



Consejo Consultivo de Canarias

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

La Laguna, a 5 de julio de 2002.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Rector de la Universidad de La Laguna en relación con la *resolución del contrato suscrito entre la Universidad de La Laguna y la empresa A.C.V., S.A., para la ejecución del servicio de reprografía para el alumnado de la Universidad de La Laguna, mediante sistema de autoservicio y servicio digital de impresión de documentos (EXP. 72/2002 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

Por el Rector de la Universidad de La Laguna se recaba, con la consideración de preceptivo, Dictamen del Consejo Consultivo sobre resolución del contrato celebrado por dicha Universidad con la empresa A.C.V., S.A. para la ejecución del servicio de reprografía para el alumnado de la Universidad de La Laguna, mediante sistema de autoservicio, y servicio digital de impresión de documentos (apuntes, encuadernación, planos).

La preceptividad de la solicitud del Dictamen se dispone en el art. 10.7 de la Ley 4/1984, del Consejo Consultivo, vigente al efectuarse dicha solicitud, en relación con lo dispuesto en los arts. 60.3, b) de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), y 26, c) del Real Decreto 390/1996, que la desarrolla parcialmente, habiéndose efectivamente formulado oposición del contratista a la resolución contractual propuesta por la Administración.

Y está legitimado para recabar el dictamen el Rector de la Universidad de La Laguna -órgano que ostenta la representación de dicha Institución, al que corresponde la competencia para celebrar, en nombre de la misma, los contratos en

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

que intervenga, y cuantas no hayan sido atribuidas a otros órganos [arts. 140.1; 141.k) y 211.1 de sus Estatutos, aprobados por Decreto 230/2000, de 22 de diciembre]-, conforme a lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, reguladora del Consejo Consultivo, en la interpretación (anológica) que le ha atribuido este Consejo (Dictamen 17/2001, de 7 de febrero); solución que se ha confirmado en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo, que entró en vigor mientras se efectuaba la acción consultiva recabada.

II

1. Según se apuntó precedentemente, es de aplicación al caso la LCAP en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre -según resulta de lo establecido en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio-, pues el contrato cuya resolución se pretende fue adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, así como el ya mencionado Real Decreto 390/1996, obviamente.

Es también aplicable el Reglamento General de Contratación del Estado (RGCE), en cuanto no se oponga a la LCAP [disposición derogatoria, apartado 1, b)], y, supletoriamente y desde una perspectiva procedimental, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

2. El examen del marco de referencia mencionado permite afirmar que, en el ámbito de la contratación pública, la potestad de resolución unilateral de los contratos constituye una prerrogativa de la Administración (art. 60.1 LCAP), que se manifiesta mediante un acto administrativo típico, en cuanto necesariamente ajustado al Ordenamiento Jurídico, pero también reglado -como el Consejo se ha encargado de subrayar [Dictámenes 156/2000, de 20 de diciembre, (F. II) y 17/2001, de 7 de febrero, (F. III)]-, dado que ha de adoptarse, previa la tramitación de un procedimiento normativamente formalizado, por las razones y con los efectos previstos legalmente.

Dicha potestad resolutoria no puede, por tanto, ejercerse arbitraria o discrecionalmente, pues su actuación está sujeta a la concurrencia de determinados requisitos o presupuestos y al respeto de ciertas determinaciones materiales.

2.1. En cuanto al aspecto material, hay que tener en cuenta las causas de resolución previstas en el art. 112 LCAP, tratándose efectivamente de un contrato administrativo, aunque calificable, no de contrato de gestión de servicio público -dado que no existe el régimen jurídico básico, ni la declaración de tal (*publicatio*) exigidos (art. 156.2 LCAP)-, sino, más correctamente, de contrato administrativo especial.

