



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 9 / 2 0 0 2

La Laguna, a 2 de mayo de 2002.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *resolución del contrato del Servicio de Conservación y Mantenimiento en general de los Colegios Públicos, Universidades Populares y Centros Sociales de Las Palmas de Gran Canaria (EXP. 31/2002 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, en orden a determinar su adecuación jurídica, es la Propuesta de Acuerdo (PA) para resolver un contrato formalizado por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria con la empresa F. para la conservación y mantenimiento de colegios públicos, universidades populares y centros sociales del Municipio, calificado de servicios por la Administración municipal contratante.

Es competente para adoptar dicho Acuerdo el Concejal Delegado de Contratación del referido Ayuntamiento, en virtud de delegación al efecto efectuada por el Alcalde mediante Decretos 9.175/1999 y 17.724/2000, dictados al amparo de lo previsto en el art. 21.3 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), en relación con el apartado 1.º) del mismo artículo.

Justamente, en base a tal delegación el Concejal indicado adjudicó en su momento el contrato que trae causa y, en consecuencia, como órgano de contratación le compete adoptar la resolución propuesta (cfr. art. 112.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP, aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/2000).

* **PONENTE:** Sr. Yanes Herreros.

Por otra parte, está legitimado para recabar el Dictamen de este Organismo el Alcalde del Ayuntamiento actuante, de acuerdo con lo previsto en el art. 11.1 de la Ley del Consejo Consultivo (LCCC), siendo legalmente suya la competencia en la materia aunque ésta se ejerza por delegación; la solicitud es, además, preceptiva al haberse opuesto el contratista a la resolución contractual pretendida (cfr. art. 10.7 LCCC en relación con los arts. 11.1 TRLCAP y 26 del Real Decreto 390/1996, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

II

1. Como se apuntó, el objeto del contrato a resolver es la conservación y mantenimiento de diversas dependencias que debe realizar el Ayuntamiento, incorporándose los pertinentes Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Condiciones Técnico-Facultativas (PCTF), con subsiguiente adjudicación y formalización (arts. 196.3 y 202 TRLCAP).

Concretamente, la empresa adjudicataria, F., viene contractualmente obligada a realizar las siguientes prestaciones principales (Cláusula 1, PCTF):

- Conservación y reposición de la carpintería de madera o metálica de puertas y ventanas de los centros, así como de los herrajes de colgar y seguridad, rejas metálicas de seguridad, pequeñas obras de albañilería, pintura y similares.
- Reposición de la vidriería de puertas y ventanas de madera y metálica, incluso, si fuese necesario, los junquillos o material de fijación y herrajes de colgar y seguridad.
- Pequeñas obras de albañilería y pintura.

Además, la contrata debe visitar periódicamente los centros, emitiendo informe semanal con las anomalías y desperfectos observados en cada uno de ellos, siendo de su cuenta las pequeñas obras precisas para las reparaciones o reposiciones y debiendo efectuarlas con material de las mismas características y calidad del primitivo (Cláusulas 17 y 19 PCTF).

Asimismo, debe tener un retén de guardia permanente para arreglar desperfectos urgentes o imprevistos (Cláusula 16 PCTF) y realizar, en el plazo acordado por el Servicio municipal competente, que asume la competencia de inspección y control con sus facultades correspondientes (Cláusula 8 PCTF), los

arreglos que se le ordenen a los precios adjudicados, de modo que, pasadas dos semanas sin que hubiese realizado la obra, la jefatura de dicho Servicio podrá proponer su adjudicación a otro contratista, pero asumiendo la contrata adjudicataria su importe.

El precio del contrato, con duración de cuatro años, es de 50 millones anuales, teniendo el PCTF un Anexo en el que se especifican los precios de distintas unidades o elementos de obra relativas al mismo: demoliciones; excavaciones u hormigonados; solados y alicatados; cubiertas, impermeabilizaciones, canalizaciones y saneamientos; pinturas; e instalaciones de electricidad o carpintería, cerrajería, madera y cristales.

2. Aunque la Cláusula 9.4 del PCTF dice que el contratista está obligado a explotar directamente el servicio, sin poderlo subarrendar o subrogar a otra persona en la explotación, visto el contenido de los Pliegos, especialmente el de CAP, ha de señalarse que el contrato a resolver no es de gestión de servicio público porque no se ajusta a la regulación legal de éste (cfr. arts. 154.1, 155.1 y 156 TRLCAP).

