



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 3 / 2 0 2 1

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 28 de julio 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 n.º 62/20, suscrito con la empresa (...), relativo al servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores en el CAE de Gáldar y en el Hospital San Roque de Guía (EXP. 367/2021 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín por la que se establece la resolución del contrato n.º 62/20 suscrito con la entidad mercantil (...), para el servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores en el CAE de Gáldar y en el hospital San Roque de Guía.

2. La legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia del Consejo para la emisión del Dictamen 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 191.3, letra 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 (en adelante, LCSP), precepto que es de aplicación porque la contratista se ha opuesto a la resolución.

Es de aplicación, además, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (arts. 190 y 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, es el Director Gerente del Hospital Universitario de Gran Canaria.

4. Este Consejo Consultivo ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre este asunto en el Dictamen 134/2021, de 25 de marzo de 2021, en el que se concluye la retroacción del procedimiento con la finalidad de dar trámite de vista y audiencia sobre la totalidad del expediente a la empresa contratista.

II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

- Con fecha 10 de junio de 2020, se formalizó contrato n.º 62/20 con la empresa (...), como adjudicataria del contrato para el servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores en el CAE de Gáldar y en el Hospital San Roque de Guía, con importe de 8.400 de euros, sin IGIC, y por un período desde 20.06.20 al 19.06.22.

A razón de las siguientes anualidades :

2020 2.228,33

2021 4.200,00

2022 1.971,67

- El Servicio de Mantenimiento, mediante informe de 15 de diciembre de 2020, señala que:

Como se indicó el pasado mes de noviembre para que ejecutaran la modificación del contrato, se ha dado de baja a los aparatos elevadores por la instalación de nuevos aparatos en su lugar para cubrir las necesidades del Hospital San Roque de Guía, ya que los ascensores existentes no cubren las necesidades de espacio y se ha optado por adquirir unos nuevos aparatos con mayor espacio útil en cabina.

El expediente objeto del contrato es la prestación del servicio de mantenimiento de cinco aparatos elevadores:

RAE 20945 del CAE Gáldar.

RAE 6229, 6230, 6232, 6233 del Hospital San Roque de Guía.

A partir del 1 de noviembre se dio de baja del servicio a dos ascensores siguientes del Hospital San Roque de Guía:

- RAE 6229.

- RAE 6233.

Y a partir de este mes y antes del 14 diciembre se ha procedido a dar de baja de servicio del Hospital San Roque de Guía:

- RAE 6230.

- RAE 6232.

Por lo anterior, con fecha efecto 1 de noviembre de 2020, 2 unidades, y fecha 15 de diciembre de 2020, otras 2 unidades, desaparecen del objeto del contrato estos cuatro aparatos.

Además, se realiza el cálculo de las cantidades a abonar por la prestación real del servicio durante el año 2020, y que se concreta del siguiente modo:

Cuota de noviembre a abonar por 3 ascensores de 5 ud. en contrato 224,70 €, IGIC incluido.

Cuota diciembre a abonar 149,8 €, IGIC incluido.

Saldo sobrante del expediente para el 2020 de 374,8 €.

Asimismo, se informa que en caso de rescindir este contrato es de obligado cumplimiento por normativa legal el continuar con la relación contractual de mantenimiento del ascensor RAE 20945 del CAE Gáldar para que pueda estar en servicio (al uso), por lo que es imprescindible realizar contrato en iguales términos a los del expediente de contratación existente.

- Por lo expuesto, la Dirección Económico Financiera del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín emite informe proponiendo la resolución del contrato firmado con la entidad (...).

- Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín de 21 de diciembre de 2020, se establece el inicio de la resolución del contrato suscrito con (...) para el servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores del CAE de Gáldar y del Hospital San Roque de Guía.

- El 11 de enero de 2021 la empresa contratista alega la no conformidad al trámite de resolución del contrato y solicita se proceda a la revocación de la resolución del Director Gerente por la que se inicia el procedimiento de resolución.

- Consta en el expediente informe de la Asesoría Jurídica Departamental de fecha 22 de enero de 2021.

