



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 11/1996

La Laguna, a 7 de marzo de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno en relación con el *Pliego de Cláusulas Económico- Administrativas Generales que han de regir la contratación de la ejecución de obras, mediante el procedimiento negociado, tramitado por el Ayuntamiento de Icod de los Vinos (EXP. 10/1996 PCAG)*.*

FUNDAMENTOS

I

El presente Dictamen, solicitado por la Presidencia del Gobierno de Canarias en virtud de lo previsto en el art. 11.1 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, tiene por objeto determinar la adecuación del Pliego General de Cláusulas Administrativas que ha de regir la contratación de la Corporación Local interesada al Ordenamiento jurídico, singularmente a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y al Reglamento General de Contratación del Estado (RCE), aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre, en vigor en todo lo que no se oponga a la citada Ley (disposición derogatoria única.1.b LCAP).

La competencia del Consejo Consultivo en esta materia deriva del art. 10.7 de su Ley reguladora en relación con el art. 49.3 LCAP, que establece la preceptividad del Dictamen que, no obstante, no resulta de carácter vinculante. La citada preceptividad opera siempre que estemos exclusivamente ante el supuesto previsto en dicha norma, es decir, la aprobación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales, aunque los mismos no resultan obligatorios en cuanto a su disponibilidad, en contraposición a los de naturaleza particular. Se resalta con ello que las distintas Administraciones pueden realizar actuaciones contractuales sin la previa existencia

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

del Pliego de Cláusulas Generales, pero en cambio la existencia de los de carácter particular resulta imprescindible, no sufriendo en ningún caso aquéllos a éstos.

Es más, conforme a las determinaciones del art. 50 de la propia LCAP, el órgano de contratación competente no requiere del preceptivo parecer de esta Institución consultiva para la aprobación del correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, ya se trate del individualizadamente confeccionado para cada actuación relativa a la contratación que se pretenda, o de los modelos-tipo de los Pliegos de esta naturaleza, si optare por tal previsión legal. Es por ello que para disipar las dudas que pudieran plantearse en la correcta aplicación de la normativa legal referente a esta materia, resulta pertinente dejar la cuestión esclarecida con nitidez. Tal preocupación determinó que a las primeras consultas recabadas a este Consejo, tras la innovación legal operada en esta materia, se diera respuesta acorde a esta específica problemática, incorporando a los Dictámenes emitidos al efecto (100, 101 y 102 de 1995) los razonamientos del caso que de modo sintetizado se reproducen en el Fundamento siguiente, a los fines señalados.

II

1. El art. 49 LCAP, a diferencia de lo que preceptuaba el art. 15 de la derogada Ley de Contratos del Estado (LCE), establece de forma potestativa la posibilidad de que las distintas Administraciones elaboren los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales, de tal forma que se establecerán cuando se considere oportuno y necesario, según el tipo de contratación u otros motivos.

De otro lado, la Ley no establece el contenido concreto de estos Pliegos Generales, ya que es materia propia de desarrollo reglamentario, limitándose en el art. 95 a declarar que los efectos de los contratos administrativos, además de lo señalado en la Ley y en sus disposiciones de desarrollo, se regirán por los pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares.

De acuerdo con el art. 36 RCE -que puede considerarse en vigor dado que no contradice lo preceptuado en la Ley- aquellos pliegos han de reflejar las cláusulas típicas a las que, en principio, se acomodará el contenido de los contratos, concretando el artículo siguiente que contendrán las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas que serán de aplicación, en principio, a todos los contratos de un objeto análogo además de las establecidas en la legislación de

contratación. Continúa este precepto señalando que los Pliegos se referirán a los siguientes aspectos de los efectos del contrato: 1. Ejecución del contrato y sus incidencias; 2. Derechos y obligaciones de las partes, régimen económico; 3. Modificaciones del contrato, supuestos y límites; 4. Resolución del contrato; 5. Conclusión del contrato, recepciones, plazo de garantía y liquidación.

De este contenido reglamentariamente determinado puede concluirse que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales deben dar respuesta a las incidencias contractuales y a las relaciones del contratista y la Administración, siendo por tanto ajeno a los mismos el previo procedimiento de contratación. Como ha señalado el Consejo de Estado, en los mismos se han de configurar las "prescripciones relativas a derechos y obligaciones de las partes contratantes, siendo naturalmente ajenas al contenido del contrato las normas que previenen los requisitos y condiciones que deben cumplirse para que entre la Administración y un determinado contratista se establezca el vínculo contractual. Una cosa es lo referente al establecimiento de la relación y otra bien distinta el contenido de la relación a establecer o establecida: a este último deben limitarse los pliegos de cláusulas". (DCE de 14 de julio de 1970, exp. nº 36.921).

