



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 330/2021

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 14 de junio de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de suministro de 6.800 cajas de guantes de nitrilo, suscrito a favor del Servicio Canario de la Salud por la empresa (...), por cuantía de 741.200 euros (EXP. 293/2021 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa por el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, mediante escrito de 10 de mayo de 2021, con registro de entrada de misma fecha, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de suministro de 6.800 cajas de guantes de nitrilo, suscrito a favor del Servicio Canario de la Salud (en adelante, SCS) por la empresa (...), por cuantía de 741.200 euros.

2. La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo Consultivo para su emisión, se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) y el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque la empresa contratista se ha opuesto a la resolución.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

3. Habiéndose iniciado el expediente para la contratación del suministro de diverso material médico el 23 de marzo de 2020, con la formalización de la posterior modificación del objeto principal del referido contrato, notificada a la empresa contratista el 3 de diciembre de 2020, resulta aplicable la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, tanto a la parte sustantiva del contrato como al expediente de resolución contractual.

También es aplicable la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al prevalecer la norma especial sobre la general (STS de 21 de junio de 1991, cuya doctrina también se recoge en numerosos dictámenes de este Consejo Consultivo, por todos: DCC 233/2019, de 20 de junio y 391/2019, de 7 de noviembre).

4. En cuanto al procedimiento de resolución contractual propiamente dicho, es aplicable el plazo de ocho meses para resolver el expediente en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP. Así, el transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento. El plazo máximo de ocho meses, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual establecido en el art. 212.8 LCSP, computa desde su inicio el 25 de febrero de 2021.

5. En cuanto al procedimiento de resolución contractual rige el art. 212 LCSP y en lo no previsto en él, el art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, en el que se detalla el procedimiento a seguir.

Del art. 191.3.a) LCSP y el art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, se infiere la necesidad de emisión del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, y el informe del Servicio Jurídico cuando haya oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, constando en el expediente el informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos de 6 de mayo de 2021.

6. El órgano competente para dictar la Resolución es la Dirección General de Recursos Económicos del SCS, por ser el órgano de contratación, en virtud de lo dispuesto por el art. 10 del Reglamento Regulator de la Actividad Económica-Financiera del SCS, aprobado por el Decreto 32/1997, de 6 de marzo.

II

De la Propuesta de Resolución y de la Resolución que da lugar al inicio del presente procedimiento se deducen los siguientes antecedentes de hecho:

- La Organización Mundial de la Salud elevó el día 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional y a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se procedió a declarar en España el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado sucesivamente mediante los Reales Decretos 476/2020 de 27 de marzo, 487/2020 de 10 de abril, 492/2020 de 24 de abril, 514/2020 de 8 de mayo, 537/2020 de 22 de mayo y 555/2020 de 5 de junio.

- El día 23 de marzo de 2020, la empresa (...) (C.I.F. n.º (...)), presentó ante el SCS su pedido núm. 20/2303201538 correspondiente a suministro de diverso material sanitario y los días 4 y 19 de mayo de 2020 se entregaron 50.000 equipos de protección y 300.000 mascarillas FFP2 en el almacén establecido por el Servicio Canario de la Salud, quedando el resto del material correspondiente a la oferta inicial pendiente de que por el SCS se dieran instrucciones sobre su entrega.

- Sin embargo, a consecuencia de las necesidades surgidas por los centros sanitarios, y a efectos de liquidar la oferta de dicha empresa, con fecha 5 de agosto de 2020, la Directora General de Recursos Económicos manifestó su conformidad con la modificación de las condiciones ofertadas en el sentido de sustituir las mascarillas FFP3 y quirúrgicas por guantes de nitrilo, en la cuantía inicial de 5.544 cajas. En tal sentido se presentó una modificación (hubo una corrección de errores de 23 de noviembre de 2020, notificada a la empresa contratista el 24 de noviembre de 2020).

- Ante la tendencia ascendente en el número de casos de infección por COVID-19, el Gobierno de España, mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, declaró en todo el territorio nacional un nuevo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Su vigencia inicial fue prorrogada hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021, por el art. 2 del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre y, además, por medio de la Orden del Consejero de Sanidad núm. 661/2020, de 5 de octubre, se declaró la emergencia y se determinó la contratación centralizada de determinados bienes de naturaleza sanitaria —entre otros, guantes de nitrilo— para hacer frente a casos de infección por el Covid-19.

Además, por Resolución de la Dirección General de Recursos Económicos n.º 2114/2020, de 30 de noviembre de 2020, se declaró la tramitación de emergencia del procedimiento de contratación para la adquisición de guantes de nitrilo y otros

bienes de naturaleza sanitaria necesarios para la administración de la vacuna contra los casos de infección por Coronavirus (...).

- El día 1 de diciembre de 2020, la Directora General de Recursos Económicos formalizó un pedido más a la empresa contratista, de 1.256 cajas de guantes de nitrilo a un precio de 109,00 euros/caja y por un importe total de 136.904,00 euros, a añadir a los anteriormente solicitados, que hacen un total de 6.800 cajas de guantes. El pedido fue notificado a la empresa el 3 de diciembre de 2020.

