

DICTAMEN Nº 122/2013 de 21 de marzo de 2013

Contratos Administrativos.

Resolución del contrato administrativo GS/02/1111031445/11/PA “Suministro de pañales para las distintas Áreas de Salud” lotes 1 y 7, adjudicados a la mercantil X, S.L.

Ha sido Ponente la Excm.a Sra. D.^a Rosa Elena Muñoz Blanco, con la asistencia del Letrado D. Antonio Alonso Clemente, acordándose el Dictamen por unanimidad.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha de 22 de febrero de 2013, tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Consultivo solicitud de Dictamen, remitido por la Presidencia de la Junta de Extremadura, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.1, de la Ley 16/2001, de Creación del Consejo Consultivo, y 14.c, de la Ley 1/2002, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en virtud de los cuáles este Consejo emitirá Dictamen en cuantos asuntos someta a su consulta el Presidente de la Comunidad Autónoma, a iniciativa propia, a solicitud del Consejo de Gobierno, o de cualquiera de sus miembros.

Se cursa solicitud de Dictamen, a iniciativa del Excmo. Consejero de Salud y Política Social de la Junta de Extremadura, sin que se requiera la evacuación de la consulta por el procedimiento de urgencia.

SEGUNDO.- El expediente remitido a este Consejo Consultivo incluye los documentos y actuaciones que, seguidamente, se relacionan:

1.- Informe Técnico, de 19 de septiembre de 2012, del Subdirector de Gestión Económica y Contratación Administrativa, sobre los expedientes de contratación GS/02/1111031445/11/PA de “adquisición de pañales para las distintas áreas de salud” y GS/02/1111031299/11/PA para el “suministro de salvacamás destinado a las distintas áreas de salud”, en el que se propone la resolución de ambos contratos adjudicados por licitación a la empresa **X**, S.L., al entender que la empresa no ha cumplido con los compromisos adquiridos en sus respectivos pliegos, según las especificaciones que contienen.

2.- Diferentes escritos de responsables sanitarios en los que se manifiesta la mala calidad de los productos de material fungible (Braga

pañal y salvacamas) facilitados, según el contrato antes referido, por la mercantil adjudicataria, **X**, S.L. Tales escritos aparecen firmados por los supervisores de Urgencias y Hospitalización del Hospital Tierra de Barros; Hospital Psiquiátrico; por Supervisores del las Áreas de Hospitalización del Hospital de Mérida y por el Centro Sociosanitario de Mérida perteneciente al SEPAD.

3.- Acuerdo de la Gerente del Área de Mérida – Don Benito – Villanueva, de 5 de noviembre de 2012, mediante el que se incoa el procedimiento de resolución de contrato administrativo GS/02/1111031445/11/PA de “adquisición de pañales para las distintas áreas de salud”, lotes 1 y 7, con indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados y la incautación de la garantía, según lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público.

Asimismo, se acuerda la apertura de un trámite de audiencia concedido al contratista y al avalista, para que aleguen y presenten los documentos que a su derecho convengan.

4.- Escrito de alegaciones interpuesto por la empresa **X**, S.L., el 11 de diciembre de 2012, en el que opone su disconformidad respecto a las deficiencias del material suministrado, alegando que consultado un laboratorio independiente **X** sobre la calidad de los pañales, les indican que tras realizar los ensayos correspondientes, verifican que la capacidad de absorción es superior a 2200 ml (ensayado efectuado según NORMA ISO 11948-1:1996).

Admite que las perturbaciones observadas en las primeras remesas fueron alteraciones producidas con vista a la mejora del producto.

Asimismo, consideran desproporcionada o infundada la resolución del contrato e incautación de garantía, invitando a una resolución de mutuo acuerdo con devolución, siempre, de la garantía.

5.- Propuesta de resolución de la Directora General de Régimen Económico, de 14 de enero de 2013, por la que se acuerda resolver el expediente GS/02/1111031445/11/PA relativo al contrato de “Suministro de Pañales para las distintas Áreas de Salud”, lotes 1 y 7 conforme a lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las administraciones públicas.

Se procede a retener la garantía definitiva, hasta la conclusión del procedimiento que se inicie para la determinación de los daños y perjuicios ocasionados.

