

Dictamen nº: **43/14**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **29.01.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 29 de enero de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato celebrado con la empresa A, derivado del “*Acuerdo Marco para la Contratación de Procedimientos Diagnósticos en el ámbito de la Comunidad de Madrid, de referencia A.M. procedimientos diagnósticos 2010*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 10 de enero de 2014 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Sanidad sobre el asunto referenciado en el encabezamiento.

El estudio de la ponencia ha correspondido por reparto de asuntos a la Sección II, presidida por el Excmo. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 29 de enero de 2014.

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 dictamen:

1.- Mediante Resolución de 22 de junio de 2010, se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PACP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) relativos al Acuerdo Marco de gestión de servicios públicos denominado *“Acuerdo Marco para la contratación de procedimientos diagnósticos en el ámbito de la Comunidad de Madrid, de referencia A.M. Procedimientos Diagnósticos 2010”* (en adelante Acuerdo Marco).

2.- Con esa misma fecha, se aprobó el expediente de contratación, disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación mediante procedimiento abierto por pluralidad de criterios, y mediante Resolución de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria, de 16 de mayo de 2011, se adjudicó definitivamente el Acuerdo Marco, entre cuyos adjudicatarios figuraba la empresa A, la cual fue acreditada para la realización de las pruebas contenidas en los bloques 1-Cardiología (Grupo 2), 7-Mamografía para cribado, 8-Mamografía para diagnóstico y 9-Ecografías (Grupos 1, 2, 3, 4 y 5).

El contrato fue formalizado con fecha 6 de junio de 2011.

3.- Derivado del contrato indicado, mediante Resolución de 6 de junio de 2012 el Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HGUGM) adjudicó a la precitada empresa un total de 7.200 procedimientos diagnósticos correspondientes al grupo 1 del bloque 9 (ecografía general).

Igualmente con fecha 12 de diciembre de 2012, el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) adjudicó a la misma empresa, dentro del Programa de detección precoz del cáncer de mama (DEPRECAM 2012), la

realización de 2.532 pruebas de mamografía de cribado – bloque 7 – y 200 pruebas complementarias – bloque 8 –.

4.- Con fecha 11 de octubre de 2013, el director gerente del HUGM emitió informe en relación a diversas incidencias en el cumplimiento del contrato. En el mismo comunicaba lo manifestado en el informe del Servicio de Admisión, de 26 de agosto de 2013, en el que se hicieron constar determinadas irregularidades.

Igualmente con fecha 22 de mayo de 2013, la coordinadora del programa DEPRECAM, emitió informe en relación con incidencias detectadas en el cumplimiento de las obligaciones del adjudicatario, y manifestaba:

“(...) se han recibido varias reclamaciones de usuarias en relación con el incidente ya notificado de la semana del 8 al 12 de abril (anulación de 861 mamografías que la empresa no realizó con la suficiente antelación, a pesar de haber sido instada a ello por el órgano correspondiente del Servicio Madrileño de Salud), expresando trato inadecuado y/o poco deferente por parte del personal de atención al público del centro. Así mismo se está objetivando en el cierre de la facturación, demoras de hasta 3 meses en el registro de la actividad realizada dentro del programa y/o en el proceso de emisión de los informes procedentes”.

5.- Mediante Orden de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria, de 24 de octubre de 2013, se ordenó el inicio del expediente de resolución del contrato y se adoptó la medida cautelar de suspender todos los contratos en vigor derivados del Acuerdo Marco.

6.- Con fecha 5 de noviembre de 2013, se concedió trámite de audiencia a la empresa, cuya notificación se efectuó el 12 de noviembre. En dicha notificación se comunican al adjudicatario los incumplimientos

por los que se ha iniciado el procedimiento de resolución del contrato y que, derivados de los informes de los servicios responsables del HGUGM y del programa DEPRECAM precitados, son:

“Por lo que respecta al contrato formalizado con el Hospital G. U. Gregorio Marañón, el informe señala lo siguiente:

