



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero y
Ponente

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 7 de abril de 2005, ha examinado el *expediente de resolución parcial del contrato marco para la realización de procedimientos quirúrgicos y de hemodinámica cardíaca en el ámbito de gestión de la comunidad de Castilla y León*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 17 de marzo de 2005 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre *expediente para la resolución parcial del contrato marco para la realización de procedimientos quirúrgicos y de hemodinámica cardíaca en el ámbito de gestión de la Comunidad de Castilla y León, suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la empresa xxxx en fecha 1 de octubre de 2004*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 22 de marzo de 2005 se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 290/2005, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo aprobado por Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Estella Hoyos.

Primero.- Con fecha 1 de octubre de 2004 se suscribe contrato marco entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la empresa xxxx, para la realización de procedimientos quirúrgicos y de hemodinámica cardíaca en el



ámbito de gestión de la Comunidad de Castilla y León. Concretamente le fueron adjudicados los lotes 1, 2 y 6 del CMQ 1/2004, relativos, respectivamente, a procedimientos quirúrgicos generales, procedimientos quirúrgicos de traumatología y procedimientos de cirugía oral menor.

El Pliego de Prescripciones Técnicas que forma parte del citado contrato establece dentro de los requisitos técnicos mínimos de las instalaciones destinadas a la prestación del servicio de los lotes 1 y 2 la existencia de unidad de hospitalización propia o concertada.

Requisito que aparece certificado por la empresa, al señalar que dicha unidad de hospitalización la tenía concertada con la empresa yyyy.

Segundo.- Consta en el expediente, informe emitido por la Inspección Médica, con fecha 25 de noviembre de 2004, después de la visita girada al centro privado xxxx, al haber resultado adjudicatario del concurso de otorgamiento de contratos marco de referencia CMQ 1/2004, de la Gerencia Regional de Salud, respecto a procedimientos quirúrgicos generales, de traumatología y de cirugía oral menor.

En el citado informe la inspección analiza cuatro bloques:

- Bloque A: Estructura, equipamiento y cartera de servicios del centro. Requisitos mínimos.
- Bloque B: Personal.
- Bloque C: Organización en la prestación del servicio.
- Bloque D: Informe clínico de resultados.
- Bloque E: Realización del procedimiento.

Dentro del primer bloque se señala que "el centro no tiene una unidad de hospitalización propiamente dicha, sino que al estar concebido como una unidad de cirugía sin ingreso (UCSI) únicamente posee dos salas llamadas de readaptación de pacientes, una más grande y otra más pequeña (...).

»En cada una de las salas caben, en caso de ser necesario, dos camas de hospitalización (en total cuatro camas).



»El bloque quirúrgico ocupa toda la parte derecha de la primera planta. En él se encuentran las siguientes dependencias:

»- Sala de despertar o unidad de reanimación post-quirúrgica, que dispone de cuatro puestos con cuatro camas monitorizadas (...). Además de su función post-quirúrgica esta sala sirve también para la inducción pre-anestésica en caso de anestesia general.

»- Dos quirófanos”.

Tercero.- Con fecha 29 de diciembre de 2004, el Jefe de Servicio de Concertación emite informe, en cuyas conclusiones hace constar que “La empresa xxxxxx como adjudicataria del lote 1 ‘Procedimientos Quirúrgicos Generales’ precisaría entre otros requisitos disponer de una unidad de hospitalización propia de la entidad ofertante o en centro concertado por la misma, con un mínimo de 6 camas; y como adjudicataria del lote 2 ‘Procedimientos Quirúrgicos de Traumatología’ una unidad de hospitalización propia de la entidad ofertante o en un centro concertado por la misma con un mínimo de 8 camas.

»La Empresa en su oferta técnica refiere para los lotes 1, 2 y 6 una unidad de hospitalización concertada en el Hospital yyyy.

»Según escrito de fecha 16 de septiembre de 2004 de la Fundación Hospital yyyy, este Hospital no tiene firmado ningún acuerdo de colaboración como hospital de referencia, no existiendo relación contractual con la empresa xxxx.

»En el informe de inspección de fecha 30 de noviembre de 2004, no queda acreditada la existencia de camas de hospitalización necesarias: 6 camas para procedimientos quirúrgicos generales y 8 camas para procedimientos quirúrgicos de traumatología en el propio centro, existiendo dudas respecto a la diferenciación de la sala de despertar/sala de preanestesia.

