



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 9 de julio de 2009, ha examinado el *expediente de resolución del contrato de suministro suscrito entre la Consejería de Sanidad y xxxxx, S.L.*, 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 9 de junio de 2009 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de resolución del contrato suscrito con "xxxxxx, S.L." (antes xxxx1, S.L.) de determinación de tipo de jeringas y agujas con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, respecto de los lotes 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 25.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 17 de junio de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 610/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- Por Resolución de la Directora Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 26 de octubre de 2006, se adjudica el contrato de determinación del tipo de jeringas y agujas con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, resultando la



entidad mercantil xxxx1, S.L., adjudicataria de los lotes 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 25, 31, 32, 33, 35, 37 y 38.

Segundo.- El 28 de noviembre de 2006, se formaliza con la empresa xxxx1, S.L., el mencionado contrato de determinación de tipo de jeringas y agujas con destino a los centros dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

Tercero.- Previa comunicación del cambio de denominación social, por Resolución de la Directora Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 16 de enero de 2008 se acuerda la continuación de los contratos suscritos con la empresa ahora denominada xxxxx, S.L.

Cuarto.- Obra en el expediente un escrito de la entidad adjudicataria de 19 de enero de 2009, por el que se solicita la resolución del contrato respecto de los lotes 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 25, así como la Resolución del contrato suscrito dentro del procedimiento negociado sin publicidad PNSP SUM 06/2007, derivado del concurso para determinación de tipo (C.D.T.) 124/2006, para el suministro de jeringas y agujas con la empresa xxxxx, S.L..

Quinto.- El 7 de abril de 2009, la Directora Gerente de la Gerencia Regional de Salud acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato respecto de la empresa xxxxx, S.L., adjudicataria del concurso de adopción de tipo de jeringas y agujas con destino a centros dependientes de la Gerencia Regional de Salud, en relación con los lotes 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 25.

Esta Resolución de inicio del procedimiento es notificada a xxxxx, S.L. el 21 de abril y a la entidad avalista qqqq, el 22 de abril.

Sexto.- La empresa adjudicataria presenta escrito de alegaciones en los siguientes términos:

“Según parece desprender de la notificación (...), la causa de resolución del citado contrato en la que se fundamenta esta Administración es la prevista en la letra g) del artículo 111 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...), cuyo contenido es el siguiente:



el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, y letra h) de ese mismo precepto, es decir aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

»Respecto a esta última causa, la cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación dispone que el órgano de contratación también podrá proceder a la resolución del contrato de adopción de tipo en los siguientes casos: 1- Cuando se hubiera sido resuelto alguno de los contratos derivados de los procedimientos negociados por alguna de las causas enunciadas en los apartados d), e), g) del artículo 111 de la L. C.A.P. o por alguna de las específicas que pudieran estipularse en el apartado 19 del Cuadro de Características.

»Tal como se señala en la notificación mencionada en el precedente Antecedente IV, por Resolución del Gerente de Atención Especializada del Hospital hhhhh se acordó resolver el contrato suscrito entre esa Gerencia y xxxxx, S.L. derivado del Expediente PNSP SUM 06/2007 y que tiene su causa en el Expediente C.D.T. 124/2006.

»En esa Resolución, que deriva también de la imposibilidad mencionada en el Antecedente III del presente escrito, el Gerente de Atención Especializada del Hospital 'hhhhh', (que actúa por delegación del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud en virtud de la Resolución de éste de 27 de enero de 2009 (BOCYL número 28, de 11 de febrero de 2009) y, por tanto, se considera que aquella Resolución contractual es dictada por el órgano delegante, es decir, por el propio Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud a tenor del artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no dispone en ningún caso que la resolución contractual sea por culpa de mi representada, ni que se proceda a ningún tipo de incautación.

»Los efectos de la resolución de un contrato por incumplimiento del contratista son diferentes dependiendo de si éste es o no culpable de la causa por la que se resuelve el contrato. Efectivamente, y tal como se señala igualmente en la notificación mencionada en el Antecedente IV del presente escrito, el apartado 4 del artículo 113 del TRLCAP dispone que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será



incautada la garantía; por tanto, si el contrato se resuelve por incumplimiento del contratista pero no siendo éste culpable de ese incumplimiento no le deberá ser incautada la garantía.

