



Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sra. Ares González, Consejera y
Ponente

Sr. Herrera Campo, Consejero

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 16 de enero de 2020, ha examinado el *expediente de resolución de contrato suscrito entre la Universidad de xxxx y la empresa qqqq, S.L.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 626/2019

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 20 de diciembre de 2019 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de suministro y entrega de fondo bibliográfico para el servicio de biblioteca, suscrito entre la Universidad de xxxx y qqqq, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 626/2019 y se inició el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia a la Consejera Sra. Ares González.

Primero.- El 14 de noviembre de 2018 se formaliza el contrato de suministro y entrega de fondo bibliográfico para el servicio de biblioteca de la Universidad de xxxx entre la referida institución y la empresa qqqq, S.L.



El precio del contrato asciende a 38.367,43 euros para el lote 1, "libros nacionales", y a 19.756,16 euros para el lote 2, "libros extranjeros".

Segundo.- En los meses de febrero a mayo de 2019 la empresa adjudicataria comunica a la universidad la existencia de numerosos títulos descatalogados o agotados y solicita instrucciones. El 22 de marzo remite un primer listado de libros no disponibles.

Tercero.- La universidad responde a la empresa adjudicataria indicándole la posibilidad de suministrar ediciones más recientes o ejemplares de segunda mano, siempre que el importe no sea diferente del ofertado en la licitación. Igualmente se solicita que para cada título incluido en el listado remitido se indiquen los motivos de su falta de disponibilidad.

Cuarto.- El 1 de abril se remite un listado definitivo de libros no disponibles, en el que, sin embargo, no se indican los motivos de dicha falta de disponibilidad ni se determina si existen ejemplares de segunda mano.

Quinto.- El 24 de mayo se efectúa la última entrega de libros (que sumada a las anteriores constituye el 80,14 % de los libros del lote nº 1 y el 76,8% del lote nº 2).

Sexto.- El 2 de julio de 2019 se emite resolución de la Universidad de xxxx de imposición de penalidades por demora en el plazo de entrega de los libros, que había finalizado el día 15 de marzo para el lote nº 1 y el 15 de mayo para el lote nº 2. Asimismo, se concede un plazo de 15 días naturales para el suministro de los títulos pendientes de cada uno de los lotes y se advierte de que, en caso de no proceder a su entrega, se iniciará el procedimiento de resolución del contrato, previa incautación de la garantía depositada para cada lote.

Séptimo.- El 23 de octubre de 2019 la universidad inicia el procedimiento de resolución del contrato.

Octavo.- El 25 de octubre se concede trámite de audiencia a la empresa adjudicataria.

Noveno.- El 1 de noviembre, en uso del trámite anterior, la contratista se opone a la resolución contractual por incumplimiento culpable y solicita la resolución contractual por mutuo acuerdo.



Décimo.- El 19 de diciembre de 2019 se formula propuesta de resolución, en la que se acuerda hacer efectivo el importe de las penalidades impuestas, de 613,80 euros, así como una indemnización por daños y perjuicios de 3.455 euros, cantidades ambas que se deducirán de los abonos pendientes por los libros efectivamente suministrados.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.e), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable al presente contrato viene determinada fundamentalmente, además de por el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

La aplicación del TRLCSP deriva de lo previsto en la disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), según la cual, "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 sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos".



Por su parte, el procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio, cuestión que aparece confirmada por lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la LPAC "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior", norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, de acuerdo con la disposición final cuarta de la LCSP.

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia de la nueva LCSP, por lo que cabe acudir a su artículo 191, relativo al "Procedimiento de ejercicio", que establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. Estos trámites se cumplen en el procedimiento.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación de acuerdo con los artículos 190 y 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP.

Finalmente, el artículo 212.8 de la LCSP determina que el plazo máximo de resolución es de ocho meses, produciéndose en otro caso su caducidad, que en este supuesto no se aprecia.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato de suministro y entrega de fondo bibliográfico para el servicio de biblioteca de la Universidad de xxxx.

La propuesta de resolución considera que existe un incumplimiento culpable del contratista, consistente en no efectuar el suministro de gran parte de los libros ofertados, y entiende que concurre la causa de resolución prevista en el artículo 223 letra f) del TRLCSP, es decir, el "incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato".

Concretamente, se indica en la precitada propuesta que el adjudicatario estaba obligado a suministrar la totalidad de los títulos contemplados en cada lote del contrato por haber ofertado todos ellos (a diferencia de otros licitadores) y que dicha circunstancia "fue un criterio para la adjudicación". Asimismo se refuta la aseveración del adjudicatario relativa a que los libros no entregados están descatalogados o agotados. De un lado, porque el adjudicatario remitió dos



listados con los títulos aparentemente no disponibles, cuyo número era inferior a los no suministrados finalmente, y de otro lado, porque se afirma que según la directora del Servicio de Bibliotecas, muchos de esos títulos realmente sí estaban disponibles para su venta en el mercado, como pudo comprobar personalmente tras efectuar un muestreo *on line*.

El adjudicatario solicita, sin embargo, la resolución contractual por mutuo acuerdo, pues considera que ha actuado con la diligencia debida al comunicar al órgano contratante la existencia de dificultades para encontrar numerosos títulos por encontrarse agotados o descatalogados y al solicitar instrucciones al respecto y ofrecerse a sustituir unos títulos por otros. Igualmente señala que ya se han impuesto penalidades por la falta de entrega en plazo.