De esta forma, los Pliegos de Cláusulas Generales no tienen por objeto el establecimiento de aquellas condiciones "que regirán la contratación", como se intitula el documento remitido a este Consejo, sino el de aquellas que han de regir el contrato de obras a adjudicar y formalizar.

A esta misma conclusión puede llegarse tanto con la anterior como con la nueva Ley de Contratos. Ya se señaló que la vigente norma legal no procede a una regulación del contenido de estos Pliegos, pero en cambio sí alude a determinadas menciones propias de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, regulados con carácter general en el art. 50. Así, en el art. 37.3 se prevé la posibilidad de que el órgano de contratación establezca garantías complementarias, que habrán de ser fijadas en este Pliego; lo mismo ocurre en el art. 70.4, al regular el sometimiento de la adjudicación a condición suspensiva en el caso que allí se señala, lo que se hará constar en este Pliego; el art. 80.1 prevé que las proposiciones que se presenten se ajusten al modelo que en el mismo se fije; en relación con el concurso, el art. 87.1 señala que el Pliego habrá de fijar los criterios para la adjudicación en los concursos,

el art. 88.1 la fijación de variantes y el art. 90 permite que el pliego establezca un plazo de adjudicación diferente al de tres meses fijado con carácter general por la Ley; igualmente podemos encontrar referencias en el art. 92.1.a) para el procedimiento restringido, en el que el pliego habrá de determinar los criterios objetivos que regirá la contratación en este caso.

Se quiere significar con ello que las menciones relativas al procedimiento de contratación habrán de ser establecidas por el correspondiente Pliego de Condiciones Particulares, no contradiciendo en este sentido el art. 35 RCE la normativa recogida en la LCAP cuando establece que, entre otras menciones, deberán contener la forma de adjudicación del contrato, desarrollado a su vez por el art. 82 para los contratos de obras, en cuyos nº 11 y 12 se prevén como menciones específicas de estos Pliegos la citada forma de adjudicación, expresando las bases por las que ha de regirse la licitación y la clasificación o requisitos de capacidad financiera, económica y técnica que haya de ostentar el empresario y garantías provisionales y definitivas a prestar por los contratistas.

III

De todo lo expuesto, podemos extraer dos consecuencias que afectan al pliego que ahora se dictamina:

1. El contenido del contrato y la ejecución de las obras resultan totalmente independientes del procedimiento al que se haya acogido la Administración para adjudicarlo. Viene ello a colación debido a que el documento remitido a este Consejo tiene por finalidad establecer el "pliego de condiciones económico-administrativas generales que regirá la contratación de la ejecución de las obras mediante el procedimiento negociado". El tipo de procedimiento utilizado por la Administración para la adjudicación, dentro de las previsiones legales -en las que además el negociado tiene carácter excepcional pues sólo cabe cuando se den algunas de las circunstancias previstas en los arts. 140 y 141 LCAP y con los límites para las Corporaciones locales fijados en la disposición adicional novena LCAP, modificadora del art. 88.3 LRBRL- no condiciona la posterior realización de las obras ni los derechos y obligaciones surgidos para el contratista y la Administración una vez formalizado el contrato.

Sí, en cambio, una mención de este tipo encuentra justificación en los pliegos particulares, pues en ellos habrá de determinarse por medio de qué procedimiento se procederá a la adjudicación de la concreta obra que la Administración va a contratar.

2. Las cláusulas 1 a 18, ambas inclusive, del Pliego examinado, por las razones expuestas en el Fundamento anterior, no corresponden al contenido propio del Pliego General, por referirse a la tramitación para la contratación y la formalización del contrato, con la salvedad, a la que más adelante se aludirá, de la nº 3. Por la misma razón, tampoco deben ser partes integrantes del mismo los modelos de proposición económica y de contrato que se incluyen al final del Pliego. Esta inclusión supone además un exceso de lo preceptuado en la LCAP, que se remite al Pliego de Cláusulas Particulares (art. 80.1).