»(...) desafortunadamente a xxxxx, S.L., le es imposible suministrar al Sacyl los artículos referidos a los lotes, 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 25 por un hecho que le es totalmente ajeno y está fuera de su ámbito de decisión y responsabilidad: su suministrador ha dejado de fabricar esos artículos.

»Efectivamente, y tal como comunicó mi representada a esta Administración a través de su escrito, de fecha 11 de febrero de 2009, (...) como consecuencia de una decisión de la empresa norteamericana xxxx2, por motivos empresariales, económicos y financieros, decidió dejar el negocio de agujas y jeringas, cerrando las Instalaciones de xxxx3, xxxx4. Producto de esa decisión y, por tanto el cierre de esas instalaciones, el suministrador de xxxxx, S.L., es decir, xxxx3, empresa ésta de nacionalidad irlandesa, no puede suministrar a xxxxx, S.L. los citados artículos, lo que comporta desafortunadamente la imposibilidad de mi mandante, xxxxx, S.L., el poder suministrar esos productos a esta Administración.

»De lo expuesto se desprende claramente la falta de culpa de xxxxx, S.L. por no cumplimiento del contrato, pues se ha visto inmersa en unas decisiones internacionales en las que no ha participado, ni directa ni indirectamente, y cuyos efectos le han venido impuestos sin capacidad de decisión.

»Solicitamos (...) si bien proceda a la resolución del contrato, se considere que ésta no es por culpa de xxxxx, S.L.".

Séptimo.- El 14 de mayo de 2009, el Director General de Administración e Infraestructuras formula propuesta de resolución del contrato celebrado con la empresa xxxxx, S.L. (antes xxxx1, S.L.) adjudicataria del concurso de adopción de tipo de jeringas y agujas con destino a centros dependientes de la Gerencia Regional de Salud en relación con los lotes 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 25.



Octavo.- El 25 de mayo de 2009 la Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León informa favorablemente la propuesta de resolución citada.

Noveno.- Por Resolución del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 28 de mayo de 2009, se acuerda la suspensión del plazo máximo legal para resolver.

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), 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 punto 4º, regla A), apartado e), 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.- 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 disponen los artículos 59 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio -aplicable en el presente caso de acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público- y 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, y con lo previsto en el Decreto 3/2004, de 8 de enero, de desconcentración de competencias del Presidente de la Gerencia Regional de Salud.

3ª.- 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 LCAP.



4ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento iniciado por la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León -parte contratante- para la resolución del contrato de determinación del tipo de jeringas y agujas con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, suscrito con la entidad mercantil xxxx1, S.L., una de las empresas adjudicatarias respecto de los lotes 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 25, 31, 32, 33, 35, 37 y 38.

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

Respecto de la causa de resolución del contrato, ha de partirse de lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos, tal y como dispone el artículo 49.5 del TRLCAP.

A la luz de lo expuesto, es necesario traer a colación el contenido de la cláusula 20 del pliego de cláusulas administrativas particulares, según el cual "el contrato podrá extinguirse por cualquiera de las causas generales de resolución enunciadas en el artículo 111 de la LCAP, o por las causas específicas establecidas en el artículo 192.

»Los efectos de la resolución se determinarán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 113 y 193 de la LCAP.

»El órgano de contratación también podrá proceder a la resolución de contrato de adopción de tipo en los siguientes casos:

»1.- Cuando se hubiera sido (sic) resuelto alguno de los contratos derivados de los procedimientos negociados por alguna de las causas enunciadas en los apartados d), e), g) del artículo 111 de la LCAP o por alguna de las específicas que pudieran estipularse en el apartado 19 del cuadro de características.

»En estos casos, la resolución de uno de los lotes adjudicados no implicará, necesariamente, la del resto de los lotes, pero la



resolución del contrato de adopción de tipo si dará lugar a la de los procedimientos negociados que estuvieran en vigor.

»2- Cuando el adjudicatario no presentase oferta en los procedimientos negociados a los que sea invitado a licitar”.

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 6 de marzo y 27 de mayo de 1999, 27 de abril de 2000 y 10 de febrero de 2001.

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 “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista”.

El Consejo de Estado, al tratar el poder resolutorio de la Administración, ha mantenido ya desde 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”. Mantiene, además, en su Dictamen nº 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 el 28 de noviembre de 2006. La normativa aplicable está constituida fundamentalmente, además de por lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y condiciones técnicas, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, antes citados.

