

Dictamen n.º: **158/24**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **21.03.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 21 de marzo de 2024, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre resolución del contrato de suministro suscrito por el Servicio Madrileño de Salud, para la adquisición de sistema de telemetría con monitor obstétrico para el Hospital Universitario Infanta Leonor, y que fue adjudicado a la empresa HANS E RÜTH S.A., (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 11 de marzo de 2024 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen formulada por la consejera de Sanidad, relativa al expediente sobre la resolución del contrato de referido en el encabezamiento.

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

Por Resolución de la directora gerente del Hospital Universitario Infanta Leonor de fecha 28 de julio de 2023, se aprobó el inicio de

expediente para la contratación del suministro de sistema de telemetría con monitor obstétrico, para su adjudicación por procedimiento abierto simplificado con pluralidad de criterios.

En concreto, se describe en los pliegos de cláusulas administrativas como objeto del contrato la adquisición de 3 sistemas de telemetría y 3 monitores obstétricos, su instalación completa y su puesta en marcha para el Servicio de Obstetricia del Hospital Universitario Infanta Leonor, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

Con fecha 18 de octubre de 2023, el órgano de contratación acordó adjudicar el contrato a la contratista referenciada en el encabezamiento por un precio final ofertado de 47.433,21€, IVA incluido, formalizándose el día 23 de octubre posterior y fijándose la ejecución del contrato en el plazo de un mes a contar desde el día 26 de octubre.

El 12 de diciembre de 2023, el jefe del Servicio de Mantenimiento emite certificado negativo de conformidad, en el que se refiere: *«El día 5 de diciembre de 2023 tiene lugar la entrada en el almacén del Hospital Universitario Infanta Leonor los equipos asociados al contrato (fuera del plazo de ejecución previsto).*

Con fecha 7 de diciembre 2023 acuden dos técnicos de la empresa adjudicataria para la instalación de los mismos (fuera del plazo de ejecución previsto).

Según lo que se pedía en el PPT, cada monitor suministrado tiene que contar con 2 transductores de ultrasonido y 1 transductor para medición de ECG materno y fetal, además de los transductores que se pedían en el sistema de telemetría, dichos transductores de los monitores no están suministrados, por lo que faltaría su suministro.

Tras finalizar la instalación de los equipos, se comprueba que uno de los requisitos exigidos en el PPT (de obligado cumplimiento) “Con capacidad de conexión a la Central de Obstetricia instalada en el Hospital Universitario Infanta Leonor, tanto por puerto de serie, como vía LAN y con comunicación bidireccional entre ellos. (Sincronización horaria)” no es cumplida por los equipos suministrados, aunque se produce la conexión con la central, no hay una comunicación bidireccional entre la central instalada en el Hospital y los monitores suministrados, lo que no permite controlar la información del monitor desde la central, no pudiendo tener ni la sincronización horaria necesaria, ni la introducción de los datos del paciente en el monitor desde la central. El no tener la comunicación bidireccional también crea problemas en las alarmas, ya que cuando salta una alarma/aviso tienes que silenciarla tanto en la central como en el monitor, no permitiendo la opción necesaria de poder realizar esta función desde uno de los dos puntos independientemente

Otro aspecto que se comprueba el cual no cumple con lo presentado en la oferta de la empresa adjudicataria, es el peso del monitor, ya que este aspecto era uno de los criterios cualitativos, evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, en la cual la empresa adjudicataria obtuvo la máxima puntuación (10 puntos) al especificar que el peso de su monitor era de 5,1 kg. Una vez instalados y montados los equipos, es comprobado por el Jefe de Servicio de Mantenimiento del Hospital Universitario Infanta Leonor en una báscula verificada del Hospital, que el peso del monitor es de 5,61 kg, por lo que no debían de haber obtenido dicha puntuación, ya que el certificado de fabricante que presentaron para justificar dicho peso, no concuerda con la realidad del monitor. (se anexan fotografías del pesaje realizado)».

Con fecha 15 de diciembre de 2023, la directora gerente del Hospital Universitario Infanta Leonor acuerda iniciar procedimiento de resolución

del contrato por incumplimiento culpable del contratista, lo que es notificado al adjudicatario y a su garante.

El 28 de diciembre de 2023, el representante legal de la contratista presenta alegaciones en las que viene a reconocer la falta de suministro del cable de conexión de fungible para la presión intrauterina por falta de abastecimiento en el mercado. Por el contrario, rechaza que el monitor no tenga comunicación bidireccional y que su peso fuera superior a 5,1 kilo. El escrito termina solicitando la resolución por mutuo acuerdo al no concurrir, a su juicio, culpabilidad alguna.

