



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 8 / 2 0 0 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 22 de marzo de 2007.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Economía y Hacienda en relación con la *resolución del contrato administrativo de servicios suscrito entre el Instituto Canario de Estadística (ISTAC) y la entidad "Q.R., S.A." para la realización de labores de campo y grabación de los datos para la operación estadística denominada "paridades del poder adquisitivo: Cesta de la compra 2006-2008" (EXP. 101/2007 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 27 de febrero de 2007 (R.E. del 7 de marzo), el Consejero de Economía y Hacienda interesa de este Consejo, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TR-LCAP-2000), y 109.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP), preceptivo Dictamen en relación con la Propuesta de Resolución por la que se pretende resolver el contrato de servicios referenciado en el encabezamiento. Resolución que se fundamenta en el incumplimiento de las "obligaciones contractuales esenciales" [art. 111.g) TR-LCAP-2000] y por el incumplimiento de las cláusulas 24 y 28 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, relativo a la subcontratación parcial del objeto del contrato (cláusula 24) y que se configura en el Pliego como causa autónoma de resolución del contrato [cláusula 28 y art. 111.h) TR-LCAP-2000]. Así como en los arts. 1.2; 4.3 y 6 del Decreto 87/1999, de 6 de mayo, por el que se regula la subcontratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

2. En el procedimiento seguido se han observado, formalmente, las garantías exigidas por la Ley para estos específicos procedimientos de resolución contractual cuando, como ocurre en el presente, concurre oposición del contratista a la pretensión resolutoria (arts. 59.3-LCAP-2000 y 109 RLCAP); a saber: Audiencia al contratista por un plazo de 10 días; idéntica garantía para el avalista; informe del Servicio Jurídico, y petición de Dictamen a este Consejo, el cual no se ve comprometido, como se indica en el escrito de admisión, por la declaración de la tramitación de urgencia que se hace constar en el escrito de solicitud de Dictamen con base en el art. 109.2 RLCAP, que refiere la urgencia a la tramitación o despacho de los “informes” de los órganos administrativos correspondientes, no al Dictamen del Consejo de Estado (Consultivo). La urgencia se impone por la Ley a la tramitación administrativa del procedimiento resolutorio, no al procedimiento de acción consultiva, cuya urgencia, en su caso, no es genérica como la del mencionado art. 109.2, sino específica; es decir, de conformidad con las circunstancias que concurran en el caso en los términos de lo dispuesto en el art. 20.3 de la Ley del Consejo. No obstante, tal y como se indica en el mencionado escrito de admisión, en aras a la celeridad solicitada, se emite el Dictamen en el tiempo demandado.

3. La prerrogativa de la Administración de “interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento (...), acordar su resolución y determinar los efectos de ésta” (art. 59.1 TR-LCAP-2000) constituye una potestad administrativa que se debe ejercer “dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. No se trata por ello de una potestad discrecional, ni libre, sino reglada en mayor o menor medida en razón de la específica naturaleza del contrato de que se trate. En este caso, estamos en presencia de un contrato de servicios (arts. 196 a 219 TR-LCAP-2000) cuyo cumplimiento y resolución debe seguir, primariamente, los arts. 213 a 215 TR-LCAP-2000, contando con causas específicas de resolución (art. 214 TR-LCAP-2000) además de las genéricamente previstas en el art. 111 TR-LCAP-2000.

La potestad interpretativa y resolutoria, pues, para que sea válida y legítima debe cumplir el procedimiento específico que la Ley contempla respecto de esta específica clase de contratos, justamente en razón a su singular naturaleza. De modo que si se incumple ese procedimiento la imputación de la causa resolutoria de que se trate pierde su legitimación, pues, se recuerda, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos previstos en la Ley.

4. Con carácter general, la ejecución de estos contratos se deberá hacer “con sujeción a las cláusulas del mismo y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista la Administración” (art. 211.1 TR-LCAP-2000).

II¹

III

1. La cláusula 20.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) determina: “El contrato se ejecutará con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares, observando fielmente lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, así como las instrucciones que, en su caso, le diere por escrito el director del trabajo objeto del contrato”, y la 20.3: “(...) debiendo tener a su cargo el personal necesario para la realización del objeto del contrato, respecto del que ostentará, a todos los efectos, la condición de empresario”.

El art. 24 PCAP, coherente con el art. 115 TR-LCAP-2000, determina que la subcontratación con terceros, parcial del contrato, no supere el 50 por 100 del importe de adjudicación; la obligación de comunicación al órgano de contratación con 5 días hábiles de antelación al comienzo de la ejecución del subcontrato; comunicación del subcontrato a celebrar, suscrita por el contratista y el subcontratista con indicación de las prestaciones o partes del contrato a subcontratar y su importe; declaración responsable del subcontratista de no encontrarse inhabilitado; etc.

Y el art. 28 PCAP prescribe: “Además de en los supuestos de cumplimiento, el contrato se extinguirá por su resolución, acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en los arts. 111 y 214 TR-LCAP dando lugar a los efectos previstos en los arts. 113 y 215 del TR-LCAP.

Así mismo, serán causa de resolución del contrato, dando lugar a los efectos antes indicados, las causas previstas en el art. 6 del Decreto 87/1999, de 6 de mayo, por el que se regula subcontratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias”.

