



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 290/2007

(Sección 1ª)

La Laguna, a 26 de junio de 2007.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *resolución parcial del contrato de suministro de gases medicinales y accesorios, adjudicado mediante Resolución de la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Fuerteventura, de 12 de enero de 2007, a la entidad A.L.M., S.L.U. (EXP. 247/2007 CA)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. Mediante escrito de 2 de mayo de 2007, con entrada en el Registro del Consejo el 25 de mayo de dicho año, la Consejera de Sanidad solicita Dictamen preceptivo de este Organismo por el procedimiento ordinario, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1. D. c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo (LCC), en relación con lo previsto en los arts. 192 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TR-LCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, y 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos (RGLC), aprobado por Real Decreto 1098/2001.

En efecto, el Dictamen se recaba sobre la Propuesta de Resolución, a adoptar ésta en su día por el órgano de contratación, que es la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Fuerteventura, del procedimiento contractual tramitado para la "resolución parcial del contrato adjudicado mediante Resolución de la Gerencia (...) de 12 de enero de 2007 a la entidad A.L.M., S.L.U." (el contratista), aduciéndose al efecto la aplicabilidad de la causa prevista en el art. 111. g) TR-LCAP imputable al contratista lógicamente.

---

\* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

2. En este sentido, el órgano de contratación ha ejercido de oficio la facultad resolutoria del contrato que le otorga el art. 59. TR-LCAP, tramitando el correspondiente procedimiento con cumplimiento de los trámites formales establecidos en la normativa legal y reglamentaria aplicable ya referida, particularmente en el art. 109.1 RGLC, sin perjuicio de lo que después se advertirá.

Así, se ha realizado el trámite de vista y audiencia al contratista y avalista; se ha recabado y obtenido Informe del Servicio Jurídico al respecto, pronunciándose sobre la Propuesta resolutoria que se le remite, de la que discrepa en los términos que luego se dirán; y, habiendo oposición del contratista a la resolución pretendida, se ha recabado el parecer de este Organismo.

II<sup>1</sup>

III

Con carácter previo al conocimiento del fondo de la cuestión planteada, procede realizar diversas consideraciones jurídicas sobre determinados aspectos jurídicos, que tienen incidencia en el pronunciamiento que se efectuará.

#### 1. Objeto del Dictamen.

Es una Propuesta de Resolución que ha de culminar el procedimiento resolutorio incoado, expresando la consideración del órgano instructor sobre la decisión que propone sea adoptada por el órgano decisor de dicho procedimiento, el órgano de contratación.

Sin embargo, el documento final del presente procedimiento, según el expediente que lo documenta remitido a este Organismo, es el informe del Servicio Jurídico de 4 de abril de 2007, que, por cierto, es contrario a la Propuesta de Resolución inicialmente formulada por el instructor. Así, señala que “no procedería (...) la resolución del contrato, sino la declaración de su ineficacia, una vez constatado el incumplimiento de la condición suspensiva” que, a su juicio, consiste en que el adjudicatario “carece de licencia de actividad clasificada”.

Por tanto, tras la inicial Propuesta de Resolución y el Informe jurídico sobre ella, no hay Propuesta resolutoria definitiva que confirme la anterior o que la altere evaluando en uno u otro sentido los razonamientos y conclusión del referido Informe.

---

<sup>1</sup> Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

Es mas, la Propuesta de Resolución ni siquiera se pronuncia sobre las alegaciones, antes transcritas, del contratista, cuando debe hacerlo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 de la Ley 30/1992, contestando razonadamente las mismas, como Resolución en forma de proyecto que técnicamente es.

Por consiguiente, en puridad y siendo esta Propuesta de Resolución definitiva el cabal objeto del Dictamen del Organismo consultivo, procedería retrotraer las actuaciones, sin pronunciamiento de fondo en este Dictamen, en orden a que la Propuesta se formulara debidamente, según lo expuesto. Sin embargo, dadas las circunstancias del caso, con necesario reflejo en el pronunciamiento de este Organismo, como se verá, puede considerarse que ello no es aquí preciso, entendiéndose que el instructor mantiene inalterada su Propuesta inicial, que se convierte en definitiva, discrepando del parecer del Servicio Jurídico, de modo que en este Dictamen se analizará la adecuación jurídica de tal Propuesta.

## **2. Resolución, nulidad e ineficacia de los contratos.**

Como se indicó, la Propuesta de Resolución decide, al tiempo, la resolución del contrato de suministro respecto al Lote 1 y la anulación parcial de la Resolución de adjudicación. Sin embargo, ha de observarse que resolución y anulación son conceptos o figuras diferentes, reguladas diversamente (art. 111 TR-LCAP, para la primera; y arts. 61 a 66 del mismo, para la segunda), con distinta incidencia, causas y efectos en los contratos.

Por esto, cuando menos, la Propuesta de Resolución manifiesta cierta incoherencia por este motivo, recordándose que se pretende resolver el contrato en base supuestamente a la causa del art. 111.g) TR-LCAP, pero no declararlo nulo al serlo la adjudicación, ni tampoco se sostiene siquiera la invalidez de ésta.