Y, siendo la causa resolutoria alegada el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones, hay que recordar que, en el Dictamen 5/2002, de 27 de enero, de este Organismo -asumiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) plasmada en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 16 de octubre de 1984 y 9 de octubre de 1987- se recordaba que, en las obligaciones recíprocas, no basta el mero retraso en el cumplimiento para fundamentar la resolución del contrato, sino que se requiere una voluntad rebelde y declarada o la existencia de un hecho obstativo que definitivamente impida el cumplimiento, y no de meros retrasos, desfases o desajustes no reveladores de aquella voluntad. Además, es necesario que quien inste la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumben, pues no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor.

2.2. Por lo que hace al procedimiento, aparece sumariamente regulado en el art. 60.3.a) LCAP y en el art. 26 del Real Decreto 390/1996, que establece tres requisitos: la audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, el informe del servicio jurídico (salvo en los casos previstos en los arts. 42 y 97 LCAP), y el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, de existir oposición del contratista.

No obstante, la intervención de éste se contempla para "el caso de propuesta de oficio", quedando conectados de esta forma la audiencia y el acuerdo de iniciación, que, por marcar la pauta de la controversia a dilucidar en el marco del procedimiento, ha de referir las causas en que podría fundamentarse la resolución y, por afectar a los derechos e intereses del contratista, debe serle notificado a éste (arts. 69.1 y 58.1 LRJAP-PAC).

Ha de advertirse, asimismo, que la resolución del procedimiento debe adoptarse con la debida motivación, exigencia derivada del hecho de que puede limitar derechos subjetivos o intereses legítimos de los interesados, en cuanto decida resolver el contrato (arts. 89.3 y 54.1, a) LRJAP-PAC).

III

Son relevantes para la emisión del Dictamen recabado los hechos siguientes:

1º. Mediante resolución del Rector de la Universidad de La Laguna, de 13 de agosto de 1998, se autorizó la apertura de expediente de contratación para la adjudicación de "Servicio de reprografía para el alumnado de la Universidad de La Laguna, mediante sistema de autoservicio, y servicio digital de impresión de documentos (apuntes, encuadernación, planos, etc.)", con la indicación de que habría de adjudicarse por concurso, procedimiento abierto (folio 148).

Aunque la terminología utilizada en la documentación aportada impide formarse una idea clara del alcance exacto de la actuación contratada, parece que puede desglosarse en dos partes: de un lado, la impresión de documentos por medio de fotocopiadoras, a utilizar por los usuarios mediante "autoservicio"; de otro, la impresión digital o por medio de ordenadores, a situar en centros de copiado o de reprografía (p. ej., folios 44 a 46).

2º. El pliego de cláusulas administrativas particulares fue aprobado por resolución del propio Rector, de 20 de agosto de 1998, en la que se decidió, asimismo, la apertura del correspondiente procedimiento de adjudicación (folio 128).

En la Cláusula 1 del Pliego, sobre el objeto del contrato, se indica que "La concesión se prestará en los puntos y locales que se señalan en Anexo I" (folio 131). Pero es de reseñar que obran al final del mismo dos Anexos I diferentes, en uno de los cuales (folio 147), firmado al margen y escrito con la misma tipografía utilizada en el resto del documento, se relacionan cuatro dependencias, correspondientes cada una de ellas a un Campus (de Experimentales, Edificio Central-Campus Central, de Guajara y de Ofra), fijándose en el otro, sin firmar, escrito con distinta tipografía, y, al parecer, intercalado (folio 146), un número máximo de máquinas a instalar en cuatro Campus diferentes: 1) Campus de Experimentales, para el que se prevén 3 máquinas en la Facultad de Biología y otras 3 en el Centro Superior de Ciencias Agrarias; 2) Campus Central, para el que se prevén 6 máquinas; 3) Campus de Guajara, para el que se prevén 6 máquinas; y 4) Campus de Ofra, para el que se prevén 3 máquinas en la Facultad de Medicina y otras 3 en la Escuela Universitaria de Enfermería.

La Cláusula 7.1 prevé que el concesionario deberá satisfacer un canon anual de tres millones de pesetas (3.000.000.- ptas.), más un porcentaje -que habrá de

ser propuesto por los licitadores y constituye un criterio objetivo de adjudicación del contrato- *sobre las copias realizadas en el Servicio Digital de Impresión de documentos*, añadiendo la 7.2 que el pago se hará efectivo en doceavas partes, dentro de los diez primeros días de cada mes.