6.- Informe Jurídico, de 14 de enero de 2013, elaborado por la Asesora Jurídica de la Consejería de Salud y Política Social, sobre la procedencia de resolución del contrato de suministro de pañales, lotes 1 y 7, en el que muestra su conformidad con la resolución del mismo.

7.- Acuerdo, de 14 de enero de 2013, por el que se solicita por el Consejero de Salud y Política Social el Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Extremadura sobre la resolución del contrato devenido con oposición del contratista.

TERCERO.- Por resolución de la Presidencia de este Consejo de la fecha de su registro, la consulta fue admitida, se ordenó continuar su evacuación por el procedimiento ordinario y se turnó ponencia según orden preestablecido, correspondiendo como se ha indicado, dando cuenta al Pleno de tales determinaciones.

CUARTO.- No habiéndose considerado necesaria la práctica de diligencias adicionales se concluyó esta fase del procedimiento de la consulta con la documentación obrante en el expediente, elevándose por la Ponente propuesta de dictamen que fue incluida en el orden del día de la sesión plenaria mencionada.

QUINTO.- En la referida sesión plenaria la Ponente informó del contenido del proyecto de dictamen y sometido a la deliberación del Pleno, el Consejo estimó, por unanimidad, la suficiencia del informe y su conformidad con la propuesta, por lo que se acordó aprobar el proyecto de dictamen sin necesidad de debate en ulterior sesión.

II. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA

Se somete a la consideración del Consejo Consultivo, el expediente relativo a la resolución del contrato administrativo de suministros pañales (Nº GS/02/1111031445/11/PA) para las distintas Áreas de Salud, suscritos por el Servicio Extremeño de Salud con la empresa **X**, S.L., por incumplimiento del contratista.

Es objeto de la consulta determinar si procede o no la resolución contractual, por lo que habrá de examinarse la legalidad del procedimiento administrativo sustanciado, así como, la concurrencia de causa que ampare la resolución contractual y, en su caso, los efectos que pudieran derivarse.

Se requiere dictamen ordinario en derecho, sin extenderse a cuestiones o consideraciones de oportunidad, de conformidad con lo prevenido en el artículo 2.2 de la Ley de Creación de esta instancia consultiva.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia y carácter del Dictamen.

El Consejo Consultivo emite el presente dictamen con carácter preceptivo según establece el artículo 195.3 a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por remisión del artículo 13.1.i) de la Ley 16/2001, de 14 de diciembre del Consejo Consultivo de Extremadura. El artículo 195.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas cuando, en los supuestos manifestados, se formule oposición por el contratista.

SEGUNDO.- Consideraciones sobre la tramitación del expediente.

El expediente de resolución del contrato referido se ha instruido cumpliendo todas las formalidades y requisitos normativamente establecidos en los artículos 194 y 195 de la Ley de Contratos del Sector Público y en el todavía vigente artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al haberse dado audiencia al contratista, por plazo de diez días naturales, al tratarse de una propuesta de oficio; se ha emitido el consiguiente informe jurídico sobre la resolución contractual que se propone y se ha solicitado, finalmente, el Dictamen de este Consejo Consultivo, exigencia requerida cuando existe oposición por parte del contratista.

No obstante, aunque se menciona en la Propuesta de Resolución, en el Hecho Cuarto, no consta en el expediente que se haya otorgado trámite de audiencia a la entidad que haya constituido la garantía definitiva, trámite preceptivo cuando se propone la incautación de la garantía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 109.1.b], del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El Consejo supone que la garantía ha sido constituida por el propio contratista, por lo que no resulta necesario el trámite indicado. Pero en otro caso, si el avalista es un tercero ajeno a la relación contractual, la omisión del trámite de audiencia cuando se propone la incautación de la garantía invalidaría el procedimiento tramitado, debiendo acordarse su retroacción al momento anterior a la propuesta de resolución para evacuar el trámite de audiencia.

TERCERO.- Examen de la cuestión de fondo planteada.

I) Consideraciones Generales.

El contrato que la Administración pretende resolver, de indudable carácter administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19.1.a), de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, fue adjudicado el día 10 de octubre de 2011, por lo que su resolución habrá de atender a lo establecido en la mencionada Ley de Contratos del Sector Público, aplicable por razón de la fecha de su adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición transitoria primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Ciertamente, el artículo 2.3 de este texto legal prevé *“su aplicación a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas (..)”*.