En este sentido, procede observar, a los efectos oportunos, que la legislación contractual no contempla el concepto de ineficacia de los contratos de modo ajeno a la resolución, siendo consecuencia de ésta, previéndose la invalidez en relación, justamente, con su eventual declaración de nulidad (art. 61 TR-LCAP).

## **3. Alcance de la Propuesta Resolutoria.**

La Propuesta de Resolución, considerando incumplido el requisito previsto en la cláusula 2.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), al que se anuda a su juicio la efectiva adjudicación del contrato, termina concluyendo, como se ha dicho, que procede su resolución, pero parcialmente, en cuanto solo afecta a los productos del

Lote 1 a suministrar por el contratista, sin incluir los del Lote 2, permaneciendo vigente el contrato respecto a éste.

Sin embargo, esta diferenciación fue cuestionada por el contratista en sus alegaciones, sin contestación en la Propuesta de Resolución, indebidamente como se dijo, siendo desde luego procedente hacerlo en orden a la adecuación de la decisión adoptada, pero, además, a su coherencia interna.

Así, es pertinente argumentar que en la inteligencia de la propuesta, los productos del Lote 2, al contrario que los del Lote 1, no requieren, en su manipulación y subsiguiente suministro, una instalación, o almacén, legalizado y, por ende, la previa obtención de licencia de actividades clasificadas, como se reconoce requiere estas actuaciones respecto a los del otro Lote. Esto es, que no son objetos y actividades peligrosas, no incluidas en el correspondiente catálogo y sometidas tanto a la Ley 1/1998, de Régimen Jurídico de espectáculos públicos y actividades clasificadas, como al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2412/1961, vigente mientras no se dicte el Reglamento de desarrollo de dicha Ley.

Obviamente, de no ser así, es patente que, máxime utilizándose idéntico almacén para los productos del Lote 2, lo coherente sería decidir la resolución del entero contrato, abarcando el suministro de todos los productos a suministrar por el contratista.

## IV

1. El análisis de fondo sobre la adecuación de la Propuesta de Resolución que nos ocupa ha de partir, ciertamente, de los extremos ya conocidos y comentados relativos a la causa esgrimida para fundar su pretensión resolutoria, así como de su conexión con la aducida aplicabilidad al efecto de la cláusula 2.5 PPT en relación con la adjudicación del contrato.

En efecto, se recuerda que el contrato fue adjudicado mediante Resolución de 12 de enero de 2007 y que el 31 de enero de 2007 -es decir, antes del plazo de 30 días dispuesto para la formalización en la cláusula 17 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP)- se interesó del contratista, para proceder a la formalización del contrato, la documentación necesaria para dar cumplimiento a la cláusula 2.5 PPT para el Lote 1, con explícita referencia a la licencia municipal de apertura de actividad clasificada respecto al establecimiento destinado al suministro de los correspondientes productos.

Y ello, sin perjuicio de recordar que la Propuesta de Resolución también sostiene que, a resultas del supuesto incumplimiento por el contratista de tal cláusula, no se pudo formalizar el contrato por su culpa, aun siendo ésta, en realidad, otra posible causa resolutoria.

Sin embargo, lo exigido por la cláusula en cuestión es la legalización de las instalaciones (establecimiento o almacén) a usar por el contratista para el suministro, y no exactamente la licencia de actividad clasificada, a realizar en aquellas, por más que exista clara conexión. Y, en todo caso, no previene ningún requisito que sea aplicable a la adjudicación ni a la formalización del contrato, sin que, en concreto, exija la presentación de la licencia de referencia para la adjudicación, supuestamente condicionada, ni para la ulterior formalización.

2. Por consiguiente, no es jurídicamente adecuada la interpretación adoptada por la Administración de que la cláusula 2.5 PPT es un requisito de adjudicación o de formalización del contrato, o bien, una condición suspensiva de la primera, condicionándose la validez o la eficacia de la adjudicación o la posibilidad de formalización a su cumplimiento, plasmado en la aportación de la licencia de actividad clasificada.

Así, ante todo ha de observarse que la cláusula lleva como titulación "requisitos para el inicio", por lo que, en principio, es claro que debe referirse al inicio del suministro y, por tanto, al de la ejecución del contrato adjudicado y formalizado.

En esta línea, la cláusula dispone exactamente que las instalaciones por cuenta del adjudicatario (contratista tras la adjudicación), en orden naturalmente a cumplimentar el contrato, deben estar acabadas (o disponibles) probadas (en el sentido de testadas, de acuerdo con el control de calidad exigido en el propio Pliego) y legalizadas, pudiendo ser utilizadas al fin contratado y, por tanto, disponiéndose de la pertinente licencia, antes de iniciar el suministro pactado.

Además, con total congruencia con su título y contenido, la cláusula se ubica en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en el contexto de sus previsiones para la ejecución del contrato y consiguiente comienzo del suministro contratado, como requisito técnico al efecto y no como exigencia o condición para su adjudicación y formalización, necesariamente ya producidas.

