



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 14 / 1987

La Laguna, a 22 de mayo de 1987.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno respecto del *Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Modelos Tipos de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de obras de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias (EXP. 17/1987 PD)**.

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, consiste en determinar si el Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Modelos Tipos de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de obras de la Administración autonómica se adecua a la Constitución (CE), al Estatuto de Autonomía (EACan) y al resto del Ordenamiento jurídico que resultare aplicable, constituido al efecto por la Ley de Contratos del Estado (LCE), cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y por su Reglamento (RCE), aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (respectivamente modificados por el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre), así como por el Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado.

II

1. La competencia del Consejo Consultivo para emitir el dictamen que se le solicita se ampara en el art. 3.1 de la Ley 4/1984, constitutiva del Consejo, que

* **PONENTE:** Sr. García Luengo.

atribuye al Presidente del Gobierno la facultad de recabar de este Organismo dictámenes tanto preceptivos como facultativos, según proceda.

2. Respecto a la competencia de la Comunidad Autónoma (CAC) para regular mediante Decreto cuestiones relativas a la contratación administrativa, conviene señalar que la misma no resulta atribuida de forma directa e inmediata por el Estatuto, sino que se deduce del tenor de varias prescripciones estatutarias. En efecto, el art. 21, EACan, atribuye a la CAC la posibilidad de crear y organizar su propia Administración Pública, dentro de los principios generales y normas básicas del Estado, debiendo aquella responder en todo caso a los principios de eficacia, economía y máxima proximidad a sus ciudadanos. Asimismo, el art. 32.2, EACan, atribuye a la CAC, en el marco de la legislación básica del Estado, y en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de **Régimen Jurídico** de la Administración Canaria, expresión esta última comprensiva no sólo del procedimiento y régimen de recursos, sino también de la organización de la Administración (STC 32/1981, de 28 de julio y 76/1983, de 5 de agosto), que, como toda organización, estará integrada de unos elementos de carácter personal, institucional y material, en cuya ordenación la CAC puede incidir respetando en todo caso las bases fijadas por el Estado en la materia. Precisamente, el Proyecto de Decreto viene a regular ciertos aspectos de la actividad administrativa, particularmente aquella que se refiere a su gestión contractual, fijando el contenido mínimo uniforme que debe incluirse en los Pliegos de Cláusulas Particulares de la contratación de obras, con lo que, en cierta forma, está concretando el procedimiento contractual previsto en la legislación básica, cuya regulación corresponde al Estado en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.18ª, CE, bases que están insertas en la Ley de contratos del Estado y en su Reglamento, modificados recientemente, como se ha dicho, por exigencias de la necesaria adaptación a las directivas de la Comunidad Económica Europea. En este sentido, se advierte que el RD Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, y el RD 2528/1986, de 28 de noviembre, previenen (cfr. disposición final 1ª) que los artículos de la Ley y Reglamentos de Contratos del Estado comprendidos en ambas normas tendrán el carácter de legislación básica a los efectos del citado art. 149.1.18ª, CE, siendo de aplicación a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas (CCAA), pretensión uniformadora general que ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional

(RI 951/1986, de 29 de septiembre) sin que, hasta la fecha, haya habido pronunciamiento al respecto, por lo que el principio de presunción de constitucionalidad de las normas exige que las CCAA respeten por el momento tales contenidos cuando decidan establecer alguna regulación con incidencia en la cuestión concernida.

