



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 3 de septiembre de 2009, ha examinado el *expediente de resolución del contrato de suministro suscrito entre la Gerencia Regional de Salud y la empresa xxxxx*, 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 16 de julio de 2009 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de resolución del contrato suscrito con "xxxxx", de determinación de tipo de marcapasos y desfibriladores, respecto de los lotes 3 y 4*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 20 de julio de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 804/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, 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 23 de marzo de 2007, se adjudica el concurso de adopción de tipo de marcapasos y desfibriladores con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, en la que la empresa xxxxx resulta adjudicataria de los lotes 1, 3, 4, 5, 7, 9, 11, 12, 13, 16, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 28, 30, 31, 34, 36, 37 y 38.



**Segundo.-** El 23 de mayo de 2007 se formaliza con la empresa xxxxx el contrato de determinación de tipo para suministro de marcapasos y desfibriladores con destino a los centros dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

**Tercero.-** El 18 de marzo de 2009 xxxxx, presenta escrito por el que indica: "Les informamos que nuestra referencia de producto 374437 Marcapasos Neway SR, homologado en los Lotes 3 y 4 en la oferta variante (...) queda discontinuado, por dejar de ser fabricado".

**Cuarto.-** El 16 de abril de 2009, la Directora Gerente de la Gerencia Regional de Salud resuelve iniciar el procedimiento de resolución del contrato respecto de la empresa xxxxx, en relación con los lotes 3 y 4. Dicha resolución es notificada a la empresa adjudicataria y a la entidad avalista.

**Quinto.-** Concedido trámite de audiencia a la empresa adjudicataria y a la entidad avalista el 18 de mayo y el 30 de abril de 2009, respectivamente, aquélla presenta escrito de alegaciones en el que señala:

"Que entendemos que se nos incaute la parte proporcional de la Garantía definitiva que asciende a 5.040,00 €, pero que en relación a no podernos presentar a los procedimientos negociados a los que seamos invitados para los lotes 3 y 4, no estamos conformes, por los siguientes motivos:

- xxxxx, también es proveedor homologado del producto ofertado en la oferta base de los lotes 3 y 4, marcapasos Rhapsody SR, producto que seguimos distribuyendo.

- Que en sustitución al producto ofertado en la variante, pueden adquirir el producto ofertado en la oferta base (producto homologado).

- Que el producto discontinuado es un marcapasos, modelo Neway SR, producto en constante evolución tecnológica.

- Que debido a dicha evolución, por mejoras en el producto, los fabricantes se ven obligados a descatalogarlos y proponer nuevas mejoras con nuevos productos.



- Que xxxxx no puede prever las decisiones de los fabricantes y que tiene constancia de que los hospitales que consumen dicho producto, no tienen objeción en comprar el producto homologado en la oferta base.

- Que durante los 2 años de vigencia del contrato, xxxxx ha distribuido el producto discontinuado sin incumplir la obligación contractual”.

No consta alegación alguna de la entidad avalista.

**Sexto.-** El 1 de junio de 2009, la Directora General de Administración e Infraestructuras formula la propuesta de resolución del contrato celebrado con la empresa xxxxx, adjudicataria del concurso de adopción de tipo de marcapasos y desfibriladores con destino a centros dependientes de la Gerencia Regional de Salud en relación con los lotes 3 y 4.

**Séptimo.-** El 30 de junio de 2009 la Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León informa favorablemente sobre la propuesta de resolución citada.

**Octavo.-** Por Resolución del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 2 de junio 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, a la Directora Gerente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, conforme dispone el artículo 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 al 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 el artículo 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 dispone el artículo 96 de la LCAP.

**4ª.-** 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 a la causa de resolución del presente contrato, ha de partirse de lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al considerar que sus cláusulas son parte integrante de los respectivos contratos, tal y como dispone el artículo 49.5 de la LCAP.

A la luz de lo expuesto, es necesario traer a colación el contenido de la cláusula 20 del pliego de cláusulas administrativas particulares, según la 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 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.

»En estos casos, la resolución de uno de los lotes adjudicados no implicara, 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.

»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, que mantiene que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma que invoca a su favor, además de existir una 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, 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”.



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 medida”. Mantiene también 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, en atención a las circunstancias del caso, habrá de ponderarse 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, sin que pueda 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 23 de mayo de 2007. 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 su Reglamento General antedichos.

La causa de resolución invocada por la Administración contratante es el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales y aquéllas establecidas expresamente en el contrato, concretamente en los apartados g y h del artículo 111 de la LCAP. Así, se señala que “xxxxx 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) (...). Esta obligación de suministro se refiere al objeto de los contratos que engloban tanto un producto base como una variante, que constituyen conjuntamente dicho objeto. Por tanto el no suministro del producto variante implica un



incumplimiento culpable del contrato por causa imputable al contratista que conlleva su resolución”.

Conviene indicar además, que la cláusula 20 del pliego de cláusulas administrativas particulares dispone 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 si dará lugar a la de los procedimientos negociados que estuvieran en vigor”.

La cuestión que procede analizar a continuación es si concurre o no la causa de resolución alegada por la Administración contratante, a lo cual, a la luz del expediente remitido, ha de responderse afirmativamente. La imposibilidad de suministrar los lotes a los que se había comprometido es reconocida por la propia empresa.

Por lo tanto resultan de aplicación los apartados g) y h) del artículo 111, como causa 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, concurren los supuestos de resolución de contrato señalados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al existir un incumplimiento de las cláusulas contenidas en el contrato formalizado entre las partes y en los pliegos aprobados por el órgano contratante.

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

**6ª.-** En relación con los efectos de la resolución del contrato, el artículo 113.4 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, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1980 declara 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 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 procede la incautación de la garantía, ya que las alegaciones presentadas por la empresa adjudicataria no desvirtúan la causa de resolución del contrato por incumplimiento. 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 (entre otros, Dictámenes 46.236, de 26 de abril de 1984, 50.571, de 21 de mayo de 1987, 55.279, de 27 de septiembre de 1990) y este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 610/2009, de 9 de julio y 670/2009, de 30 de julio).



Concorre 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 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000.

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.747/1997, de 11 de septiembre, señala 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 se indica por el Consejo de Estado en su dictamen 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 (Sentencia del Tribunal Supremo, 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, debe señalarse que la Administración contratante no acredita la existencia real y efectiva de daño alguno, por lo que parece que, ante tal circunstancia, no procede 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:



**CONSEJO  
CONSULTIVO**  
DE CASTILLA Y LEÓN

Procede resolver el contrato de determinación de marcapasos y desfibriladores con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, suscrito con la entidad mercantil xxxxx, respecto de los lotes 3 y 4.

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