- En junio de 2013, el Hospital tuvo conocimiento de que a pacientes previamente derivados para la realización de ecografías, no se les estaba realizando las mismas.*
- Sin previa información al Hospital, la empresa "reprogramó a pacientes cambiando la fecha de citación original", en tanto que a otros pacientes "se les había anulado las fechas de cita original sin proporcionar al paciente nueva fecha de cita".*
- Como consecuencia de las incidencias descritas, determinados pacientes perdieron su cita de revisión en consulta con el médico peticionario, en tanto que otros pacientes "nunca volvieron a ser llamados por A, siendo citados por la Admisión del Hospital en otro centro".*
- La empresa tiene adjudicada 600 ecografías/mes. Pero, para el mes de agosto, sólo se proporcionaron 422 ecografías. Durante el mes de septiembre, la agenda no se proporcionó en tiempo y forma. Todo ello ocasionó una sobrecarga en el resto de agendas de ecografía, y, consecuentemente, un incremento en los días de espera de los pacientes afectados.*
- La empresa comunica las agendas al Hospital (a pesar del requerimiento de éste) tarde y con errores, sin la precisa antelación.*

- Existen reclamaciones por parte de algunos facultativos, en relación con los hallazgos clínicos reflejados en los informe de las ecografías.
- Incumplimientos en los circuitos administrativos: errores en la identificación de pacientes, discrepancias entre el tipo de ecografía citado y el que se comunica como realizado, discrepancias entre el tipo de ecografía citado y el reflejado en el informe, discrepancias entre la fecha de realización comunicada y la reflejada en el informe.
- Ecografías que habían sido reprogramadas a lo largo de los meses de junio y julio, se comunicaron inicialmente como realizadas, y, sólo cuando fue requerido por el Hospital, comunicadas como no realizadas.

Por lo que respecta al contrato formalizado con el Servicio Madrileño de Salud - programa DEPRECAM, el informe señala lo siguiente:

- Por motivos técnicos, resultó precisa la anulación de 861 mamografías (citadas para la semana del 8 al 12 de abril), anulación que la empresa no realizó con la suficiente antelación, a pesar de haber sido instado a ello por el órgano correspondiente del Servicio Madrileño de Salud.
- Algunas de las anulaciones no fueron comunicadas a las pacientes.
- Algunas destinatarias de las pruebas han formulado reclamación expresando "trato inadecuado y/o poco deferente por parte del personal de atención al público" de la empresa.

- Se han objetivado demoras de hasta 3 meses en el registro de la actividad realizada dentro del programa y/o en el proceso de emisión de los informes procedentes”.

7.- En uso de dicho trámite, con fecha 22 de noviembre de 2013, la empresa presentó escrito de alegaciones en el que niega alguna de las incidencias que se le reprochan y justifica otras. A dicho escrito acompaña: diversas comunicaciones sobre el volumen de pruebas realizadas en distintas fechas y otras referidas a estar próximos a alcanzar el número máximo de pruebas a que por contrato viene obligado.

8.- Por parte de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, con fecha 28 de noviembre de 2013 se devolvió la petición de informe que se había realizado por no haber acompañado los documentos que fundamentaban la resolución contractual. Remitido nuevamente el expediente, el precitado Servicio Jurídico emite informe favorable de 2 de enero de 2014.

9.- La viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución del contrato (no consta fechada) en la que recoge los incumplimientos que en su momento fueron notificados al adjudicatario y que han sido reproducidos. Considera que dichos incumplimientos son causa de resolución del contrato de conformidad con las cláusulas 31 y 42 del PCAP y los artículos 207 y 263 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP); estima que ha existido un incumplimiento grave y reiterado de obligaciones esenciales calificadas como tales en el contrato y resuelve:

“1.- RESCINDIR el contrato, de fecha 6 de junio de 2011 (A.M. Procedimientos Diagnósticos 2010), formalizado por la empresa A con este Órgano de Contratación.

2.- *RESCINDIR, todos los contratos derivados en ejecución, en vigor, que haya podido celebrar la empresa A, tanto con el propio SERMAS como con los Hospitales a él adscritos*”.

TERCERO.- Conviene dejar sentado en este punto que la propuesta de resolución del contrato fundamenta la resolución “*de conformidad con las previsiones contenidas en las Cláusulas 31 y 42 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares*” que rige el Acuerdo Marco y “*en relación con los artículos 206 y 262*” de la LCSP.

En este sentido la cláusula 31 del PCAP establece que:

“*Son causas de resolución del acuerdo marco las recogidas en los artículos 206, excepto sus letras e) y f), y 262 de la LCSP, así como las siguientes:*

- *El incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación.*
- *La obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración.*
- *La no formalización del contrato en plazo por causas imputables al adjudicatario. 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 17 del anexo 1”.*

Y la cláusula 42 expresa:

“*En caso de cumplimiento defectuoso de la ejecución del contrato, incumplimiento del compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales adecuados, o de las condiciones especiales de ejecución del contrato, fundamentalmente, el*

retraso en la prestación del servicio o, en su caso, el rechazo de pacientes sin motivo justificado documentalmente y de conformidad con los requisitos mínimos exigidos, la Administración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 196.1 de la LCSP, podrá imponer como penalidad un descuento, de la facturación mensual correspondiente, equivalente al triple del importe de la asistencia prestada a los pacientes afectados.