- Por último, dado que la empresa contratista no había entregado el suministro de 6.800 cajas de guantes de nitrilo, a un precio de 109,00 euros/caja y por un importe total de 741.200,00 euros, con tipo 0% de IGIC, al SCS, que le fue pedido mediante los ya mencionados escritos de 5 de agosto de 2020 (corregido el 23 de noviembre de 2020) y 1 de diciembre de 2020, se dictó la Resolución de la Dirección General de Recursos Económicos n.º 296/2021, de 25 de febrero de 2021, de anulación, por incumplimiento de la obligación del plazo fijado para la entrega, del pedido citado.

Al respecto en la Propuesta de Resolución se añade que *«A la vista de los hechos, y ante la imposibilidad de tener en el plazo fijado la mercancía señalada y con base en los plazos establecidos que justifican el objeto del contrato de emergencia, en concreto el suministro de 6.800 cajas de guantes de nitrilo, el cual no ha sido realizado, habiendo transcurrido el plazo máximo previsto conforme a la tramitación de emergencia de un expediente de contratación, según el artículo 120 de la LCSP, siendo el plazo de ejecución de la prestaciones no superior a un mes. Dado que es obligación de esta Dirección, ante una tramitación de emergencia, donde se excluyen los principios de libertad de acceso a las licitaciones, transparencia y publicidad, que fueron limitados a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo, realizar lo necesario para remediar el acontecimiento, y temporal, donde se requiere una inmediatez, sin que pueda haber dilación para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia y dado que en función de este aspecto, se rechazaron otros presupuestos, por tener un plazo de entrega superior al aportado por la empresa en cuestión, dado que de otra forma, se vulneraría la finalidad de la emergencia, se procedió a la anulación del pedido suscrito al no haberse cumplido la prestación principal del contrato y por el resto de razones expuestas».*

III

En lo que se refiere a la tramitación del presente procedimiento, es necesario hacer mención a que el mismo se inicia a través de la denominada Resolución de la Dirección General de Recursos Económicos n.º 296/2021, de 25 de febrero de 2021, de anulación de pedido.

Pues bien, pese a tal denominación la misma va más allá de la mera anulación de pedido y «*de facto*» constituye una verdadera resolución de inicio del presente procedimiento administrativo de resolución del referido contrato de suministro por incumplimiento de la obligación principal, en la que incluso se le otorga el trámite de vista y audiencia a la empresa interesada, sin olvidar que en ella constan los motivos que dan lugar a la tramitación del presente procedimiento, por lo que el defecto formal que implica no haber denominado correctamente esta resolución de inicio del procedimiento, dado que no le causa indefensión alguna a la empresa interesada, no supone obstáculo para la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo.

La empresa interesada presentó escrito de alegaciones el día 22 de marzo de 2021.

Posteriormente, se formula Propuesta de Resolución en forma de Borrador de la Resolución definitiva (carece de fecha) y el día 6 de mayo de 2021 se emitió el informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos.

IV

1. La Propuesta de Resolución emitida, declara resuelto el contrato administrativo de suministro de diverso material sanitario, cuyo objeto tras su modificación está constituido por 6.800 cajas de guantes de nitrilo, y ello por incumplimiento de la obligación principal, al amparo de lo dispuesto en el art. 211.1.f) LCSP, ya que la Administración considera, como se desprende de la propia Propuesta de Resolución, que la interesada no ha suministrado los guantes referidos, habiendo incluso vencido el plazo legal para ello de un mes desde la formalización de la modificación del objeto inicial del contrato [art. 120.1.c) LCSP], tramitado por el procedimiento de emergencia.

2. La empresa interesada alega que el suministro de guantes no se hallaba entre los que correspondía al pedido inicial y que cuando se modificó el objeto del contrato el 24 de noviembre de 2020 la Administración no se les indicó la existencia de plazo alguno para su entrega, todo ello sin perjuicio de los problemas derivados de la situación de escasez de tal tipo de material generada por la pandemia de covid-19.

3. En este caso, para poder entrar en el fondo del asunto es necesario partir de una serie de hechos indubitados cuya realidad se desprende del propio expediente, siendo los siguientes:

- En primer lugar, se solicitó el primer pedido, que fue suministrado en parte por la interesada durante la pandemia de covid-19, teniendo por razón la adquisición de material sanitario necesario para hacer frente a tal situación de pandemia, tramitándose por el procedimiento de emergencia por tal motivo.

- La razón por la que se contrató con la empresa a través del procedimiento referido fue porque la misma, a diferencia del resto de empresas del sector, presentó un presupuesto en el que constaba que la misma tenía a disposición del SCS abundante material sanitario, escaso en el mercado en ese momento, entre el que también se incluía guantes de nitrilo de distintas tallas (página 3 del expediente).