- Con el fin de atender a las indicaciones de la letrada habilitada por la Asesoría Jurídica se emite informe por la Jefa de Servicio de Suministros, y que a continuación se traslada:

«Se recibe informe preceptivo emitido por la letrada habilitada por la Asesoría Jurídica, para procedimiento de resolución de contrato suscrito el 10 de junio de 2020 entre esta Dirección Gerencia y la empresa (...), para el servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores en el CAE de Gáldar y en el Hospital San Roque de Guía.

En dicho informe se indica:

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 213:

"Hasta que se formalice el nuevo contrato o contratos el contratista actual queda obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, "a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público". "A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de este por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato".

Se indica que la empresa (...), ha firmado contrato menor el 21 de diciembre de 2020 para el mantenimiento del ascensor RAE 20945 situado en el CAE de Gáldar, con el mismo precio que sirvió de base en la celebración del contrato que se quiere rescindir y para un periodo de ejecución desde el 21.12.20 al 20.03.21 y que asciende a la cantidad de 224,70 euros con IGIC incluido, con el fin de adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad».

- Finalmente, la Propuesta de Resolución resuelve el contrato en aplicación de la causa prevista en el art. 211.1, letra g) LCSP:

La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los arts. 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el art. 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

- Sometido el expediente a nuestro parecer, tal y como resulta preceptivo, al dejar expresa constancia la contratista de su oposición a la resolución del contrato por la causa de resolución inicialmente pretendida por la Administración [el mutuo

acuerdo, al amparo del art. 211 letra c) LCSP], nuestro Dictamen 134/2021, de 25 de marzo de 2021 (Sección 1.ª), vino a concluir en la necesidad de retrotraer el procedimiento con la finalidad de dar trámite de vista y audiencia sobre la totalidad del expediente a la empresa contratista, ya que ésta no conoció al tiempo de que se le otorgara el trámite para la formulación de alegaciones la causa de resolución contractual invocada por la Administración -concretamente, la prevista en el art. 211 letra g) LCSP-, tras la manifestación de la contratista oponiéndose a la resolución del contrato por la vía del mutuo acuerdo, así como los informes obrantes en el expediente, lo que le provocó una limitación de los medios de alegación y, en consecuencia, de defensa de sus derechos e intereses, produciéndole indefensión.

- Por lo anteriormente expuesto, mediante Resolución n.º 1393/2021, de la Dirección Gerencia, de 8 de abril, se acordó la retroacción del procedimiento de resolución del contrato n.º 62/20 y se acordó iniciar el trámite de vista y audiencia a la contratista. Llevándose a efecto dicho trámite en fecha 22 de abril de 2021.

- El 27 de abril de 2021, la contratista presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta que existe incumplimiento por parte de la Administración y ante la nueva adjudicación del contrato de suministro a otra empresa del sector, la entidad contratista (...), señala que deberá ser indemnizada al amparo de lo previsto en el art. 213.2 LCSP por los daños y perjuicios ocasionados a esta parte y que cifra en la cantidad resultante de aplicar al importe restante por cobrar hasta la finalización del contrato el 15% correspondiente con el beneficio industrial dejado de percibir, sin perjuicio de otros daños que se le hubieran podido ocasionar y que al momento de su escrito no habían podido ser valorados o tenidos en cuenta.

- Consta en el expediente la realización de informe-memoria de la técnica de la hoy Unidad de Contratación Administrativa, de fecha 10 de mayo de 2021, sobre la resolución del contrato n.º 62/2021.

- Consta igualmente en el expediente nuevo informe de la Asesoría Jurídica Departamental de fecha 2 de junio de 2021.

- La nueva Propuesta de Resolución pretende resolver el contrato suscrito con la entidad (...), como adjudicataria para el servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores del CAE de Gáldar y del Hospital San Roque de Guía, por la causa prevista en el art. 211, letra g) LCSP, esto es, por la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, por lo que acuerda indemnizar a la entidad

contratista la cantidad de 203,73 euros, que es equivalente al 3 por ciento de la prestación dejada de realizar.