En efecto, se trata en principio de un contrato de servicios del tipo regulado en los arts. 196 y siguientes del TRLCAP, mencionándose incluso el art. 214 de éste, referente a la resolución de esta clase de contratos, en la Cláusula 30 del PCAP. Sin embargo, habilitándolo el art. 4 TRLCAP, la Administración ha incluido en la contratación prestaciones propias de otra clase de contratos, el de obras, aunque el contrato resultante, denominado legalmente mixto, sigue teniendo el régimen jurídico del contrato de servicios porque al respecto ha de atenderse a la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico (cfr. art. 6 TRLCAP).

Por otra parte y de acuerdo con lo previsto en los arts. 115.1 y 2 TRLCAP, los Pliegos contemplan tanto la necesidad de autorización expresa del Ayuntamiento para el "subarriendo" (Cláusula 9.4 PCTF), como, siendo la subcontratación posible en las condiciones determinadas en el precepto legal citado, que la misma ha de ajustarse a diversos requisitos y límites (Cláusula 25 PCAP).

En relación con esta cuestión, la Cláusula 30 del PCAP, además de disponer que éste puede extinguirse por las causas de resolución contempladas en los arts. 112 y 214 de la Ley 13/1995, actualmente 111 y 214 TRLCAP, señala que serán causas de resolución las previstas en el Decreto 87/1999, por el que se ordena la

subcontratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma (CAC). Por tanto, lo sería el incumplimiento por el contratista de las condiciones y requisitos relativos a la subcontratación (Cláusula 25 PCAP), en aplicación del apartado g) del citado art. 111 TRLCAP y del art. 6.b), en relación con los arts. 3 y 4 del Decreto antes mencionado.

III

1. Las actuaciones en el asunto que nos ocupa comenzaron cuando, el 11 de mayo de 2001, un técnico municipal del Servicio de Mantenimiento del Ayuntamiento de Las Palmas, competente como se dijo para controlar la ejecución del contrato, acudió al colegio Atlántida para inspeccionar, según se dice en su Informe, las obras de acondicionamiento de la cancha deportiva de dicho centro, advirtiéndole que la obra no la realizaba la empresa adjudicataria del contrato, sino otra diferente, cuyo responsable le manifestó que tal obra le había sido encargada por la referida contrata.

En Informe posterior, el mismo técnico señala que la obra consiste en la repavimentación completa, con solera de hormigón de ciertas características, de la aludida cancha, con una extensión de 1.600 metros cuadrados y un coste de 3.822.000 pesetas, habiéndose finalizado en el plazo de diez días.

2. A la vista de estos Informes y de otro adicional sobre la cuestión de la Vicesecretaría General del Ayuntamiento, el Servicio competente considera que, vistas las previsiones contractuales y habiéndose producido una subcontratación sin que ésta se comunicara previamente a la Administración, con incumplimiento por tanto de los requisitos expresamente determinados al respecto, hay causa de resolución del contrato, imputable por demás al contratista. Por consiguiente, inicia el pertinente procedimiento para resolver por tal causa, notificándolo a la contrata a los efectos de la preceptiva audiencia.

En ésta, la contrata alega que, siendo cierto que recibió del Ayuntamiento el encargo de efectuar la obra en cuestión, no se formalizó la precedente contratación por razones de urgencia e interés público y, además, es incorrecto el cálculo del porcentaje del valor de la obra en relación con el precio efectivo del contrato de conservación y mantenimiento y, en todo caso, la resolución de éste no procede porque es un contrato de servicios y no de obras, no estando la de repavimentación hecha dentro de su objeto por no ser prestación que se incluya en él como pequeña

obra de albañilería, por lo que no se ha efectuado subcontratación respecto a las prestaciones debidas por dicho contrato.

3. Recibidas las alegaciones, el Servicio actuante considera pertinente recabar más Informes sobre la cuestión planteada en orden a disponer de los datos precisos para resolver, motivando adecuadamente su Propuesta con los fundamentos jurídicos procedentes. Y, en este sentido, se emite Informe por el técnico municipal Jefe de Sección de Patrimonio Edificado, añadiéndose otro del propio funcionario responsable de las actuaciones.

Finalmente, adjuntándose a la información producida un nuevo Informe de la Vicesecretaría General, que se ratifica en el emitido precedentemente, se redacta por el Servicio una Propuesta de Acuerdo de resolución que se eleva a la Comisión Informativa de Contratación del Ayuntamiento, que la informa favorablemente, y, seguidamente, aquélla se remite a este Organismo para ser dictaminada.

IV

1. El Consejo Consultivo se pronunció en efecto sobre la Propuesta remitida, emitiendo el Dictamen 133/2001, de 12 de noviembre, cuya Conclusión fue que "de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento IV, no cabe emitir Dictamen de fondo sobre la resolución contractual propuesta, debiéndose retrotraer las actuaciones en la forma y con la finalidad expresadas en el Punto 3 de dicho Fundamento y, como asimismo se señala allí, remitir la Propuesta de Acuerdo resolutorio que consecuentemente se redacte para ser dictaminada".