»Por todo lo anterior, la Empresa xxxx, no cumple los requisitos mínimos para poder ser adjudicatario de los lotes 1 y 2, proponiendo la modificación de la Resolución de Adjudicación del contrato marco CMQ 1/2004, en el sentido de excluir a esta empresa como adjudicataria de los lotes 1 y 2”.



Cuarto.- El Director General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud propone, con fecha 30 de diciembre de 2004, excluir del contrato marco de referencia CMQ 1/2004 para la realización de procedimientos quirúrgicos y de hemodinámica cardiaca en el ámbito de gestión de la Comunidad de Castilla y León a la empresa xxxx para los lotes 1 y 2.

Quinto.- El Director Médico de la Fundación Hospital yyyy informa, con fecha 4 de enero de 2005, que no existe ningún concierto o contrato con xxxx, ni verbal ni escrito. Además solicitan la exclusión de xxxx como centro concertado para la atención de pacientes derivados de lista de espera quirúrgica.

Sexto.- Mediante escrito del Jefe de Servicio de Contratación de la Gerencia Regional de Salud, de fecha 4 de febrero de 2005, se concede un plazo de 10 días a la empresa xxxx, para formular alegaciones sobre la propuesta de rescisión realizada por la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud, por incumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, de acuerdo con lo indicado en la cláusula 6.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La empresa xxxx presenta, en fecha 21 de febrero de 2005, escrito de alegaciones en el que señala:

- Que es cierto que no existe concierto formalizado, sino un acuerdo verbal para la unidad de hospitalización entre xxxx y el Hospital de yyyy. Acuerdo verbal que ha roto unilateralmente el Hospital de yyyy, sin comunicar nada a mi representada, y denunciando la existencia del concierto para conseguir la iniciación de un procedimiento de resolución.

- No ha incumplido los requisitos mínimos establecidos en el Pliego, sino que se ha encontrado con una situación sobrevenida provocada por el incumplimiento por parte del Hospital de yyyy del acuerdo verbal respecto de la unidad de hospitalización. Por tanto, no se ha incumplido con las obligaciones contractuales sino que, por lo expuesto, se ha perdido el requisito al que se ha hecho referencia y que está establecido en el Pliego.

- Frente a la resolución, y para hacer frente a las obligaciones contractuales, mi representada propone que, cuando sea necesaria la hospitalización de algún paciente, ésta se produzca con la unidad de



hospitalización de SACYL, comprometiéndose xxxx, a sufragar los gastos que ocasione la estancia del paciente en la unidad de hospitalización. Xxxx también estaría dispuesta a aceptar cualquier otra solución alternativa que se proponga por la Administración y mediante la cual xxxx lleve a cabo el cumplimiento de sus obligaciones.

Séptimo.- El Director General de Administración e Infraestructuras formula, con fecha 3 de marzo de 2005, propuesta de resolución parcial del contrato marco de gestión de servicios públicos CMQ 1/2004, para la realización de procedimientos quirúrgicos y de hemodinámica cardiaca en el ámbito de gestión de la Comunidad de Castilla y León, suscrito con la empresa xxxx, el 1 de octubre de 2004, respecto de los lotes 1 y 2.

Octavo.- La Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, con fecha 4 de marzo de 2005, informa favorablemente la propuesta de resolución citada.

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.h), 4º 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 punto 4º, regla A), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- Ante todo cabe señalar que la competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, esto es, al Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, conforme dispone el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Así como, que se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para la resolución del contrato puesto que se ha dado audiencia al contratista,



conforme al artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas citada, entrando a analizar en el fondo del asunto si se han seguido o no los trámites legalmente previstos para la resolución del contrato y si se da la causa invocada para proceder a dicha resolución.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre expediente iniciado por la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León -parte contratante- para la resolución parcial del contrato marco de gestión de servicios públicos CMQ 1/2004, para la realización de procedimientos quirúrgicos y de hemodinámica cardiaca en el ámbito de gestión de la Comunidad de Castilla y León, suscrito con la empresa xxxx, el 1 de octubre de 2004, respecto de los lotes 1 y 2.

4ª.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima este Consejo Consultivo, que debe realizarse un análisis de las alegaciones vertidas por el contratista en su escrito de oposición, así como de la causa de incumplimiento alegada por la Administración contratante.

En primer lugar hemos de partir de lo dispuesto, respecto a la resolución del presente contrato, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el cual hemos de recordar que sus cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos, tal y como dispone el artículo 49.5 del TRLCAP.