Conforme a sus Cláusulas 8.2 y 8.7, será de cuenta del concesionario el equipamiento de los locales donde se prestará el servicio, en lo que hace referencia a mobiliario, material y maquinaria necesaria para su correcta prestación, a cuyo efecto el licitador presentará un plan concreto que permita conocer a la Universidad la forma en que lo organizará en el caso de adjudicársele el contrato, si bien dicha institución habrá de facilitarle la conexión a la red eléctrica y a la red de comunicaciones.

En materia de resolución del contrato, su Cláusula 24 se remite a las causas previstas en los arts. 112 y 214 LCAP, a los efectos previstos en los arts. 114 y 215 de la propia Ley.

3º. El contrato fue adjudicado a la empresa A.C.V., S.L. mediante resolución rectoral de 4 de diciembre de 1998, en la que se fijó, al propio tiempo, un canon anual de tres millones de pesetas (3.000.000.- ptas.) y un canon variable de 0,40 ptas. por copia realizada (folios 104 y 181). La adjudicataria constituyó el 5 de enero de 1999 garantía definitiva por importe de setecientos mil pesetas (700.000.- ptas.) mediante depósito en la Caja General de Depósitos de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda (folio 98).

Seguidamente, el día 12 de febrero de 1999 se formalizó el correspondiente contrato, cuya Cláusula tercera prevé los extremos relativos al canon (fijo y variable) a satisfacer por el contratista y a la obligación del mismo de facilitar a la Universidad el acceso a su sistema contable a efectos de control del porcentaje de ventas, refiriéndose su Cláusula novena a la eventualidad de la rescisión del contrato, con pérdida de la fianza, para el supuesto de incumplimiento de cualquiera de sus condiciones (folios 90 a 96). Asimismo, incorpora un Anexo I, sobre puntos de autoservicio (Campus de Experimentales, Edificio Central-Campus Central, Campus de Guajara y Campus de Ofra, Facultad de Medicina), con indicación de la superficie y ubicación de los correspondientes locales, y un Anexo II, consistente en lista de precios, con separación de los relativos a alumnos y a la Universidad.

4º. El 27 de octubre de 1999 sufre el contrato una primera modificación, formalizada mediante documento que contiene dos únicas Cláusulas (folios 72 y 73).

Mediante la primera se modifica el Anexo I del contrato de 12 de febrero de 1999 en lo que se refiere a los locales donde se presta el servicio. La modificación consiste en añadir en el Edificio Central-Campus Central una dependencia, ubicada en la Escuela Universitaria de Arquitectura Técnica, suprimirse la de la Facultad de Medicina del Campus de Ofra y adicionar otra en el Aulario situado en el Campus de Guajara; y obedece, al parecer, a la imposibilidad de prestar el servicio en la citada Facultad por ausencia de emplazamientos disponibles y a la necesidad o conveniencia de hacerlo en las dos nuevas dependencias (folios 78 a 85).

En virtud de la segunda, se modifica la tercera del contrato originario, incrementándose el canon anual -debido a la instalación del nuevo centro de reprografía del Aulario sito en el Campus de Guajara (folio 78)-, que queda fijado en tres millones Setecientas cincuenta mil pesetas (3.750.000 ptas), manteniéndose la cuantía del canon variable en 0,40 ptas. por copia realizada.

5º. El 1 de diciembre de 1999 el contrato experimenta una segunda novación modificativa, reflejada en documento mediante cuya cláusula Primera "Se modifica el Anexo I del contrato de referencia, especificando, tanto la ubicación, como el número máximo de máquinas a instalar en los puntos de autoservicio" (folios 64 a 66, 76 y 146).

