posibles de resolución del contrato: el incumplimiento de la obligación de pago y el encontrarse el adjudicatario incurso en concurso de acreedores (ésta operaría de modo automático en el caso de apertura de la fase de liquidación conforme el artículo 207.2 LCSP).

Es doctrina reiterada del Consejo Consultivo (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 408/09, de 22 de julio y 289/11, de 1 de junio) que, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo de Estado.

Dado que el Auto de declaración de concurso es de 24 de abril de 2012, resulta claro que a esa fecha ya se había devengado el canon del mes anterior, con lo que la causa de incumplimiento por impago es en todo caso, y con independencia de la fecha de apertura de la fase de liquidación, anterior a la situación concursal.

Por otra parte, el adjudicatario incurre en un error al considerar que de su situación concursal se desprende que no está obligado a satisfacer cantidad alguna a la Administración, y que no puede incautarse la garantía habida cuenta que, según afirma, todas las competencias sobre el contrato residen en el Juez del concurso.

El artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), establece que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos

de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial, lo cual supone la aplicación de la normativa de contratación pública, es decir de las causas de resolución y de lo que sea procedente en materia de incautación de la garantía.

Además el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en su Sentencia de 16 de junio de 2011, expresa que:

“ (...) corresponde a la referida Administración local la competencia para resolver los contratos administrativos, pues, conforme es doctrina reiterada de este Tribunal de Conflictos, expuesta en las sentencias de 25 de junio de 2007 (RJ 2007, 4902) (conflicto de jurisdicción 3/2007), y de 22 de junio de 2009 (conflicto de jurisdicción 7/2008), el principio de universalidad de la jurisdicción del Juez del Concurso, dirigido a asegurar la eficacia del procedimiento concursal, que se infiere de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 (RCL 2003, 1748) , no puede entenderse en el sentido de vaciar de contenido las prerrogativas de la Administración en orden a la interpretación y resolución de los contratos administrativos.

(...) Y resultan bien expresiva del alcance -y de los límites- de la invocada universalidad la propia regulación de la LC que, respecto de la inclusión o no en las listas de acreedores de los créditos pendientes de manifestarse en el procedimiento, contiene previsiones específicas acerca de los condicionales, provisionales y litigiosos, en términos que, partiendo de "los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constasen en el concurso" determina, efectivamente, que "todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas por medio del incidente concursal" (artículo 86 LC), pero

preserva la significación de los condicionales o litigiosos (artículo 87) y, a fortiori, ha de preservar la necesidad de su previo reconocimiento por el órgano administrativo competente, cuando de la investigación y decisión de éste pende la existencia misma -y naturalmente la cuantía- del crédito que, en concepto de devolución de tributos, figura inicialmente en la lista de bienes de la masa activa pero, por su propia naturaleza, "condicionado a" o "pendiente de" que el derecho a la devolución exista efectivamente».

Por tanto no resulta admisible la oposición del adjudicatario a la resolución del contrato, basada en la existencia del concurso de acreedores.

SEXTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causa imputable al adjudicatario para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma.

El artículo 208.4 LCSP establece que *“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.”*

Dicha redacción se mantiene en el actual artículo 225.3 TRLCSP.

Como hemos señalado en nuestro Dictamen 656/12, del precepto transcrita no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, a diferencia de la regulación precedente.

Por ello es necesario circunscribir las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable del 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.

Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía, debe señalarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. La propuesta de resolución se limita a acordar la incautación de la garantía y la reclamación de los daños y perjuicios irrogados en la cantidad que exceda de la misma.

Ello constituye una irregularidad pues, como hemos dicho, la incautación de la garantía no es automática sino que dependerá de un previo procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicoamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento; en función de ello dichos daños se satisfarán a través de la garantía, y, de resultar un sobrante, serán remitidos a la administración concursal como parte de la masa del concurso.

En méritos de cuanto antecede, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Resulta procedente acordar la resolución del contrato de *“Instalación y explotación de un servicio de telefonía y televisión en habitaciones de*

pacientes y teléfonos públicos en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, sin perjuicio de lo expuesto en nuestra consideración de derecho sexta.

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, 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 especial denominado *“Instalación y explotación de un servicio de telefonía y televisión en habitaciones de pacientes y teléfonos públicos en el Hospital Universitario Severo Ochoa”*, 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.

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 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.

Además, en el presente caso, el contratista está en concurso de acreedores mediante Auto de 24 de abril de 2012 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga (procedimiento 250/2012, publicado en el B.O.E. de aaa de 2012)».

Madrid, 26 de septiembre de 2013