3. También como observación de carácter general, debe señalarse que algunas de las cláusulas el Pliego sometido a Dictamen de este Consejo se limitan a la reproducción de preceptos legales. Conforme ha señalado el Consejo de Estado en el Dictamen anteriormente citado, no puede acogerse esta reiteración, pues "aunque en principio y en el proceso de producción de normas de desarrollo sucesivo de una general -el caso es típico cuando se trata del Reglamento de una Ley- pueda ser opinable la conveniencia o no de reiterar los preceptos ya incluidos en la norma de superior rango, resulta de evidente corrección pronunciarse por la negativa cuando entre las normas existe no sólo una diferencia de rango, sino también de naturaleza, como en el presente caso acontece. Si el Pliego tiene carácter dispositivo, de forma que sus cláusulas pueden quedar sin efecto por prescripciones contrarias del pliego de condiciones particulares, es claro que no deben incorporarse a aquel texto dispositivo las normas de carácter legal o reglamentario que sean de Derecho necesario. La articulación de unas y otras resulta ya claramente establecida en el art. 43 de la Ley de Contratos del Estado y en el art. 126 del Reglamento de la misma, a cuyo tenor los efectos del contrato de obras se regulan por la Ley de Contratos del Estado y sus disposiciones reglamentarias, así como por el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales en lo que no resulte válidamente derogado por las particulares del contrato".

Esta doctrina resulta de plena aplicación tras la entrada en vigor de la nueva Ley, pues cabe igualmente, a tenor de su art. 51, la inclusión en el Pliego de Condiciones

Particulares de cláusulas contrarias a las Generales, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Con ello, se considera igualmente en vigor el art. 126 RCE, pues no contradice las prescripciones legales actualmente vigentes.

En cualquier caso, debe entenderse que si a pesar de estas consideraciones la Administración actuante incluye estas reiteraciones, no por su mención en el Pliego queda a disposición de las partes su posible derogación mediante la inclusión de cláusulas contrarias en el Pliego de Condiciones Particulares, ya que se tratan de requisitos legales de cumplimiento imperativo.

IV

Entrando ya en el concreto contenido del Pliego, se realizan las siguientes observaciones puntuales a su clausulado, numerándose de acuerdo con el respectivo ordinal que consta en el mismo.

- **Cláusula 3.** La inclusión de una cláusula de este carácter en el Pliego encuentra justificación en que, como señaló el Consejo de Estado en el Dictamen citado, hace visible en éste el enlace formal entre las normas de la Ley y el Reglamento y las del propio Pliego en términos claros y expresivos que resultan aconsejables.

Ahora bien, dos observaciones caben a su concreta redacción:

- Se olvida la importante mención a los Pliegos de Condiciones Particulares, que constituyen la "ley del contrato" (SSTS. de 15 de octubre de 1976, 10 y 24 de noviembre de 1980, 10 de marzo de 1988, 6 de febrero y 9 de julio de 1988, 3 de febrero de 1992 y 21 de enero de 1994) y en los que además cabe la inclusión de cláusulas, previos los trámites preceptivos (art. 51 LCAP), de contenido contrario a las establecidas en el Pliego General.

- Se declara de aplicación el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, lo que implica que la contratación de la Corporación Local interesada queda sujeta a dos Pliegos, lo que resulta irregular, máxime cuando el contenido del proyectado es, en su mayor parte, mera repetición del primero citado.

- **Cláusulas 19.3 y 27.** Ambas tratan los gastos, tasas e impuestos de cuenta del contratista, por lo que, en aras del rigor sistemático, deben constituir una única

cláusula dentro del nº 19.3, dado que se trata de obligaciones de tipo económico, incluidas en el título que encabeza este art. 19.

Lo mismo puede decirse de la cláusula 20.5, relativa a los gastos de comprobación del replanteo, que también habrán de ser abonados por el contratista. En otro caso, para evitar la desconexión de este número con lo previsto en la 19.3, que es la que regula las obligaciones económicas con carácter general, debe hacerse mención a la misma; es decir, señalar que, "de acuerdo con lo dispuesto en el nº 19.3", serán de cuenta del contratista los gastos señalados.

- **Cláusula 21.** Esta cláusula se dedica al "programa de trabajo". Los apdos. 1 y 3 de la misma constituyen transcripción del primer párrafo del art. 128 RCE, lo que ya ha sido objetado con carácter general en el Fundamento III.

De otro lado, de acuerdo con su apartado 1 éste será exigible "cuando la ejecución de la obra esté prevista en más de una anualidad o cuando el órgano de contratación así lo exija en el acta de comprobación del replanteo". Sin embargo, el aludido art. 128 prevé la inclusión de esta exigencia para el contratista en el Pliego de Cláusulas Particulares y no en el acta de comprobación de replanteo.