III

1. Este Consejo Consultivo considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen, por las razones que se expresan a continuación:

Promovida la resolución del contrato inicialmente a través de la vía del mutuo acuerdo, como resulta de antecedentes, ciertamente, la entidad contratista vino a oponerse a la aplicación de dicha causa de resolución y a manifestar en trance de alegaciones su oposición a la formalización de un nuevo contrato y a plantear en lugar de la resolución del existente, su mantenimiento, en su caso, mediante la incorporación al mismo de una «*addenda*», si resultara preciso (así es como es denominado por la propia entidad contratista).

Evacuados con posterioridad los trámites informativos correspondientes, sin embargo, la inviabilidad de acudir al mecanismo de la modificación convencional fue puesta de relieve por el servicio jurídico. Por lo que, precisamente, con base en ello, dicho servicio se pronunció en sentido favorable al borrador de la Propuesta de Resolución sometida a su parecer, que fundamentaba la necesidad de proceder a la resolución contractual en la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos en que resultó suscrito inicialmente; y al amparo, por tanto, del art. 211 letra g) LCSP, el servicio jurídico informa favorablemente el borrador de propuesta resolución sometido a su parecer.

Importa ahora transcribir parcialmente el contenido de su informe, porque es relevante a los efectos de evacuar este Dictamen:

«al establecer (el pliego en su art. 29.1) como tope del importe de la modificación convencional el 20 % del precio del contrato se está excluyendo del supuesto de modificación convencional la posibilidad de sustitución de más de un elevador, ya que inicialmente eran cinco los ascensores objeto de mantenimiento y no se fija un prorrateo ponderado la mensualidad en relación con cada uno de ellos (...).

De ahí que como concluye el informe de la Directora General de Servicios Generales A.E. no sea viable la modificación y, como tampoco puede sostenerse un contrato que ya no satisface la íntegra necesidad que justificó su nacimiento -amén de la imposibilidad de su ejecución e improcedencia de su subsistencia- propone la resolución del contrato.

Por otra parte no se prevé que el contrato pueda ser modificado para realizar el mantenimiento de otros aparatos distintos de los que se identifican en el pliego de

prescripciones técnicas ni el supuesto de hecho es reconducible a ninguno de los legalmente tasados como causas de modificación legal del contrato.

Esta ineludible resolución del contrato, dado lo antes expuesto, lo será por causa no imputable al contratista. (...)».

Queda de este modo consignada la necesidad de resolver el contrato, por cuanto que, dados de baja los cuatro aparatos (en Guía) sobre los que se realizaba el servicio de mantenimiento, resulta inevitable incrementar el precio del contrato inicialmente establecido y superar con ello el porcentaje máximo establecido en el pliego (20% del precio del contrato).

Así se dejó constancia en la Propuesta de Resolución formulada en el expediente inicial *«Vista la solicitud del Servicio de Mantenimiento se hace inviable la modificación del contrato por superar el 50% del precio del contrato»*, con lo que el supuesto planteado era susceptible de reconducción a la causa de resolución tipificada en el art. 211 letra g) LCSP: imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los arts. 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el art. 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

La invocación de la causa de resolución contractual quedaba del modo expuesto debidamente fundamentada por la Administración.

2. Es verdad que la Propuesta de Resolución inicialmente elaborada por la Administración en el curso de este procedimiento fue dictaminada desfavorablemente por este Consejo Consultivo. Sin embargo, lo fue en garantía de los derechos de la contratista, porque ésta, con anterioridad a la formalización del trámite de alegaciones que se le practicó en el expediente originario, desconocía la concreta causa de la que la Administración se servía como fundamento para la resolución del contrato y a la sazón nada pudo alegar en su descargo.

De acuerdo con el criterio expresado por este Organismo, lo cierto es que la Administración ha venido ahora a otorgar un nuevo trámite de vista y audiencia, y lo ha hecho *«sobre la totalidad del expediente al contratista»*, según hace constar el acuerdo de retroacción. Dicho trámite vino así a practicarse en los términos expresados.

Pues bien, lo importante ahora es notar que, del modo expuesto, no solamente han quedado exteriorizadas las razones determinantes de la inviabilidad de la continuidad del contrato (con el consiguiente mantenimiento del servicio prestado por la entidad contratista), extremo del que ya figuraba constancia suficiente en el expediente originario, sino que ahora también (...), ha tenido ocasión de oponerse a la resolución y a las razones determinantes de ella.