Así, en su cláusula 6.4 se dispone que "el contrato podrá extinguirse por cualquiera de las causas generales de resolución enunciadas en el artículo 111 del TRLCAP, o por las causas específicas establecidas en el artículo 167 del citado texto, así como por el incumplimiento o pérdida de alguno de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de las Prescripciones Técnicas o de las mejoras ofertadas al mismo, durante el periodo de vigencia del Contrato Marco.

»También podrá ser causa de resolución la incursión del contratista durante la vigencia del contrato en alguna de las prohibiciones de contratar contempladas en el artículo 20 del citado texto normativo.

»Si con motivo de la actividad inspectora fueran detectadas graves irregularidades que pudieran comprometer la eficacia de la actividad objeto del contrato, el órgano de contratación podrá proceder a la resolución del contrato, sin detrimento de las demás actuaciones que pudiera adoptar la Gerencia Regional de Salud.



»La resolución del contrato llevará aparejada en el mismo acto la resolución de los contratos por procedimiento negociado que se puedan haber derivado del mismo.

»Los efectos de la resolución se determinarán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 113 y 169 del TRLCAP”.

Ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo expresiva de que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma que invoca a su favor, a parte la presunción de legalidad de los actos que realizan las Administraciones Públicas dentro de sus competencias; así lo proclaman las Sentencias de 10 de febrero de 2001, 27 de abril de 2000 y 27 de mayo y 6 de marzo de 1999.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999 ha declarado que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”. Más aún, dice la Sentencia de 26 de marzo de 1987, también del Tribunal Supremo, que existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales “sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”, pues, como añade esta misma Sentencia, “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista”.

Asimismo, el Tribunal Supremo respecto al incumplimiento como causa de extinción del contrato de gestión de servicios públicos, ha declarado en su Sentencia de 25 de septiembre de 1987 que “no es necesario que el incumplimiento origine grave perturbación del servicio, sino que es suficiente con que se produzca un incumplimiento sustancial del contrato en términos análogos a los establecidos en la contratación civil”.

El Consejo de Estado al tratar el poder resolutorio de la Administración ha mantenido, en su Dictamen nº 41.941, de 1 de marzo de 1979, que “La facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que



cualquier incumplimiento, aún mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura". Manteniendo además, en su Dictamen núm. 42.000, de 22 de febrero de 1979, que "es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas".

Por consiguiente, habrá de ponderarse, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución, o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades, no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control.

5ª.- En el presente caso el contrato fue firmado por la Administración contratante y el contratista en fecha 1 de octubre de 2004, y su régimen jurídico viene constituido además de por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1098/2001, de 12 de octubre y su Reglamento de desarrollo, por lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Condiciones Técnicas.

Concretamente en la cláusula 12ª del contrato referido se señala que "la empresa acepta de forma expresa su sumisión a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas reseñada en el párrafo anterior, así como al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Condiciones Técnicas".

La causa de resolución invocada por la Administración contratante es el incumplimiento de uno de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, concretamente la inexistencia por parte del contratista de una unidad de hospitalización propia de la entidad ofertante o en un centro concertado para los lotes 1 (procedimientos quirúrgicos generales) y lote 2 (procedimientos quirúrgicos de traumatología), de los que resultó adjudicatario en el concurso el contratista.

Dicho requisito mínimo -de existencia de unidad de hospitalización propia o concertada- aparece exigido en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato marco de referencia, que contempla respecto del lote 1, en el bloque A referido a "Estructura, equipamiento y cartera de servicios del



centro" como requisito mínimo (número 3) la existencia de una "unidad de hospitalización propia de la entidad ofertante o en un centro concertado por la misma, con un mínimo de 4 camas en el caso de que se presente oferta a un único grupo de procedimientos y de 6 camas, en el caso de que se presente a más de uno. En ningún caso se podrá ofertar hospitalización en centros propios o concertados con el SACYL". Del mismo modo respecto al lote 2, se exigía una unidad de hospitalización propia de la entidad ofertante o en centro concertado por la misma, con un mínimo de 4 camas en el caso de que se presente oferta a un único grupo de procedimientos y de 8 camas, en el caso de que se presente a más de uno.

Lo primero que hemos de plantearnos es si concurre o no la causa de resolución alegada por la Administración contratante. A lo cual, a la luz del expediente remitido, hemos de responder sin duda afirmativamente.

Concretamente dicho incumplimiento se desprende de los siguientes datos:

1º.- Del contenido del informe realizado por la Inspección Médica, de fecha 25 de noviembre de 2004, en el que se hace constar que "el centro no tiene una unidad de hospitalización propiamente dicha, sino que al estar concebido como una unidad de cirugía sin ingreso (UCSI) únicamente posee dos salas llamadas de readaptación de pacientes, una más grande y otra más pequeña (...).