Tampoco se considera correcta la remisión a la cláusula 27 del Pliego de Condiciones Generales del Estado por las razones ya aludidas con ocasión del nº 3.

- **Cláusula 22.** Se dedica a la señalización de las obras, resultando concordante con este título su apdo. 1. Sin embargo, los dos restantes apdos. sistemáticamente deben encuadrarse en el nº 19.7, destinado a las inscripciones en las obras.

- **Cláusula 24.** Sus dos últimos párrafos son transcripción literal del art. 144 LCAP, por lo que no procede su inclusión en el pliego.

- **Cláusulas 23 y 25.** El apartado 1 se refiere al Director de la obra. Sin embargo tal como está redactado hace referencia más bien a la inspección, que ya se recoge en la 23.3.

En un orden sistemático, la definición del "director de obra" y de "delegado del contratista" deben situarse antes de la nº 23, dedicada a la ejecución e inspección de las obras, pues en ésta ya se alude al primero.

Por otra parte, la ejecución y la inspección, como actividades de diferente naturaleza y realizadas por distintos sujetos - el contratista y la Administración - deben constituir números diferentes. La 23.3 resulta incongruente. Efectivamente, la Administración tiene la facultad de inspección sobre las obras, lo que realizará a través del director, como se señala en la nº 25.1. Por ello no se entiende qué objeto tiene señalar que el Ayuntamiento se reserva esta facultad a través de sus técnicos, sin perjuicio de las facultades que, además de a la Alcaldía -lo que encuentra apoyo en el art. 21.d) LRBR- correspondan "al Director de las obras o a las personas o técnicos que designe el Ayuntamiento".

En relación con el delegado del contratista, el nº 2 exige su designación por el contratista y su aceptación por la Administración "antes de la formalización del contrato", con lo que se añade un requisito no previsto por la legislación contractual.

De otra parte, la 25.1 debiera contener la definición del director y, en relación al delegado, dado que la normativa sobre contratación no se ocupa del mismo, el Pliego debe fijar cuáles son sus facultades.

- **Cláusula 31.** El apdo. 1 de esta cláusula, a excepción de su inciso final, copia el art. 145 LCAP, lo que, como se ha señalado anteriormente, debe objetarse por las razones expuestas. Además, como se evidencia en este artículo, se trata de una obligación impuesta legalmente que sin embargo puede quedar sin efecto por prescripción en contrario del Pliego de Cláusulas Particulares, que habrá de ser por tanto quien se ocupe de este extremo.

De otro lado, esta mención en el Pliego al de Cláusulas Particulares no resulta procedente. Si bien, como se ha dicho, ello es fruto de la transcripción literal del art. 145, sin embargo "si se advierte que para que éste pueda contener previsiones contrarias a las del Pliego General son necesarios determinados requisitos preceptivos, no resulta admisible (...) entender que la prescripción contraria a la típica podrá incluirse en el Pliego Particular sin cumplir tales requisitos, al no resultar contraria al Pliego General, por contener éste la salvedad a favor del Pliego Particular (...). Las cláusulas del Pliego General dejan siempre a salvo la posibilidad de que el Pliego de Condiciones Particulares contenga prescripciones contrarias, previo cumplimiento de los trámites que establecen la Ley y el Reglamento. Por principio, hay que entender que tales exigencias no pueden quedar sin efecto por el simple hecho de que el pliego general preconstituya la falta de contradicción al

prever expresamente la posibilidad de que el Pliego de Cláusulas Particulares se establezca lo contrario de lo que como norma típica se incluye en el Pliego General" (DCE de 14 de julio de 1970).

- **Cláusula 32.** Al igual que la 7, se ocupa de los plazos de ejecución de la obra, por lo que se produce una reiteración. En cualquier caso, no procede la inclusión de ambos números en el Pliego, dado que no constituyen más que reiteración de preceptos legales y reglamentarios (arts. 96 y 97 LCAP y 69, 127 y 160 RCE).

- **Cláusula 33.3.** Su primer párrafo presenta una redacción incompleta que hace carente de sentido. Este párrafo es transcripción de la cláusula 61 del Pliego General del Estado, que prevé para el supuesto que en él se contempla la suspensión de las obras.