El contrato de suministro y su resolución también se someten al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), a los Pliegos de Cláusulas del contrato, a la oferta vinculante del adjudicatario y, supletoriamente, a las restantes normas de Derecho Administrativo, y en su defecto, a las normas de Derecho Privado.

El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto, en diferentes sentencias, (entre otras, las de 4 de mayo de 1968 y de 28 de febrero de 1989) que los contratos administrativos se caracterizan por ser negocios jurídicos con una finalidad orientada a la consecución del interés general, explicándose con base en esta característica, ligada a las exigencias derivadas de que una de las partes en el contrato sea una Administración Pública, esto es, una persona jurídico pública, que está vinculada al principio de legalidad y sujeta al servicio objetivo de los intereses generales, la existencia de prerrogativas a favor de la Administración. Entre estas prerrogativas, se encuentra el acordar su resolución, por las causas y con los límites que la propia Ley establece.

Ciertamente, la Ley de Contratos del Sector Público, en el artículo 194, reconoce a la Administración la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de ésta.

La resolución de los contratos, ha sido entendida por la doctrina como medida última a la que acudir siempre con el único fin de preservar el interés público ínsito en cada relación contractual, implica la terminación anormal o traumática de la relación, produciéndose generalmente con anterioridad a la finalización de su vigencia, al existir motivos imputables a cualquiera de las partes que inciden en su buena ejecución y en el funcionamiento final del servicio e interés público y que se incardinan en alguna de las causas recogidas de modo tasado en la Ley.

En efecto, la causa natural de finalización de un contrato, obviamente, es su cumplimiento, recogido en el artículo 205 de la citada Ley 30/2007. Sin embargo, la Ley contempla otras causas de finalización del contrato que no obedecen al puro y simple cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes y que, por ello, obligan a la resolución del mismo. El artículo 204

establece que *“Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución”*. Y los artículos 206 a 208 determinan las causas de resolución, su régimen de aplicación y los efectos que de tal declaración se derivan.

El artículo 206 regula las causas de resolución agrupándolas en tres bloques: causas imputables al contratista, imputables a la Administración, y de mutuo acuerdo entre las partes. En función de la calificación de la causa, y de la imputación a una parte, las consecuencias serán bien diversas, y en ocasiones, van más allá de las ordinarias previstas por el ordenamiento para un incumplimiento de contrato en cualquier otro ámbito del tráfico jurídico; sobre todo, en los casos de responsabilidad del contratista, debido, sin duda, a las prerrogativas que las leyes atribuyen a la Administración Pública en su posición de contratante.

Como se ha referido, el artículo 206 de la Ley de Contratos del Sector Público, establece las causas de resolución del contrato; ahora bien, tal régimen legal se complica cuando la propia Ley regula un catálogo específico adicional de causas de resolución para cada una de las modalidades de los contratos típicos. Así, por lo que respecta al contrato de suministro, el artículo 275 de la Ley 30/2007 determina que son causas de resolución del contrato las contempladas en el artículo 206, y, además, la suspensión, por causa imputable a la Administración, de la iniciación del suministro por plazo superior a seis meses, a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega, salvo que en el pliego se señale otro menor, y el desistimiento o la suspensión del suministro, por un plazo superior al año, acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro.

En el supuesto objeto de Dictamen, la Administración consultante señala en su propuesta de resolución, expresamente, como causa de resolución del contrato, la contenida en el apartado f], del artículo 206, de la Ley de Contratos del Sector Público, manifestando que se ha incumplido una obligación esencial del contrato por el contratista.

II) Concurrencia de la causa invocada de resolución del contrato.

Una vez realizadas las consideraciones anteriores, seguidamente, debe examinarse si, en efecto, existe causa que ampare la resolución contractual y, en su caso, los efectos que de ésta pudieran derivarse.

El artículo 206.f) de la LCSP especifica como causa de resolución *“El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*.

Evidentemente el suministro de productos de material fungible (pañales) de calidades inferiores a las ofrecidas por el contratista y pactadas en el contrato administrativo constituye un incumplimiento de una obligación esencial del contrato; en realidad de la obligación principal del contratista que es el suministro de los productos con las características pactadas. Por tanto, la invocación de su incumplimiento lleva a la aplicación de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 206.f] de la LCSP.