A la vista de las alegaciones de la contratista se emitió nuevo informe por el Servicio de Mantenimiento exponiendo que las comprobaciones de la falta de bidireccional del monitor se hicieron con técnicos de la propia empresa adjudicataria y por personal del paritorio. Respecto al pesaje muestra fotos del mismo, refiriendo que se hizo sin accesorios y en báscula homologada.

El 25 de enero de 2024, el director de gestión del hospital formula una propuesta de acuerdo de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía.

La propuesta es informada favorablemente por el letrado-jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad con fecha 5 de febrero de 2024.

El 1 de marzo se acuerda la suspensión del plazo para resolver por el tiempo que medie hasta la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, lo que es notificado ese mismo día al contratista y su garante.

TERCERO.- La consejera de Sanidad formula preceptiva consulta, con fecha de entrada en esta Comisión el 11 de marzo de 2024, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D.

Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en su sesión de 21 de marzo de 2024.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha realizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, al tratarse de un expediente relativo a la resolución de un contrato administrativo, solicitada a través del órgano legitimado para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó al amparo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17). Ante la falta de desarrollo reglamentario en lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre

(RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 190 de la LCSP/17 dispone que *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*.

Por lo que respecta al procedimiento, el artículo 191.1 de la LCSP/17 y 109.1.a) del RGLCAP, prevén que se dé audiencia al contratista, trámite que se ha efectuado en el procedimiento que nos ocupa y en el que ha formulado alegaciones oponiéndose a la resolución en los términos propuestos por el órgano de contratación, solicitando la resolución por mutuo acuerdo.

Si bien es cierto que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, sin que puedan incorporarse con posterioridad al trámite de audiencia más informes que los previstos en el artículo 82.1 de la LPAC, como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora (así los dictámenes 278/23, de 25 de mayo, 294/19, de 11 de julio, y 155/18, de 5 de abril, entre otros) solo generan indefensión aquellos informes que introduzcan hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución. En otro caso, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión y, en consecuencia, no procedería la retroacción del procedimiento. En el expediente remitido consta un informe posterior del Servicio de Mantenimiento, que se circunscribe a la valoración de las alegaciones del contratista sin introducir cuestiones nuevas, y el del Servicio Jurídico, excepcionado por el artículo 82.1 de la LPAC, que se limita a valorar la conformidad a Derecho de la propuesta. También consta la audiencia al asegurador conforme a lo previsto en el citado precepto reglamentario.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio bajo la vigencia de la LCSP/17, su artículo 212.8. establece el plazo de ocho meses. Ese mismo plazo se viene a establecer en la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid, , que en su artículo 31, bajo la rúbrica, “Modificación de la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos”, dice: “*La Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos, queda modificada como sigue...*”

Tres. Se introduce un nuevo epígrafe en el apartado 3 del Anexo, que será el apartado 3.9. con la siguiente redacción: «3.9. Expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos. Ocho meses. Caducidad (iniciados de oficio). Desestimatorio (iniciados a instancia del contratista)»

Aplicando ese plazo al procedimiento que nos ocupa, no ofrece dudas que no se ha producido la caducidad del mismo al haberse acordado el inicio del procedimiento el 15 de diciembre de 2023, al margen de haberse acordado la suspensión del procedimiento al solicitarse el presente dictamen.

TERCERA.- La propuesta de resolución estima que procede la resolución contractual debido al incumplimiento de la obligación esencial del contrato de suministro que no es otra que la entrega del material objeto del contrato y su instalación con los requisitos previstos en el pliego de prescripciones técnicas, amparando en su fundamentación jurídica en la previsión contenida en el artículo 211.1.f) de la LCSP, que recoge la siguiente: “*f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.*”

A este respecto, cabe señalar que, efectivamente, este artículo 211.1.f) de la LCSP/17 considera, ante todo, motivo posible de ruptura de la relación contractual el incumplimiento por el contratista de «*la obligación principal del contrato*» que, en principio, cabe identificar con la prestación que constituya su objeto. Con esta previsión, que carece de antecedentes en normas anteriores, la LCSP resuelve, como manifestó el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, al anteproyecto de ley, «*la dificultad interpretativa*» que planteaba la legislación anterior en los casos en los que los pliegos declaraban “*esenciales varias de las obligaciones accesorias imputables al contratista*”, pero omitían, sin embargo, esa “*calificación en lo que atañe al objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación del servicio) por su obviedad*”.