En esencia, la retroacción referida se entendió procedente, ante todo, por la inadecuada realización del trámite de vista y audiencia al contratista, en relación con los Informes adicionales que, como se dijo en el Fundamento anterior, el órgano de contratación recabó tras producirse el inicialmente concedido al contratista con la finalidad allí también indicada, remitiéndonos ahora a lo expuesto sobre este asunto, explicitándose la motivada opinión de este Organismo, en los Puntos 1 y 2 del Fundamento IV del antes citado Dictamen.

Pero, además, en orden a disponer de los datos necesarios para formar y formular su opinión jurídica al respecto y habida cuenta que estas cuestiones no se aclaraban en el expediente, este Organismo consideró necesario la emisión de un

Informe aclarativo de la orden dada por la Administración y recibida por la contrata, que la ejecutó pronta y apropiadamente, para realizar la obra de pavimentación que parece fue subcontratada por aquélla, conociendo las condiciones en que se dio, con conexión o no con la ejecución del contrato que trae causa. Y, asimismo, de que tal obra puede conceptuarse como pequeña obra de albañilería y, por tanto, está incluida a todos los efectos en dicho contrato, formando parte de las prestaciones debidas del contratista previstas, o bien, que no tiene esas características y, por tanto, debe entenderse ajena al contrato, con las correspondientes consecuencias.

2. Pues bien, la Administración municipal actuante procedió, a la vista del Dictamen, a retrotraer las actuaciones y tratar de cumplimentar las exigencias que en aquél se indicaban y que se han recordado en el Punto precedente, aunque el resultado no sea satisfactorio en lo que a la información recabada se refiere.

Así, en lo que concierne a la orden de realización de la completa repavimentación de la cancha deportiva del colegio Atlántida, es obvio que, confirmando tanto el técnico municipal actuante como la contrata su existencia y, por demás, ejecución, nada clarifica a los fines pretendidos que se informe su no disponibilidad ya que fue oral y no tiene soporte documental alguno, sin que tampoco altere la situación que la aceptase y cumpliera, aunque peculiarmente, la contrata.

Y ello, sin perjuicio de observarse que, en estas condiciones, la Administración no demuestra fehacientemente que la orden se diera en el contexto del contrato de conservación y mantenimiento y, más en concreto, en aplicación de una facultad concedida a ella por el PCTF y para realizar una tarea prevista en éste.

En cuanto a la clarificación del carácter de la obra ordenada, formando o no parte de las actuaciones contratadas, parece obvio que exigía un Informe técnico independiente o, al menos, de un técnico municipal diferente al que ha intervenido en las actuaciones, siendo inútil por obvias razones volverle a pedir a dicho técnico información al respecto al constar su reiterada opinión en el expediente. La que, se recuerda, está basada en el supuesto consentimiento de la contrata, en el hecho que exista un Anexo al PCTF de precios de elementos relativos a la ejecución del contrato, y en la consideración de que la pavimentación es, en definitiva, una obra de albañilería.

Por eso, es lógico que dicho técnico mantenga que la orden se da en relación con la ejecución del contrato, refiriéndose a una actuación del contratista prevista y

exigida en éste, y, por tanto, al subcontratarse indebidamente dicha actuación, se produce un incumplimiento contractual de la contrata que está igualmente contemplada en aquél como causa de resolución imputable al contratista, siendo ésta procedente con las consecuencias pertinentes.

Congruentemente, tampoco es extraño que, en el nuevo trámite de vista y audiencia concedido correctamente a la contrata, ésta se reafirme en su postura anterior, reproduciendo en esencia la argumentación por la que se opone, considerándola improcedente e inmotivada, a la resolución del contrato, pues la obra ordenada no es una pequeña obra de albañilería y, por ende, incluíble en las actuaciones contratadas, razón por la que la empresa que la hizo, en su nombre, no es la subcontrata de aquél. Y por la que, aun cuando por la urgencia y relevancia de la obra ordenada se actuó diligente y adecuadamente para realizarla, ésta debió ser objeto de otro contrato que no se formalizó dadas las circunstancias.

V

1. La fundamentación de la Propuesta de Acuerdo analizada para justificar su decisión resolutoria es la recogida en la dictaminada precedentemente y, en esencia, se apoya en los argumentos del técnico municipal actuante, de modo que la situación de la cuestión apenas ha variado en orden a formular un pronunciamiento sobre la adecuación de tal Propuesta por lo antedicho, resultando al respecto determinantes los referidos argumentos, aunque también otras consideraciones conexas al caso concreto y a las actuaciones efectivamente producidas.