2. El Decreto 87/1999, de 6 de mayo, por el que se regula la subcontratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, entre otros aspectos, a su vez,

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

como no podía ser menos, coherentes con el referido art. 115 TR-LCAP-2000, determina lo siguiente:

Art. 4.3: "El incumplimiento de la obligación de comunicación y de aportar la documentación prevista en los apartados anteriores, así como el incumplimiento de los restantes requisitos exigidos por la normativa vigente en materia de subcontratación y por el presente Decreto, determinarán la imposibilidad de iniciar o continuar la ejecución de la subcontratación".

Art. 6 (al que reenvía la cláusula 28 PCAP), como causas de resolución: "b) La subcontratación realizada con incumplimiento de la comunicación previa al órgano de contratación, en los términos previstos en el art. 3 de este Decreto"; "d) El incumplimiento del límite máximo de subcontratación aplicable al contrato principal".

IV

1. En este caso, son determinantes los incumplimientos de las prescripciones referidas del PCAP.

2. Según el art. 1.2 del citado Decreto, la subcontratación es el "negocio jurídico bilateral por el que el adjudicatario de un contrato administrativo concierta con terceros la ejecución parcial de las prestaciones objeto del contrato principal". Siendo así, no existe en el expediente ningún contrato mediante el que el adjudicatario subcontrate parcialmente el objeto del contrato. Lo que si existe es un contrato de intenciones (calificado de pre contrato) que suscribió la empresa adjudicatario el 15 de enero de 2004, antes de la adjudicación, con una empresa tercera con el fin último de que en el plazo de 5 años la primera absorba a la segunda; y hasta tanto ambas colaborarán mediante la "utilización compartida de instalaciones (...) oficinas y dependencias (de la segunda) con derecho al uso de los equipamientos (y servicios generales (administración, contabilidad, mensajería) mediante la correspondiente contraprestación". De modo que al cabo de los cinco años la empresa adjudicataria acabe "asumiendo la totalidad del personal su activo y pasivo" de la empresa absorbida.

3. El contratista se opone a la resolución, fundamentalmente, aduciendo que no ha subcontratado con tercero la ejecución del contrato, sino que ha firmado un contrato privado por el que en cinco años se fusionará con otra empresa, a la que absorberá.

4. De la documentación que obra en el expediente se constata que los TC 2 y alta del personal asignado al trabajo corresponden a la razón social de la empresa a absorber y no a la adjudicataria del contrato. Al margen de las responsabilidades a que haya lugar en el orden social -por lo que atañe a la cesión de trabajadores y a la sucesión de empresas (art. 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores)- lo expresado significa que o bien ha subcontratado (sin cumplir con los requisitos y procedimientos que se disponen en el pliego y legislación a la que el mismo remite) o bien ha habido una vulneración de la legislación social y laboral cuyo cumplimiento el contratista también asumió (cláusula 20.3).

5. La buena fe preside la actuación administrativa y sus relaciones con los interesados. El contrato de fusión era anterior a la adjudicación del contrato. En ningún momento la empresa adjudicataria puso en conocimiento de la Administración el pre contrato firmado y aunque de sus determinaciones no parece desprenderse que es un subcontrato, la realidad material es que sí lo es.

6. El contratista asumió cumplir fielmente las obligaciones del contrato "con estricta sujeción" a los pliegos, y hay que ser consecuente con lo que se firma. Los compromisos no son cláusulas de estilo que adornan un contrato y aunque anticipan la profesionalidad y legalidad de la ejecución administrativa, en este caso la presunción no se ha acreditado como cierta. Entre tales obligaciones estaban, además del cumplimiento de la legislación social, la de "tener a su cargo el personal necesario para la realización del objeto del contrato, respecto del que ostentará a todos los efectos la condición de empresario" (cláusula 20.3), siendo así que el empresario de ese personal era otro. Es decir, que el adjudicatario debía ser capaz de hacer frente a la ejecución del contrato con sus propios medios organizativos, sin perjuicio de la subcontratación, pero entonces mediando los requisitos previstos en el pliego y regulados por norma expresa.

7. Es prerrogativa de la Administración interpretar, resolver y determinar los efectos de los contratos (art. 59.1 TR-LCAP-2000 y arts. 94, 112 y 184.2, concordantes del RLCAP).

La resolución debe acordarse por el órgano de contratación con audiencia del contratista, sin más trámites y si hay oposición Dictamen del Consejo Consultivo (art. 96.1 TR-LCAP-2000), como es el caso.

Son causas de resolución tanto el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales [art. 111.g) TR-LCAP-2000] como aquéllas que se

establezcan expresamente en el contrato [art. 111.h) TR-LCAP-2000]. La resolución por esta última causa tendrá las consecuencias que se establezcan en el contrato y, en su defecto, se regularán por las normas de la Ley y el Reglamento sobre efectos de la resolución que sean aplicables por analogía (art. 112.1 RLCAP). El procedimiento para la resolución del contrato ha sido el determinado en el art. 109 RLCAP.

El contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista la Administración (art. 211.1 TR-LCAP-2000).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del contrato a que se refiere es conforme a Derecho, por las causas determinadas en los arts. 111.g) y 111.h) TR-LCAP-2000 y con los efectos prevenidos en los arts. 113 y 215 del mismo texto legal.