- **Cláusula 35.** Se ocupa del régimen de sanciones. Sin embargo, las penalidades derivadas de la demora en la ejecución de la obra no derivan de la potestad sancionadora de la Administración, sino que se enmarca dentro de sus facultades en orden a la contratación.

Esta cláusula ha de ser igualmente objetada por ser transcripción de preceptos legales y, además, supone una reiteración dentro del propio Pliego, pues su nº 1 ya se ha fijado en la 32.1 y su nº 2, primer párrafo, en la 32.2.

Debe igualmente repararse en que las penalidades fijadas vulneran las determinadas en el 96.3 LCAP, al establecer cantidades superiores. De acuerdo con la disposición final primera.2 LCAP, las cuantías fijadas en aquél tienen el carácter de máximas, siendo el art. 96 en su totalidad un precepto básico (disposición final primera.1).

- **Cláusula 37.** Esta cláusula es la primera de las que integran el Capítulo VII del Pliego, titulado "Finalización del contrato". Sin embargo, su contenido -la responsabilidad del contratista por las obras defectuosas o mal ejecutadas- no forma parte de la citada finalización, por lo que no cabe su inclusión en este Capítulo, sino en el dedicado a la ejecución, dado que las obligaciones que genera para el contratista lo son en momento anterior a la recepción de la obra por la Administración; es decir, durante el período de ejecución.

Por otra parte, se utiliza la expresión "recepción definitiva" en este número. En este extremo, la LCAP ha simplificado el sistema al suprimir la dualidad de recepciones -provisional y definitiva- prevista en la regulación anterior y, en líneas generales, adopta el régimen que respecto de la definitiva se recogía en el art. 57 de la Ley de Contratos del Estado y el art. 176 RCE. Por tanto, el Pliego debe adaptarse a esta modificación, aludiendo sólo a la recepción.

- **Cláusula 38.** Se dedica a la recepción de las obras por la Administración.

El párrafo primero otorga un sentido distinto al previsto en el art. 111.2 *in fine* LCAP a la intervención del representante de la Intervención de Fondos. De acuerdo con su redacción, el Ayuntamiento lo citará a efectos de la fijación de la fecha de la recepción, en tanto que el precepto legal prevé su asistencia, aunque de forma potestativa, al acto de recepción.

Los párrafos segundo y tercero de este mismo número son transcripción literal de los apartados 1 y 2 del art. 147 LCAP, por lo que no procede su inclusión. Lo mismo ocurre con la nº 38.5, que reitera el art. 148.1 LCAP.

- **Cláusula 39.1.** Su párrafo segundo, que es transcripción literal de la cláusula 74 del Pliego General del Estado, presenta una redacción defectuosa e incompleta.

- **Cláusula 39.2.** Reitera el art. 148 LCAP, lo que ya se ha objetado, al margen de que su primer párrafo ya se ha incluido en la 38.5.

- **Cláusula 40.** De acuerdo con el art. 147.3 LCAP, el plazo de garantía debe establecerse en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, lo que encuentra explicación en el hecho de que puede variar para cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y ocupándose sólo la ley de fijar un plazo mínimo de un año, salvo casos especiales, o, incluso, de permitir que no exija en determinados supuestos (art. 147.4).

Por ello el presente Pliego supone un exceso de lo previsto en la Ley, al margen de que el establecimiento del plazo genérico de un año para todos los casos puede redundar en perjuicio de la tramitación de los expedientes de contratación, pues si dada una obra concreta es necesario estipular un plazo mayor en el Pliego Particular, obligaría a estar a lo preceptuado en el art. 51 LCAP.

Por otra parte, lo establecido en la 40.2 es reiteración de lo ya establecido en la cláusula 38.4 del propio Pliego.

- Cláusulas 41, 42 y 43 (Estas dos últimas se han numerado en el Pliego, por error, como 43 y 44).

Estos preceptos son transcripción de preceptos legales o reglamentarios, por lo que no procede su inclusión. En concreto, la nº 41 responde a los apartados 1 y 4 del art. 48 de la LCAP y los nº 42 y 43 a los arts. 54 y 175 RCE, respectivamente.

Finalmente, la cláusula nº 42 no se acomoda a lo preceptuado en el art. 149 LCAP pues se limita al incumplimiento doloso del contratista, restricción que no opera el precepto legal.

CONCLUSIONES

1. Las cláusulas 1 a 18 del Pliego, con excepción de la nº 3, no corresponden al contenido propio del mismo.

2. En relación con las restantes, se realizan en el Fundamento IV determinadas observaciones a las prescripciones de su contenido.