La causa de resolución invocada por la Administración contratante es el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales y aquellas que se establezcan expresamente en el contrato. En concreto se indica que “xxxxx, S.L. ha incumplido por causa a ella imputable la principal obligación del adjudicatario, que en un contrato de determinación de tipo es realizar el suministro de los bienes objeto del contrato en los procedimientos negociados derivados del concurso de determinación de tipo (cláusula segunda del contrato suscrito)”. En este sentido, la cláusula 20 del pliego de cláusulas administrativas particulares dispone, como ya se ha expuesto, que “la resolución de uno de los lotes adjudicados no implicará necesariamente, la del resto de los lotes, pero la resolución del contrato de adopción de tipo sí dará lugar a la de los procedimientos negociados que estuvieran en vigor”.

Debe por ello analizarse si concurre o no la causa de resolución alegada por la Administración contratante. A la luz del expediente remitido ha de responderse afirmativamente, ya que la propia empresa reconoce la imposibilidad de suministrar los lotes a los que se había comprometido.

Por tanto, resulta de aplicación el artículo 111, apartados g) y h), como causas de resolución del contrato, por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales y aquellas que expresamente establece el contrato.



Vista la naturaleza administrativa del contrato y la legislación aplicable, concurre uno de los supuestos de resolución de contrato señalados en la LCAP, al producirse un incumplimiento de las cláusulas contenidas en el contrato formalizado entre las partes y en los pliegos aprobados por el órgano contratante.

Por otra parte ha de señalarse que, en atención a las circunstancias del caso, el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución.

6ª.- En relación con los efectos, el artículo 113 apartados 4 y 5 de la LCAP 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 el mismo sentido, el artículo 113 del RGLCAP dispone que “En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que debe 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”.

En cuanto a la existencia de daños y perjuicios, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de diciembre de 1980, declara 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 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 Sentencia de 6 de julio de 1968 mantiene 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 se considera que procede la incautación de la garantía; las alegaciones presentadas por la empresa adjudicataria no desvirtúan la causa de resolución del contrato por incumplimiento, puesto que la imposibilidad alegada se refiere a una causa interna y derivada de criterios organizativos de la propia empresa, sin constar circunstancia probatoria alguna en defensa de su postura. No puede dejarse al arbitrio de las empresas adjudicatarias el cumplimiento de los contratos administrativos, máxime teniendo en cuenta el interés general subyacente.

El fin público y de satisfacción de intereses generales a que obedece todo contrato administrativo, impide a la Administración contratante, cuando conste una causa de resolución del contrato por dolo o culpa de la adjudicataria acudir a la vía del mutuo disenso como forma de extinguir el contrato.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, entre los que se pueden citar los siguientes: 46.236, de 26 de abril de 1984, 50.571, de 21 de mayo de 1987, 50.776, de 25 de junio de 1987, ó 55.279, de 27 de septiembre de 1990.

Concurre por tanto la causa de resolución del contrato alegada por la Administración contratante, con pérdida de la garantía definitiva por imperativo del artículo 113.4 de la LCAP. En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.747/1997, de 11 de septiembre, mantiene que "La Administración no puede renunciar a los efectos legalmente previstos para el caso de resolución del vínculo contractual por culpa del contratista. La razón estriba en que, si así se actuara, se estaría perjudicando al interés público".

También indica el Consejo de Estado (Dictamen núm. 46.155, de 29 de marzo de 1984) que "El incumplimiento del contrato por el contratista no equivale necesariamente a incumplimiento culpable, según ha declarado la jurisprudencia (STS, Sala 4ª., de 24 de febrero de 1982, entre otras, y no puede decretarse la incautación de la fianza e indemnización de daños y perjuicios con sólo argumentar que las causas que alega como determinantes del incumplimiento corresponden a su esfera de riesgo contractual. Antes al contrario, no proceden dichas sanciones si el adjudicatario demuestra que esas causas son ajenas a su control, una vez desarrollada toda la diligencia posible", circunstancia ésta que no puede entenderse acreditada por las alegaciones formuladas por la entidad adjudicataria en el presente procedimiento.



Por último, respecto a la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios, ha de señalarse que la Administración contratante no acredita la existencia real y efectiva de daño alguno, por lo que parece que, ante tal circunstancia, en el momento actual no está en condiciones de reclamar indemnización alguna por el incumplimiento que motiva la resolución del contrato.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato suscrito con "xxxxx, S.L." (antes xxxx1, S.L.) de determinación de tipo de jeringas y agujas con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, respecto de los lotes 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 25.

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