Así, en lo que concierne al supuesto consentimiento de la contrata, ha de señalarse que parecen razonables las alegaciones hechas por aquélla sobre este particular, sin que ello venga contradicho suficientemente por la Administración, que no aporta prueba de lo contrario o que confirme su alegato.

En este sentido, el hecho que la contrata hubiera subcontratado, con autorización de la Administración y cumpliendo las exigencias legales al respecto, parte de la ejecución del contrato, conociéndolo por tanto el Servicio municipal competente, y que la obra ordenada no la realizara dicha subcontrata, parece indicativo de que la contrata consideró la obra ordenada como ajena al contrato, aceptándola para satisfacer una necesidad de la Administración ordenante, pero, dada la urgencia y consistencia de aquélla, haciéndolo, satisfactoriamente, en la

mejor forma que pudo mediante la empresa especialista disponible, sin que en estas circunstancias pudiera comunicarse previamente esta otra subcontratación.

Por otro lado, la existencia del Anexo de precios no es sin más demostrativa de que la obra de pavimentación, en la que se utilizó material cuyo precio unitario se recogía en aquél, forma parte del contrato, puesto que, sin duda, en las actuaciones debidas por aquél, incluidas pequeñas obras de albañilería, se habrían de usar esos elementos constructivos. En particular, para el arreglo o aún sustitución de piezas o parte de la pavimentación de la cancha del colegio, siendo por demás evidente que reparar roturas o reponer alguna pieza no es similar a repavimentar por completo toda la cancha, que más bien parece hacer una nueva.

En este orden de cosas, resulta admisible considerar que la obra ordenada no es una pequeña obra de albañilería, dada su dimensión y finalidad. Al menos, parece indudable que no es una de las mencionadas en el contrato, no sólo por lo dicho, sino porque éstas han de referirse al objeto principal del mismo, conservación y mantenimiento de las instalaciones de los centros afectados, siendo adicionales e instrumentales de dicho objeto. Lo que se confirma cuando se advierte que, siendo el precio anual del contrato de cincuenta millones y siendo tantas y tan variadas las actuaciones a realizar por la contrata, debiendo hacerlas no sólo en el colegio Atlántida sino en otros muchos centros, el precio de la obra de pavimentación es de casi cuatro millones de pesetas.

2. En consecuencia y dando por sentado que el contratista, al subcontratar y eventualmente desconocer las condiciones de la subcontratación, ha incumplido una obligación contractual esencial, no siendo aplicable el art. 111.g) TRLCAP a la vista de lo dispuesto en los arts. 20 y 115 de éste, tampoco se ha acreditado que, en la ejecución del contrato que trae causa y, en particular, por la subcontratación en ella sin comunicación previa, se vulnerasen las normas aplicables al respecto, citadas en el PCAP, procediendo por tanto la resolución del contrato en aplicación del art. 6 del Decreto 87/1999.

En el mejor de los casos, podría argüirse que se ha producido tal vulneración, con incumplimiento del aviso indicado a la Administración contratante, en relación con la hipotética contratación, a través del pertinente contrato de obras menores, de la pavimentación de la cancha deportiva de que se trata, pero no en relación con el contrato de conservación y mantenimiento de ese colegio y de otros centros.

Y, aun así, resultaría cuestionable aducirlo cuando la contrata, dadas las circunstancias por las que se dio la orden de actuar y contemplado el objeto de ésta, procedió de modo rápido y adecuado, resolviendo el problema planteado perfectamente en tiempo, forma o costo y, posiblemente, en la única forma de hacerlo. Lo que, por demás sin contrato formalizado alguno, hace improcedente exigir o inviable realizar la comunicación previa de que se trata (arts. 3 y 4 Decreto 87/1999).

En resumidas cuentas, vistas las actuaciones y el proceder de F. en las mismas, siendo preciso recordar que el interés general ha quedado salvaguardado en todo momento tanto respecto a la repavimentación realizada, se insiste que de modo intachable en todos sus aspectos según reconoce la propia Administración, como en la ejecución en general del contrato de conservación y mantenimiento en todos los centros afectados, y no sólo en el colegio Atlántida, no es correcto que se pretenda, en particular por la causa argüida, la resolución de dicho contrato y, además, con las exigencias añadidas que se recogen en la Propuesta dictaminada.

C O N C L U S I Ó N

De acuerdo con lo expuesto en los Fundamentos precedentes, no es conforme a Derecho la Propuesta de resolución del contrato del que se trata por la causa argumentada, no estando justificada su aplicación en el presente caso.