3. A mayor abundamiento, resulta patente que en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares no se contiene previsión alguna que contradiga la lectura

antes expuesta de la cláusula 2.5 PPT, ni, desde luego, que apoye la interpretación que sobre ella hace la Propuesta de Resolución.

Es más, la cláusula 9 Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, al regular explícitamente la adjudicación del contrato (subasta con procedimiento abierto), nada contempla al respecto, particularmente en el sentido pretendido por el instructor, siendo sin embargo el lugar no sólo técnicamente idóneo, sino legalmente previsto para establecer los requisitos para la adjudicación y formalización del contrato (art. 49.1 y 5 TR-LCAP). Y esto no ha sido así, no existiendo conexión alguna, por demás, entre las previsiones del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares adoptado por el órgano de contratación y el Pliego de Prescripciones Técnicas por él mismo acordado, incluyendo su cláusula 2.5.

Y, en fin, el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares no puede ser suplido o completado por el Pliego de Prescripciones Técnicas, siendo la finalidad legal de ambos bien distintas. Así, básicamente el primero se refiere a la adjudicación y formalización del contrato y el segundo a su ejecución, como efectivamente así ocurre en este supuesto de modo explícito. Y menos aún puede cubrirse un supuesto silencio al respecto del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares por una cláusula del Pliego de Prescripciones Técnicas que concierne explícitamente al inicio del suministro a realizar, utilizándose de manera descontextualizada con tal propósito.

En definitiva, la eventual consideración del específico requisito de la cláusula 2.5 Pliego de Prescripciones Técnicas, o la necesaria aportación a similar fin de la licencia de actividades clasificadas, como esencial o determinante para licitar o para la adjudicación o formalización del contrato, exige que el órgano de contratación lo incluya en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares y no en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Por eso, en caso de no hacerlo en aquél, no puede usarse al respecto un requisito recogido en éste, cuya finalidad técnica y legal es regular la ejecución del contrato y, en este caso, las condiciones del suministro pactado, refiriéndose además la cláusula que lo contempla, inequívoca y expresamente, al inicio del mismo.

4. Desde luego, para iniciar el suministro el contratista debe tener un almacén o establecimiento legalizado. Por tanto, en cuanto se trata de suministrar productos clasificados, con su correspondiente almacenaje y manipulación, al efecto ha de tener licencia de actividades peligrosas, que ha de otorgar el Ayuntamiento del lugar,

aquí Puerto del Rosario, ante el que debe solicitarla el interesado con la antelación necesaria.

Por consiguiente, no tener la licencia conlleva no disponer de un establecimiento legalizado y, de ocurrir esta circunstancia antes del inicio del suministro, no pudiéndose efectuar en una instalación legalizada, se produce el incumplimiento de la cláusula 2.5 PPT, con las consecuencias que ello ha de comportar, por el contratista.

Pero el cumplimiento o no de este requisito implica que el contrato no sólo debe estar adjudicado, sino también formalizado. Así, la formalización sigue necesariamente a la adjudicación, siendo exigible al efecto, y aquella ha de producirse para que se pueda ejecutar el contrato, iniciándose el suministro. Por eso, es entonces cuando procede cumplirlo, mas no antes de la adjudicación o después de ésta y antes de la formalización.

En definitiva, la licencia se constituye en elemento necesario para tener una instalación legalizada y poder iniciar el suministro objeto del contrato, pero la disponibilidad de ésta o de aquélla no es un requisito de adjudicación del contrato o aun de su formalización, sino de su ejecución.

En este supuesto, el contrato se adjudicó correctamente, de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, pero no se ha formalizado por decisión, inadecuada, de la Administración, pues no cabe exigir la aportación de la licencia a este propósito. Por eso, tampoco puede ejecutarse el contrato (art. 54.4 TR-LCAP) y, por ende, exigirse el cumplimiento de la cláusula 2.5 PPT, ni resolverse el contrato por no cumplirse el requisito en ella contemplado.

Naturalmente, formalizado el contrato, cabría eventualmente resolverse con fundamento en el eventual incumplimiento de esta cláusula, en conexión con lo previsto en el art. 111 TR-LCAP, si no puede iniciarse el suministro al no tenerse para ello un local legalizado, particularmente por falta de licencia de actividades clasificadas, o por pretenderse hacer el suministro en establecimiento inadecuado. Siempre, lógicamente, que ese incumplimiento sea imputable al contratista, que, desde luego, debe actuar en consecuencia tan pronto como esté en condiciones de hacerlo, concretamente tras la adjudicación del contrato, aunque debiendo disponer entonces del tiempo adecuado al respecto porque, de lo contrario, el cumplimiento debido sería ajeno a su voluntad o directamente imposible.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues el cumplimiento del requisito de estar legalizada la instalación para el suministro contratado, disponiéndose al efecto de licencia de actividades clasificadas, es exigible después de la adjudicación y formalización del contrato y antes del inicio del suministro en su ejecución, no procediendo, por tanto, la resolución parcial del contrato, con referencia al Lote 1, en este momento.