- Cuando se modificó el objeto del contrato, modificación que, como se relata con anterioridad y así consta en el expediente, fue debidamente formalizada y notificada a la empresa contratista, la misma no puso objeción alguna a tal modificación, sin que conste escrito o comunicación alguna dirigida por la contratista al SCS por la que le hiciera constar la imposibilidad de suministrarle un material que había incluido en su presupuesto inicial o, al menos, que justificara un retraso o la imposibilidad temporal de adquirir dichos guantes.

- Resulta incontrovertible que la empresa contratista nunca cumplió con la que fue la obligación principal del contrato tras la referida modificación, el suministro de guantes de nitrilo.

4. No cabe atender la primera de las alegaciones de la empresa, la relativa a que desconocía la existencia de plazo cierto para hacer la entrega de los guantes, por las siguientes razones.

En primer lugar, porque la razón de ser del pedido fue combatir la situación de extrema emergencia generada por la pandemia, siendo más que evidente que ello requiere una respuesta inmediata por parte de la Administración, sin que la misma puede esperar por el cumplimiento de la prestación que le correspondía a la contratista «*sine die*»; y ello, sin olvidar que el hecho que motivó su contratación es que esta empresa alegaba que podía hacer frente al pedido de forma inmediata, lo que se desprende sin la menor duda del presupuesto inicialmente enviado por ella al SCS, incorporado al expediente en el que consta en su haber los mencionados guantes de nitrilo.

En segundo lugar, la empresa conocía o al menos debía conocer que se le contrató sin licitación previa a través del procedimiento de emergencia, lo que implica que el plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser

superior a un mes, en este caso, desde que tuvo conocimiento de la modificación contractual en las fechas ya referidas, tal y como establece el art. 120.1.c) LCSP, como correctamente alega la Administración en su Propuesta de Resolución, siendo preciso señalar a la empresa que, como dispone con carácter general el art. 6.1 del Código Civil, la ignorancia de la leyes no excusa de su cumplimiento.

5. Asimismo, en cuanto a la escasez de material que según la empresa justifica su incumplimiento, la Administración, con base a la documentación que inicialmente le presentó la interesada, encontrándose entre su listado de material los guantes de nitrilo, alega que tal situación de escasez es la que justamente justifica que contratara con la interesada por el procedimiento de emergencia, manifestando en la Propuesta de Resolución al respecto lo siguiente:

«La formalización de los citados pedidos se basa en la escasez de este tipo de material como consecuencia de la alta demanda mundial. La falta de este suministro constituye un gravísimo problema debido a su gran repercusión como medio de protección individual para los profesionales sanitarios involucrados en la realización de test de detección del COVID-19 y en la administración de las vacunas que hasta la fecha se han aprobado contra dicha enfermedad. El precio y el plazo de entrega son fundamentales para la organización logística de todo lo concerniente a la administración de las dosis establecidas tanto a los profesionales, como a la población, para el control de la pandemia referida. El plazo de entrega es de enorme importancia y el eje fundamental que justifica el procedimiento fijado en la regulación de la emergencia».

De igual modo, la interesada con el presupuesto que presentó y que justificó su contratación en detrimento del resto de empresas del sector le mostró al SCS que era capaz de suministrar el tipo de material sanitario contenido en el mismo, incluido los guantes de nitrilo, pese a la escasez generalizada de los mismos, evidente por tenerlos en su haber o por poder acceder con facilidad e inmediatez a los mismos, lo que no podía asegurar el resto de empresas del sector, razón por la que no se contrató con ellas.

6. Por todo ello, valorando la documentación del expediente en su conjunto y las razones esgrimidas por el SCS y la empresa interesada, se puede concluir afirmando que la empresa contratista ha incumplido la obligación principal del contrato, tras su modificación, sin justificación alguna para tal incumplimiento.

Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones contractuales (por todos, Dictámenes 300/2020 de 16 de julio, 243/2019, de 20 de junio y 106/2020, de 14 de mayo), sobre qué debe entenderse por *«incumplimiento*

de la obligación principal del contrato», con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, de la STS de 1 de octubre de 1999, que señala 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», es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de «denominación» que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato; siendo todo ello aplicable a este asunto en virtud de lo expuesto con anterioridad.

Por virtud de cuanto antecede, en suma, resulta conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, pues la contratista no ha conseguido desvirtuar la causa de resolución.

7. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, en el art. 213.3 se dispone 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»,* pero se ha de tener en cuenta en este supuesto que, dado que se contrató mediante el procedimiento de emergencia no se ha prestado garantía por parte de la empresa contratista, no siendo posible tal incautación, siendo también aplicable a este supuesto lo establecido en el art. 307.1 LCSP.

Además, en base al principio de buena fe, y aplicando el principio de proporcionalidad, que debe presidir las relaciones contractuales, se deberá liquidar el contrato, procediendo al pago de los servicios efectivamente realizados por la contratista; sin perjuicio de que la Administración, en el curso de un distinto procedimiento, pudiera tratar de invocar y de valorar, de forma prudente, los daños y perjuicios que la actitud, en su caso, insuficientemente diligente de la entidad contratista le hubiera podido causar.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, por la que se resuelve el contrato administrativo de suministro de guantes de nitrilo por parte de la empresa (...), se ajusta a derecho.