»En cada una de las salas caben, en caso de ser necesario, dos camas de hospitalización (en total cuatro camas)".

2º.- Del informe emitido por la Fundación yyyy, con fecha 4 de enero de 2005, en el que señala que no existe ningún concierto o contrato con xxxx, ni verbal ni escrito.

3º.- De las propias alegaciones de la empresa contratista, que declara que no tiene unidad de hospitalización en centros propios o concertados.

Dado trámite de audiencia al contratista, el mismo presenta escrito de oposición a la resolución.



Frente a dichas alegaciones hemos de señalar que la propia empresa admite que no tiene unidad de hospitalización ni propia ni concertada.

Así como, que no ha quedado acreditado en modo alguno, salvo con las declaraciones de la contratista, que existiera dicho acuerdo verbal de concierto con la Fundación yyyy en cuanto a las unidades de hospitalización exigidas en el Pliego. Además, aún partiendo de que existiera dicho acuerdo verbal, lo cierto es que el mismo habría quedado roto, lo cual determinaría la pérdida de uno de los requisitos mínimos exigidos en el contrato, que llevaría aparejada igualmente la resolución del mismo, conforme previene la cláusula 6.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Respecto a la propuesta de que, cuando sea necesaria la hospitalización de algún paciente, ésta se produzca con la unidad de hospitalización de SACYL, comprometiéndose xxxx, a sufragar los gastos que ocasione la estancia del paciente en la unidad de hospitalización, ello no es posible, al aparecer expresamente prohibido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en el que se señala que "En ningún caso se podrá ofertar hospitalización en centros propios o concertados con el SACYL".

Por último, hemos de señalar que en atención a las circunstancias del caso, el incumplimiento de uno de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas -la inexistencia de unidad de hospitalización- es de tanta trascendencia que justifica la resolución, puesto que podría llevar aparejada graves consecuencias, ante complicaciones que pudieran surgir durante la realización de cualquiera de los procedimientos quirúrgicos contenidos tanto en el lote 1 como en el lote 2 de los que fue adjudicataria la empresa xxxx.

6ª.- Por todo lo expuesto, consideramos que sí concurre incumplimiento de unos de los requisitos mínimos exigido en las Prescripciones Técnicas -existencia de unidad de hospitalización-, que determina la resolución parcial del contrato debiendo analizar a continuación cuales deben ser en el presente caso los efectos de la resolución del contrato marco para la realización de procedimientos quirúrgicos y de hemodinámica cardiaca en el ámbito de gestión de la Comunidad de Castilla y León, suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la empresa xxxx en fecha 1 de octubre de 2004, respecto de los lotes 1 y 2 de los que resultó adjudicatario, pero no del lote 6.



En cuanto a la resolución parcial propuesta, no hay inconveniente alguno puesto que la presente licitación aparecía debidamente dividida en lotes, tal y como expresamente se establece en el artículo 68.3 del TRLCAP. En el que se señala que “cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento, justificándolo debidamente en el expediente, podrá preverse en el mismo la realización independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto”.

Hemos de analizar a continuación cuales deben ser en el presente caso los efectos de la resolución.

Al respecto, el artículo 113.4 y 5 señala 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.

»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 constituida”.

En cuanto a la existencia de daños y perjuicios, el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 ha declarado que “...debiendo 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 aquéllos 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”. Y en su Sentencia de 6 de julio de 1968 ha mantenido que para que la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato pueda ser estimada será necesario que quien la exige haya cumplido fielmente sus obligaciones y hubiere demostrado que la parte contraria incurrió en dolo, negligencia o morosidad.

En el presente caso no se exigía ni garantía provisional ni garantía definitiva, tal y como se desprende del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, razón por la que no procede pronunciamiento alguno acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía. Quizás porque nos encontramos ante un contrato marco, en el que existe un acuerdo



entre un poder adjudicador y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.

Por último, respecto a la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios, hemos de señalar que la Administración contratante no acredita la existencia real y efectiva de daño alguno.

III CONCLUSIONES

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

Que procede resolver parcialmente el contrato marco para la realización de procedimientos quirúrgicos y de hemodinámica cardiaca en el ámbito de gestión de la Comunidad de Castilla y León, suscrito entre la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y la empresa xxxx en fecha 1 de octubre de 2004, en concreto respecto a los lotes 1 y 2 adjudicados.

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