La Administración apoya su decisión en las manifestaciones de personal de los centros receptores del material contratado, denunciando la escasa absorción del producto, su baja calidad, la fragilidad del material de fabricación y la necesidad de aumentar el consumo de unidades con elevación del gasto, aunque, realmente, tal elevación del gasto sea una consecuencia de lo anterior y no una razón del incumplimiento del contrato.

Además, a fin de probar la diferencia entre la calidad del producto ofertado por la empresa contratista y el suministrado, la Administración aporta un informe técnico en el que se establecen las siguientes conclusiones:

“1 Se han suministrado dos productos distintos para cada uno de los lotes, que a lo largo del análisis vamos a diferenciar por el color de la capa posterior ya que uno de ellos es blanco y otro azul y ninguno de ellos coincide visualmente con la muestra presentada que es blanca con líneas verdes para la braga-pañal grande 110-150 cm y blanca con líneas amarillas para la braga-pañal mediana 80-110 cm.

2 La braga pañal mediana 80-110 cm blanca no cumple el requisito del Pliego de Prescripciones Técnicas que exige una capa exterior constituida por material impermeable con indicador de saturación, requisito que sí cumplía la muestra aportada.

3 Ninguno de los materiales suministrados (braga pañal mediana 80-110 cm blanca, braga pañal mediana 80-110cm azul, 1Braga pañal grande 110-150 cm blanco, 1Braga pañal grande 110-150 cm azul) cumple el requisito del pliego de prescripciones técnicas de ser anatómicos y ajustables a la cintura, requisito que sí cumplía la muestra inicial que aportaba un elástico en la parte trasera.

4 Los elásticos de la entrepierna de la braga pañal mediana 80-110 cm blanca son rectos, mientras que los de la muestra aportada eran curvos y esto contribuía a la adaptación anatómica.

5 Una vez verificada la absorción de los 4 tipos de pañales suministrados se puede comprobar que ninguno de ellos cumple el requisito de absorción de 1200 ml, requisito que sí cumplía la muestra aportada.

6 El segundo de los criterios de valoración automáticos daba 10 puntos a la braga-pañal que tuviera paneles laterales de tejidos sin tejer transpirable en

la parte de las caderas. Por este requisito, la empresa X S.L. obtuvo 10 puntos ya que la muestra era de material transpirable; sin embargo, los materiales suministrados son de polietileno con lo que la puntuación debería haber sido 0.

7 La muestra aportada tenía propiedades dermatoprotectoras y ninguno de los pañales suministrados las posee.

8 El plazo de entrega del suministro se puntuó con un máximo de 5 puntos ya que la empresa se comprometía a realizar éste en 24 horas y los Jefes de Suministros de los distintos hospitales certifican que la empresa X S.L. no está cumpliendo este compromiso.”

La empresa suministradora, en trámite de alegaciones, ha aportado un informe técnico, emitido por un laboratorio independiente, acerca de la calidad de los productos, aunque no acredita, sin embargo, que la muestra facilitada al laboratorio para los análisis coincida con los pañales suministrados al Servicio Extremeño de Salud.

Ha sido fehacientemente acreditado por la Administración, por tanto, el incumplimiento del contrato de suministro por la empresa X, por lo que debe apreciarse la concurrencia de la causa de resolución invocada por el órgano de contratación, cual es el incumplimiento de una obligación esencial de los contratos al suministrar pañales de calidad inferior a la contratada; en especial, en lo relativo al acabado exterior impermeable, adaptación anatómica, capacidad de absorción y propiedades dermatológicas.

Debemos destacar, no obstante, que en pieza separada, y previa a la resolución, de manera contradictoria, debe procederse a fijar las consecuencias económicas de la resolución del contrato. Disponen los apartados 3º y 4º del artículo 208 de la LCSP que:

“3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

4. 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. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.”

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Extremadura dictamina,

“Que tenidas en cuenta las consideraciones contenidas en el cuerpo del presente Dictamen procede la resolución del contrato de suministro de pañales (GS/02/1111031445/11/PA; lotes 1 y 7) para las distintas Áreas de Salud.”