La modificación se justifica por el hecho de no haberse especificado en el contrato de 12 de febrero de 1999 la ubicación de los puntos de autoservicio, ni el número de máquinas que debía instalarse en cada uno de ellos, y a la necesidad de concretar tales extremos, puesta de manifiesto en reunión celebrada entre los representantes de las partes el 21 de octubre de 1999 (folio 76).

6º. Además de los aparentes conflictos subyacentes a las modificaciones contractuales que se acaba de reseñar, en el desarrollo del contrato se han suscitado otros, íntimamente ligados entre sí, sobre: a) el pago del canon que incumbe al contratista; b) la interpretación de las Cláusulas séptima del Pliego y tercera del contrato en punto al concepto de "copias" (sólo las digitales, según el contratista; también las fotocopias, según la Universidad) cuya realización determina la obligación, por parte del primero, de satisfacer 0,40 ptas. de canon

variable por unidad; c) el acceso, por parte de la Universidad, al sistema contable de la empresa; y d) la conexión de las máquinas digitales propiedad de A.C.V., S.L. a la red de comunicaciones de la Universidad.

7º. El día 7 de febrero de 2002, el Rector de la Universidad dictó el acto de iniciación del procedimiento administrativo para la resolución del contrato (folio 23).

IV

1. Examinados los antecedentes documentales remitidos, han de efectuarse las observaciones que a continuación razonadamente se exponen.

1º. El procedimiento administrativo se ha iniciado en virtud de Acuerdo adoptado, según se dice en su parte expositiva, de conformidad con lo establecido en el art. 112.g) LCAP, que establece como causa de resolución el "incumplimiento de las (restantes) obligaciones contractuales", y, a tenor de su parte dispositiva, "por incumplimiento reiterado de la Cláusula tercera del contrato de referencia".

El propio Acuerdo declara que se adopta a la vista de la Propuesta de Resolución emitida, con fecha 10 de enero, por el Servicio de Contratación y Patrimonio (folio 26) y del informe de la Asesoría Jurídica de la Universidad, de fecha 6 de febrero de 2002 (folios 24 y 25); pero ni una ni otro se incorporan a su texto, como sería procedente (art. 89.5 LRJAP-PAC).

Por otro lado, aunque se concedió al contratista, mediante escrito de 13 de febrero de 2002 (folio 20), un plazo de diez días naturales para que formulara alegaciones en el procedimiento iniciado por las razones ya indicadas, resulta que el acto de iniciación no le fue comunicado, ni hay indicio alguno de que haya podido conocerlo, desconocimiento que se extiende lógicamente al Informe y Propuesta que se señalaron antes y que le sirven de fundamento, incumpléndose lo previsto en el art. 84.1 LRJAP-PAC.

En estas condiciones, se solicita el Dictamen del Consejo sin que se haya realizado las actuaciones procedimentales debidas legalmente o habiéndose efectuado incorrectamente; lo que incluye la aportación al procedimiento, tras formular alegaciones el contratista en la audiencia concedida, de los Informes del Servicio de Contratación y Patrimonio, el 7 de marzo de 2002, y del Asesor

Jurídico, el 12 de abril de 2002, que son relevantes para la adopción de la decisión resolutoria y que, es claro, desconoce el contratista.

2º. Obran, ciertamente, entre la documentación aportada diversos escritos de requerimiento -dirigidos al contratista para que procediera al pago y/o a facilitar la información necesaria, mediante acceso al sistema contable de la empresa, para la liquidación del canon variable- o expresivos, simplemente, de la existencia de deudas, cuantificadas o no, o de demoras en el pago, todos ellos de fecha anterior al 10 de enero de 2002, en que se formalizó la propuesta de iniciación del procedimiento (folio 26).