3. En su defensa, la entidad contratista ha tratado de reconducir la presente controversia a una distinta causa de resolución contractual, concretamente, invoca a tal efecto el incumplimiento de lo pactado por parte de la Administración, con vistas a deducir de ello unas consecuencias distintas de las que resultan de la aplicación de la causa tipificada por el art. 211 letra g) LCSP, que la Administración pretende deducir (tales consecuencias se concretan en el art. 213.4 LCSP; y en lugar de la indemnización prevista en dicho apartado, la entidad contratista pretende la aplicación de lo previsto por el art. 213.2 LCSP).

En la nueva Propuesta de Resolución que la Administración ha formulado, y que ahora se somete a nuestra consideración, se refutan las alegaciones efectuadas en el trámite de audiencia y vista al expediente y se da cumplida y razonada respuesta, sucesivamente, a cada una de ellas. Distinta cuestión es que la Administración se haya atendido a las razones aducidas por la entidad contratista en el trámite de audiencia. Lejos ha sido de ser efectivamente así. Pero, como es lógico, no es obligado hacerlo, siempre que se ofrezca una fundamentación adecuada y suficiente, como ha sido el caso.

Por lo demás, refuerza y otorga especial consistencia a las conclusiones alcanzadas por la Administración el nuevo informe jurídico elaborado al efecto (art. 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), en el momento establecido en que así se dispone para los procedimientos de resolución contractual, lo que también admite la propia entidad contratista en sus alegaciones. El indicado documento se vino a elaborar a su vez sobre la base de un informe técnico; y, especialmente, se detallan las necesidades concretas de infraestructura sanitaria que precisan ser atendidas y que justifican la sustitución de los elevadores.

Todo ello, sin que suponga la introducción de nuevos elementos que conduzcan a una valoración diferente de las circunstancias del expediente, y que hubieran podido producir algún género de indefensión. Nada al respecto ha venido a alegar la entidad contratista en esta ocasión, con motivo del nuevo trámite de audiencia que se le ha

otorgado, al contrario de lo que hizo en el expediente originario. No se ha invocado por su parte la falta de respeto de sus garantías en el curso del procedimiento, siquiera sea con carácter genérico y sin la concreción suficiente, y ha centrado su oposición en la cuestión de fondo.

En cualquier caso, ha de quedar descartada de antemano todo género de indefensión en sentido material, a falta de elementos nuevos y desconocidos, en la medida en que también *«en todo momento la entidad (...) ha tenido conocimiento de las necesidades de infraestructura de esta Gerencia en el Hospital San Roque de Guía relacionados con la situación generada por el COVID-19»*, como manifiesta la Propuesta de Resolución, *«máxime cuando licitó el procedimiento de adjudicación del expediente número (...) para la contratación de un SUMINISTRO E INSTALCIÓN DE CUATRO APARATOS ELEVADORES EN EL HOSPITAL DE SAN ROQUE DE GUÍA, por el procedimiento abierto y tramitación urgente, sin embargo no resultó adjudicataria del mismo. Así como que la entidad (...) ha continuado prestando los servicios de mantenimiento de los cuatro elevadores (...) hasta las bajas de mantenimiento de los mismos»*, como igualmente la propia Propuesta de Resolución pone de manifiesto.

4. Así, pues, cumple concluir que se ha ofrecido por la Administración una fundamentación adecuada de las razones justificativas de la concurrencia de la causa de resolución concreta esgrimida por ella con vistas a su aplicación al supuesto que ha dado lugar a este Dictamen (imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato e improcedencia de proceder a su modificación) y que la entidad contratista ha tenido conocimiento de tales razones y ha podido también darles réplica en el curso de este expediente.

Consecuentemente, por virtud de cuanto antecede, se considera que es conforme a Derecho, la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, que resuelve el contrato n.º 62/20 suscrito con la entidad mercantil (...), para el servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores en el CAE de Gáldar y en el hospital San Roque de Guía, se considera ajustada a Derecho.