Para la solución de la cuestión planteada es preciso determinar si concurre la causa de resolución señalada y, de ser así, si se debe a un incumplimiento culpable del contratista o a causas ajenas a su voluntad.

La cláusula VIII del PCAP señala que:

“Serán causas de resolución del contrato, además de las establecidas con carácter general en el art. 223 y, con carácter particular las señaladas en el artículo 229 del TRLCSP, las siguientes:

»El incumplimiento de las obligaciones contractuales de carácter esencial definidas en el presente pliego.

»El incumplimiento de las obligaciones descritas en la cláusula VII c) relativa a la subcontratación.

»Así como cualquiera de las expresamente establecidas en este pliego.

»Los efectos de la resolución se determinarán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 225 y 300 del TRLCSP y 109 a 113 del RGLCAP.

»En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”.



El apartado K del cuadro anexo al PCAP establece que todas las prescripciones técnicas y administrativas se consideran condiciones esenciales del contrato.

El artículo 223 del TRLCSP, en sus letras f) y h), establece como causas de resolución "El incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato", y "Las establecidas expresamente en el contrato". El apartado d) del mismo precepto considera como causa resolutoria "La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)".

Acerca de las dos primeras ha de considerarse, como dijera el Dictamen 533/2012, de 22 de noviembre, de este Consejo, con cita del Informe 12/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que "la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales, calificadas como 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". (En el mismo sentido, Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid nº 631/2011, de 16 de noviembre)".

En el caso que nos ocupa, además de la declaración de esencialidad de todas las prescripciones técnicas y administrativas, es evidente que la falta de suministro de un elevado porcentaje de los títulos cuya entrega es en definitiva el objeto mismo del contrato tiene la suficiente entidad como para ser considerado un incumplimiento de una obligación esencial, de hecho, de la principal obligación del adjudicatario.

Sentado lo anterior, cabe dilucidar en segundo término, si este porcentaje de libros no entregados, sobre el que las partes están de acuerdo, obedece a causas ajenas a la voluntad del contratista o bien a un incumplimiento culpable del mismo.

Los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas de ambos lotes son la oferta económica y la reducción del tiempo de respuesta a reclamaciones e incidencias, mientras que el que depende de un juicio de valor es la capacidad para ofrecer un servicio óptimo (compromiso de atención personalizada y sistema vía web para seguimiento).



El pliego de prescripciones técnicas establece que “es obligatorio licitar a cada uno de los títulos que aparece en cada lote, no obstante, si se diera la circunstancia de que algún título no sea ofertado por ninguna empresa, se eliminará de la lista” y establece como preceptivo que la oferta económica se ajuste al modelo del “anexo propuesta económica con precios individuales”.

Con base en lo indicado hasta el momento, a juicio de este Consejo no es correcto entender que la oferta de un mayor o menor número de títulos de los incluidos en los lotes sea un criterio de adjudicación, pero es evidente que se da la posibilidad de no ofertar algún título, de modo que si ninguna empresa lo ofrece, quedará eliminado de la lista. Esta previsión pone de relieve que antes de presentar la oferta económica los licitadores han de examinar los títulos requeridos y sus propias posibilidades de entrega, de modo que los incluidos en su oferta serán los que están en condición de suministrar.

Sin embargo, la empresa adjudicataria, que, como se ha dicho, ofertó todos los títulos durante la licitación, comunica posteriormente a la universidad la existencia de numerosos títulos descatalogados o agotados y solicita instrucciones, pero hace caso omiso de las mismas, que pasaban por suministrar ediciones más recientes o ejemplares de segunda mano e indicar los motivos de la falta de disponibilidad de cada uno de ellos.

Finalmente, la propuesta de resolución alude a un informe emitido por la directora del Servicio de Bibliotecas el 15 de diciembre de 2019, en el que se concluye que no todos los títulos no entregados están descatalogados, puesto que realizado un muestreo sobre los 20 primeros y se ha comprobado la disponibilidad de todos ellos, de modo que la causa alegada por el adjudicatario como motivadora de la imposibilidad de cumplimiento del contrato en los términos pactados decae y puede apreciarse así un incumplimiento culpable por su parte.

4ª.- El incumplimiento culpable del contratista provoca, como efectos de la resolución, la incautación de la garantía constituida, en los términos previstos en el artículo 100.c) del TRLCSP, y la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido ocasionarse a la Administración contratante por la actuación del contratista, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 225.3 del TRLCSP.

El mencionado artículo 225.3 TRLCSP ha de ponerse en relación con el 113 del RGLCAP, que dispone que “En los casos de resolución por incumplimiento



culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

Para su fijación, si procede, debe considerarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declaró que debe “(...) tenerse presente en esta materia de indemnización de daños y perjuicios la constante jurisprudencia que exige al que pretende hacer efectivo tal derecho que acredite la existencia real y efectiva de los daños, pues sólo podrán ser tomados en consideración aquellos perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros”.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver el contrato de suministro y entrega de fondo bibliográfico para el servicio de biblioteca, suscrito entre la Universidad de xxxx y qqqq, S.L.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.