Por lo demás, con el presente Proyecto normativo la Comunidad Autónoma está actuando, aunque con diferente alcance, la previsión contemplada en el art. 82, RCE, según la cual los Departamentos ministeriales podrían establecer modelos-tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de general aplicación a los contratos de naturaleza análoga, previo Informe de la Asesoría Jurídica. En cambio el Proyecto de Decreto que se dictamina pretende establecer, para todos los contratos de obras de carácter administrativo, pliegos-tipo de general aplicación por todas las Consejerías, pretensión normativa que encuentra razonado fundamento en diversas prescripciones legales, estatutarias y constitucionales, como son las ordenadoras de los principios de economía, celeridad, eficacia, normalización y racionalización administrativas (cfr. arts. 103, CE; EACan; 1.2, de la Ley 8/1986, de 18 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias y 29 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo). Además, la racionalización administrativa que se concreta en la determinación de criterios de común general y aplicación y seguimiento por todas las Consejerías, viene amparada por la consideración unitaria de la Administración Pública autonómica, que, por múltiples que sean sus articulaciones orgánicas, sigue siendo una organización única. Así, es jurídicamente posible y funcionalmente recomendable que la manifestación externa de la voluntad administrativa sea, en los distintos Departamentos administrativos, lo más uniforme posible, sin que haya diferencias sustanciales entre los contratos efectuados por uno u otro de aquellos, pues, al fin y al cabo, los contratos se formalizarán en nombre de la Comunidad Autónoma (art. 32.1.K, de la Ley 1/1986), evitándose asimismo la inseguridad jurídica que pudieran generar modelos contractuales diferenciados o aún la posibilidad de que el contenido de los Pliegos de Cláusulas sea un elemento discriminatorio entre los contratistas. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, como señala la reiterada doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, puesta de manifiesto por este Consejo en Dictámenes anteriores, el Pliego de Condiciones es la

ley del contrato, dotada de fuerza obligacional para ambas partes, que deberán ajustar su actuación a lo en él prescrito, pues, como norma fundamental del contrato que es, rige primariamente el mismo, teniendo carácter prevalente a efectos de su eficacia e interpretación. De ahí la imposibilidad, en principio, de introducir modificaciones en las bases y condiciones del contrato, como exigencia impuesta por la circunstancia de que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares incluyen los pactos que asumirán las partes del contrato (art. 15, LCE). Por todo ello, es claro que se justifica aún más si cabe la regulación contenida en el Proyecto de Decreto dictaminado.

III

Tal y como se precisó anteriormente, la competencia autonómica en esta materia está limitada de forma inmediata, por las bases fijadas por el Estado (art. 149.1.18ª, CE), bases que el Proyecto de Decreto reitera con mayor o menor literalidad, sin que en el mismo se contengan violaciones frontales de las mismas, aunque se aprecien en algunos de sus preceptos ciertas incorrecciones técnicas que convendría corregir en aras de una mayor claridad normativa y seguridad jurídica.

1. Es objetable la cláusula 1.1 de los Anexos, por la especial caracterización que introduce de los órganos de contratación y por la singular calificación que hace de la imputación de sus actos. Ciertamente, no es este el lugar adecuado para hacer un excursus sobre la teoría del órgano administrativo y sobre la Administración como organización instrumental, pero no obstante ello, conviene recordar que el órgano administrativo es una unidad funcional creada por el Derecho en la que se estructuran internamente las entidades públicas, una unidad carente de personalidad o subjetividad y cuya actividad se imputa a la persona jurídica en que se integra. Obviamente, la persona jurídica a la que, en última instancia, la actividad del órgano compromete es la Comunidad Autónoma de Canarias, no la Administración autonómica. Precisamente por ello, el art. 32.1.k) de la Ley 8/1986 prevé que los contratos que firmen los Consejeros se harán en nombre de la Comunidad Autónoma, de la que la Administración es sólo su instrumento. Es más, en la citada cláusula se distingue entre "órgano de contratación" y "Administración Pública canaria", en virtud de lo cual se instituye una peculiar representación ("actúa en nombre de"). Sin

embargo, los términos en que está redactado el citado precepto constituyen una tautología, pues el órgano de la Administración que tiene atribuida, funcional y materialmente, la competencia para contratar, no siendo, en consecuencia, necesario acudir a la imputación prevista en la cláusula de referencia.