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

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, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC); a su tenor, el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid relativos, entre otros aspectos concernientes a la contratación del sector público, a la resolución de los contratos administrativos.

Asimismo, el artículo 195.3 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.

En el caso que nos ocupa, la empresa resultó adjudicataria de diversos bloques del Acuerdo Marco mediante Resolución de 16 de mayo de 2011, por lo que resultan aplicables las normas sobre resolución de los contratos establecidas en la LCSP vigente en esa fecha.

Además, 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 el procedimiento de 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 del 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 del RGCAP, regula el procedimiento de resolución y exige audiencia del contratista y del avalista o asegurador (al igual que respecto de este último establece el artículo 97.2 del TRLCSP), 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.

A este respecto consta ya reseñado en los antecedentes del presente dictamen que se otorgó trámite de audiencia al contratista. En cuanto al avalista, si bien el Acuerdo Marco no conlleva la prestación de garantía definitiva, dicha garantía debe prestarse sobre las distintas adjudicaciones que en virtud de dicho Acuerdo Marco se realicen (tal y como consta en la cláusula sexta del contrato de adjudicación de 6 de junio de 2011); de la documentación aportada al expediente no consta la existencia de avalista.

Por otra parte, consta 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, éste es de tres meses por la remisión que la Disposición Final Tercera del TRLCSP realiza a la regulación de los procedimientos contenida en la LRJ-PAC, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio (artículos 42.3 y 44.2).

El actual procedimiento de resolución se inició mediante Acuerdo del órgano de contratación a tal efecto, de fecha 24 de octubre de 2013, sin que se haya hecho uso por parte de éste de las posibilidades de suspensión previstas en el artículo 42. 5 c) de la LRJ-PAC, por lo que en la fecha de emisión del presente dictamen el procedimiento se encuentra caducado.

Sin perjuicio de ello, dado que la declaración de caducidad y archivo del expediente no da lugar por sí sola, como se infiere del artículo 92.3 de la LRJ-PAC a la prescripción de acciones, la Administración puede tramitar un nuevo procedimiento de resolución, actuación aconsejable dado el posible desfavorable efecto que para el interés general supone el mantenimiento de un contrato que incide negativamente en la salud pública. Este interés general es el fundamento de la potestad de resolución que corresponde a la Administración y que por constituir una facultad exorbitante, solo resulta admisible en casos de incumplimiento grave debidamente acreditado. Dentro de la función ilustrativa que corresponde a este Consejo, y aun cuando el procedimiento presentado a consulta está caducado, se ha de precisar que si bien las causas de incumplimiento alegadas ostentan la suficiente gravedad para fundamentar la resolución

del contrato, se observa en el procedimiento instruido una deficiente acreditación de las mismas, pues se hallan enunciadas sin respaldo documental y en términos tan genéricos (reclamación de facultativos por hallazgos clínicos en las ecografías, errores entre el tipo de ecografía citado y el realizado, etc.), que limitan las posibilidades de defensa de la contratista. No se puede olvidar que la resolución del contrato es el efecto más pernicioso para la contratista, por lo que las causas de resolución no solo han de ostentar gravedad, sino que han de estar debidamente acreditadas. En el mismo sentido se ha de probar que se cumplen todos los requisitos exigibles para que proceda la resolución instada, de tal forma que si, como acontece en el presente caso, los PCAP (cláusula 42), exigen la previa advertencia a la contratista del incumplimiento grave o la reincidencia, esta exigencia ha de hallarse asimismo justificada.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento para la resolución del contrato celebrado con la empresa A, derivado del “*Acuerdo Marco para la Contratación de Procedimientos Diagnósticos en el ámbito de la Comunidad de Madrid, de referencia A.M. procedimientos diagnósticos 2010*”, está caducado, conforme a lo expuesto en la consideración jurídica segunda. Sin embargo, la caducidad no impediría la iniciación de un nuevo procedimiento de resolución contractual, caso de existir causa legal para ello, expediente en el que no debería omitirse el trámite de audiencia a todos los interesados inmediatamente antes de la propuesta de resolución.

En caso de acordar la incoación de un nuevo expediente es preceptiva su remisión a este órgano consultivo para la emisión del dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 29 de enero de 2014