Se trata de los escritos de 27 de septiembre de 1999 (folio 79), de 15 de octubre de 1999 (folio 85), de 22 de noviembre de 1999 (folio 69), de 21 de febrero de 2000 (folio 59), de 4 de mayo de 2000 (folio 49), de 8 de agosto de 2000 (folio 47), de 14 de noviembre de 2000 (folio 150), de 17 de noviembre de 2000 (folio 41), de 22 de noviembre de 2000 (dos; folios 35 y 36), de 27 de noviembre de 2000 (folio 38), de 22 de enero de 2001 (folio 33, al que debió adjuntarse "hoja de control", que no consta, en que se desglosaba, al parecer, el importe de cierta cantidad reclamada), de 28 de mayo de 2001 (folio 32), de 15 de junio de 2001 (folio 31), de 9 de agosto de 2001 (folio 30), de 27 de septiembre de 2001 (folio 28), y de 17 de diciembre de 2001 (folio 27).

De otro lado, el propio contratista ha reconocido ocasionalmente la existencia de determinadas deudas en escrito de 14 de abril de 2000 (folio 50). Pero ha satisfecho, durante el plazo concedido para evacuar el trámite de audiencia, la cantidad de doce mil doscientos seis euros con ochenta y ocho céntimos (12.206,88.- €), equivalentes a dos millones treinta y una mil cincuenta y tres pesetas (2.031.053.- ptas.), declarando, en su escrito de alegaciones de 1 de marzo de 2002 (folios 9 a 13), no adeudar cantidad alguna "por haberse procedido al pago del total de la suma adeudada" (alegación Segunda, cuya claridad queda empañada, ciertamente, por la pretensión de que opere la compensación de sus deudas con las contraídas por la Universidad en el ámbito de otras relaciones contractuales diferentes). Y sostiene que el retraso en el pago ha sido "imputable en ocasiones a la propia Universidad que se niega sin fundamento jurídico alguno a colaborar en la debida implantación del servicio digital" (alegación Cuarta).

No existe certificación de los ingresos realizados por el contratista con expresión de sus fechas -que habría de expedir el Gerente, órgano responsable

de la gestión económico-administrativa de la Universidad encargado de la dirección de los servicios de contabilidad, al que corresponde el control de la gestión de los ingresos y gastos [arts. 146.1 y 147.b) de los Estatutos de la ULL] o la Intervención, a la que compete la fiscalización de las operaciones de las que resulten efectos económicos (art. 210 de los propios Estatutos)-, ni liquidación o información que permita determinar con certeza la existencia de la deuda, el concepto de que deriva (impago del canon fijo o del variable) o su importe, así como tampoco el alcance o entidad del retraso o retrasos en el pago que se imputan al contratista, de manera que el objeto del procedimiento se encuentra envuelto en una acusada incertidumbre, que se traduce en indefensión, alegada con fundamento, por aquél.

3º. La Propuesta de Resolución que ha de elevar el órgano instructor al decisorio, una vez concluido el procedimiento y el trámite de audiencia, que desde el punto de vista jurídico formal es el objeto sobre el que ha de versar el Dictamen de este Consejo, aparece como un borrador de Acuerdo en que se plasman las decisiones de resolver el contrato, incautar la garantía y conceder el un plazo de un mes para la retirada de las máquinas y enseres de la propiedad del contratista, declarándose además la obligación de éste de "abonar a la Universidad la cuantía adeudada que exceda del importe de la garantía citada", sin la procedente motivación, con especificación de la causa de resolución, y sin que se señale el importe de las cantidades que se dice adeudadas por el contratista, ni, en consecuencia, las que deba, finalmente, satisfacer.

2. En definitiva, consta que se han incumplido por el órgano instructor los requerimientos exigibles en la tramitación del procedimiento, de manera que el órgano resolutorio no está en las condiciones legalmente exigibles para adoptar la decisión culminatoria de aquél, especialmente en el sentido antes explicitado, debidamente fundada, generando por demás indefensión al interesado y obstando a que este Organismo pueda pronunciarse adecuadamente al respecto.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones expuestas en el Fundamento IV, la tramitación del procedimiento no se ajusta a Derecho, lo que impide la emisión de Dictamen sobre el fondo del asunto, procediendo la retroacción de lo actuado para efectuar debidamente los

trámites procedimentales inadecuadamente realizados y, seguidamente, someter la correspondiente Propuesta de Resolución a nuevo Dictamen.