2. Los arts. 29 del RD Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, y 93 del RD 2528/1986, de 28 de noviembre, norma de carácter básico como señalan las respectivas disposiciones finales, obligan a que las subastas se anuncien, si su presupuesto fuere igual o superior a 1.000.000 de unidades de cuenta europeas, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de conformidad con las reglas prevenidas en los citados artículos, con el fin, obviamente, de permitir diversificar la oferta y, en consecuencia, conseguir unas mejores condiciones económicas en la realización de la obra. Por ello, debiera quizá hacerse en los pliegos-tipo expresa referencia a la necesidad de cumplir este trámite de publicidad, previsto en la legislación básica del Estado y, por tanto, exigible a las CCAA. Asimismo, procedería hacer expresa mención a la publicidad de las adjudicaciones, por imposición de los arts. 38, LCE y 119, RCE. Igualmente, parece evidente que la referencia al Boletín Oficial (cláusulas 9.1 y 2) debe serlo al de la Comunidad Autónoma, regulado por Decreto 1/1983, de 14 de enero, en cuyo art. 2.f) se prevé la inserción de los anuncios de ventas, subastas y concursos para la contratación de obras del Gobierno y de los órganos de la Administración autónoma lo determinen las disposiciones vigentes.

3. En los pliegos-tipo de referencia, cláusulas 34, 35 y 33, respectivamente, se establece la resolución de las cuestiones litigiosas por la jurisdicción contencioso-administrativa ante la Audiencia Territorial de Las Palmas. Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria Segunda, 2, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, declara que, hasta tanto entren en funcionamiento los Tribunales Superiores de Justicia, subsistirá la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. En tal sentido, debe recordarse que la jurisdicción contencioso-administrativa es improrrogable (art. 5.1 de la Ley jurisdiccional) y que, de conformidad con el art. 11 de la misma, la jurisdicción competente es aquella en cuya circunscripción se realiza el acto ordinario impugnado.

Por otra parte, es más correcto técnicamente referirse en esta cláusula al "contratista" y no al "empresario", pues claro que el contrato ha sido ya adjudicado y formalizado, sin perjuicio y con independencia de que todo contratista sea empresario, término este que puede utilizarse hasta la formalización del mismo. Por lo demás, es claro que el recurso que se interpone ante la jurisdicción contenciosa se efectúa por ostentar la condición de contratista, no de empresario.

4. En la cláusula 1.1 de los Pliegos quizás sería más correcto utilizar la expresión "el órgano de contratación (...) es", más que "está constituido por".

En la cláusula 8.2 debiera expresarse que la acreditación concernida deberá hacerse de conformidad con lo prevenido en la legislación de contratos, y puntualizar que tales empresas deberán estar inscritas en el Registro previsto en el art. 23.10, RCE. La Cláusula 16.1 del pliego-tipo previsto en el Anexo I, último párrafo, es parcialmente reiterativa de la 2.2, 21.2 y 19.2, de los pliegos-tipo previstos respectivamente en los Anexos I, II y III, sería más adecuado utilizar la expresión "presupuesto comprendido entre los límites señalados" que "presupuesto similar al señalado", pues ya en las citadas cláusulas se establece un baremo, de máximo y mínimo, que hace ociosa la referencia a la expresión "similar", que, por lo demás, es absolutamente indeterminada. En las cláusulas 21.3, 22.3 y 20.3 de los respectivos Pliegos hay que salvar expresamente la responsabilidad del contratista cuando el perjuicio haya derivado de orden de la Administración o vicio del proyecto (art. 134, RCE). Asimismo, en las Cláusulas 22.2, 23.2 y 21 sería oportuno precisar que en caso de resolución de contrato el contratista perderá la fianza depositada (art. 45, LCE).

C O N C L U S I Ó N

1. La Comunidad Autónoma de Canarias es competente para regular mediante Decreto los modelos-tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación e obras de la Administración autonómica, habiendo ejercido su competencia con respecto a los límites impuestos por la legislación básica del Estado.

2. No obstante, se aprecian ciertas incorrecciones técnicas e imprecisiones conceptuales que sería conveniente subsanar, en aras de una mayor claridad normativa y seguridad jurídica, según se ha puesto de manifiesto en el Fundamento III de este Dictamen.