En concreto, respecto al contrato de suministro es el artículo 300 de la ley reguladora de los contratos públicos el que establece la obligación principal del mismo, al disponer: “*El contratista estará obligado a 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*”.

Hay que recordar que, de acuerdo con el artículo 210 de la LCSP/17, el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación y que su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato.

En el contrato que nos atañe, el pliego de prescripciones técnicas exige que los equipos tengan capacidad de conexión a la Central de Obstetricia instalada en el Hospital Universitario Infanta Leonor, tanto por puerto de serie, como vía LAN y con comunicación bidireccional

entre ellos. Asimismo, se exige que el equipo ofertado se suministre con todos aquellos dispositivos o elementos de interconexión, accesorios de anclaje o fijación necesarios para su instalación, debiendo la empresa adjudicataria, una vez instalado el equipo, realizará la prueba o test de aceptación técnica correspondiente

Por otra parte, el pliego de cláusulas particulares establece como criterio evaluable de adjudicación el peso del monitor, otorgándose el máximo de puntuación si es inferior a 5,2 kilos.

El certificado negativo emitido por el servicio competente hace constar como los equipos suministrados no cumplían una de las prescripciones técnicas como es la comunicación bidireccional con la Central de Obstetricia, lo que se verificó junto con personal del servicio médico al que iba destinado el suministro y técnicos de la empresa suministradora.

Así, la falta de cumplimiento de ese requisito técnico esencial constituye un incumplimiento de la obligación principal y, por ende, causa de resolución del contrato, de conformidad con los preceptos legales antes expuestos y la cláusula 1.18 del pliego de cláusulas particulares en el que se establece que *“en los supuestos de vicios o defectos ocultos de los productos o que los bienes suministrados no cumplan las características técnicas ofertadas, el hospital podrá optar entre la resolución del contrato o el abono del 100% de la cantidad del producto defectuoso”*.

Esta cláusula también podría amparar la resolución del contrato por el exceso de pesaje del monitor respecto al ofertado. No obstante, debe recordarse que, ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista, la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, en referencia a las obligaciones sinalagmáticas, optar por exigir el cumplimiento del contrato y la imposición de penalidades o

bien proceder a su resolución, posibilidad a la que debería acudir tan sólo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (rec. 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (rec. 5639/1994).

Ciertamente, como decíamos en nuestro reciente Dictamen 22/24, de 18 de enero, esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (rec. 1892/1995)]. En ese sentido, las sentencias de 30 de marzo de 2017 (rec. 1053/2016) y 8 de marzo de 2018 (rec. 921/2015) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerdan la doctrina fijada en la del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004, que dice: *“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho, en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”*.

De acuerdo con esta doctrina, la superación del peso ofertado en el monitor, al no ser ese un elemento esencial del producto, solo debería ser causa de resolución del contrato en el supuesto de que la puntuación por esa característica hubiera sido determinante para la adjudicación del contrato, lo que no consta en el expediente.

En todo caso, la falta de cumplimiento por los equipos suministrados de los requisitos técnicos esenciales exigidos hace que concurra el incumplimiento de la adjudicataria, lo que ampara la resolución contractual, de conformidad con lo previsto en el artículo 211. 1 f) LCSP/17.

CUARTA.- En cuanto a los efectos de la resolución es de aplicación el artículo 213 LCSP/17, donde se establece que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. Además, habrán de tenerse en cuenta los efectos previstos en el artículo 307 de la LCSP/17, consistentes en la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados.

En el presente caso, se acuerda correctamente la incautación de la garantía.

A diferencia de la incautación de garantía que, como hemos visto, en la actual regulación es automática, los daños y perjuicios necesitan para su apreciación la existencia y acreditación de los mismos, es decir, precisan de un quebranto real y efectivo a la hacienda del órgano de contratación, en ningún caso constituyen ni una penalización ni una compensación por el incumplimiento. En todo caso, su determinación pueda hacerse en posterior procedimiento contradictorio.

CONCLUSIÓN

Es procedente la resolución del contrato de suministro suscrito por el Servicio Madrileño de Salud, para la adquisición de un sistema de telemetría con monitor obstétrico para el Hospital Universitario Infanta Leonor.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 21 de marzo de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 158/24

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid