

Informe 63/11, de 17 julio de 2012. "Subrogación del nuevo contratista del personal adscrito a la ejecución del anterior contrato".

Clasificación de los informes. 31. Proyectos de disposiciones

ANTECEDENTES.

La Directora del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria se dirige a esta Junta Consultiva mediante el siguiente escrito de consulta:

"El Instituto Nacional de Gestión Social, promovió un concurso público para la adjudicación del servicio de mantenimiento integral del edificio de la c/ Alcalá 56, sede central de dicho Instituto.

En la cláusula 3.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares que regula el contrato, bajo el epígrafe obligaciones del adjudicatario, figura el párrafo siguiente: "A efectos de /a obligación de subrogación como empleador del adjudicatario, en el Anexo 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas se relacionan los trabajadores que actualmente prestan sus servicios en el contrato en vigor, sin perjuicio de la subrogación que operará en función de las prestaciones del contrato que regirá este pliego". En el citado Anexo 1 se relacionan 14 puestos de trabajo, sin identificación personal, de distintos oficios, que se corresponden con los de los trabajadores que venían prestando el servicio, mientras que en el pliego de prescripciones técnicas que regula la nueva contratación, únicamente se requieren 11 puestos de trabajo, al haberse reducido las prestaciones del servicio respecto al contrato anterior.

La empresa adjudicataria no se subrogó en ninguno de los trabajadores de la empresa anterior y ha comenzado a prestar el servicio con personal propio.

Por alguno de los trabajadores afectados por la no subrogación, se lía solicitado la resolución del contrato en base a lo dispuesto en los artículos 206, 275, 276, 284 y 285 de la Ley de Contratos del Sector Público como en la cláusula 3,8 del pliego de cláusulas administrativas particulares que reguló el contrato, en la que se determina que 'Además de las causas de resolución del contrato establecidas en los artículos 206 y 284 de LCSP, será motivo de resolución el incumplimiento por el contratista de cualquiera de las obligaciones recogidas en el clausulado de este pliego'.

La empresa adjudicataria formuló las siguientes alegaciones:

- *El convenio colectivo de la industria del metal de la Comunidad de Madrid, que regula la actividad de desarrollo, no obliga a la subrogación de los trabajadores que hayan prestado servicio continuado o discontinuo en ninguno de sus desarrollos productivos.*
- *Que se ha producido una modificación sustancial del servicio a contratar reduciéndose el alcance del servicio a prestar.*
- *Interpreta que el párrafo de la cláusula 3.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares que se ha transcrito anteriormente, se refiere a la posibilidad o no, de que la empresa adjudicataria, pueda o no, requerir los servicios del personal relacionado en el Anexo 1 del pliego de prescripciones técnicas.*
- *Que en el pliego de cláusulas administrativas que regula el contrato no figura ni se ha calificado como obligación contractual esencial la subrogación del personal.*

Esta Entidad Gestora estimó aceptables las alegaciones de la empresa en uso de su prerrogativa de interpretación del contrato, recogida en la cláusula 2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares. No obstante, se plantean dudas respecto a los efectos de la última alegación formulada por la empresa adjudicataria.

En consecuencia, se solicita informe de ese órgano consultivo, en relación con lo dispuesto en el punto f de la cláusula 206 de la Ley de Contratos del Sector Público, respecto a los efectos de la no calificación como obligación esencial de alguna de las obligaciones incluidas en los contratos."

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Directora del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe en relación con lo dispuesto en el punto f) del artículo 206 de la Ley de Contratos del Sector Público, actual artículo 223 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y, en particular, respecto a los efectos de la no calificación como obligación esencial en el pliego de alguna de las obligaciones contractuales. El citado artículo establece, entre las causas de resolución del contrato “f) *El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.*”.

La cuestión que se plantea son las consecuencias jurídicas que se derivan de la no calificación de una obligación contractual como esencial en el pliego, a los efectos de determinar si constituye causa o no de resolución del contrato.

2. La redacción del actual artículo 223 del TRLCSP letra f) en efecto exige la calificación expresa como “esencial” de aquellas obligaciones cuyo incumplimiento se pretende conlleve la resolución potestativa por parte de la Administración Pública al amparo de lo dispuesto en este precepto y en el artículo 224 de la misma norma. Esta exigencia responde a la voluntad del legislador de acabar con la inseguridad jurídica que ocasionaba la anterior legislación (art. 111. g) TR de la Ley de Contratos de las AAPP), que planteaba el problema de interpretar qué obligaciones eran esenciales y cuáles no lo eran. La nueva legislación exige el reconocimiento expreso en la documentación contractual de la condición de esencial de una obligación precisamente para evitar esta inseguridad jurídica.

Pero la aplicación de esta causa de resolución potestativa no sólo exige una calificación expresa de una obligación contractual concreta como esencial, sino que además exige que esta calificación se recoja en los pliegos o en el contrato. En la práctica, según se desprende de una aplicación conjunta del artículo 223 letra f) del TRLCSP y del artículo 67.2.p) del Reglamento General de la LCAAPP, la calificación de una obligación como esencial debe aparecer en el pliego y en el contrato, puesto que el precepto anterior del Reglamento establece como contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares las causas especiales de resolución del contrato.

Una cuestión adicional que el órgano de contratación debe tener presente antes de calificar una obligación contractual como esencial en el pliego y en el contrato es que la obligación en cuestión, en efecto, debe ser “esencial”. Esto es, una obligación no deviene esencial por ser calificada como tal en el pliego y en el contrato, sino que ésta debe serlo “ab initio”, esto es, debe estar íntimamente vinculada al objeto y elementos de un contrato en particular, de manera que “*constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes*” (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3428/1999, de 18 de mayo de 2000).

Así cabe concluir que cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no califique una obligación contractual como esencial, su incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolución potestativa por parte de la Administración Pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223 letra f) y 224 del TRLCSP, por exigir estos preceptos, en combinación con el artículo 67.2.p) del Reglamento General de la LCAAPP, la calificación expresa en el pliego y en el contrato como esenciales de aquellas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento quiera calificarse como causa de resolución.

3. Ahora bien, esta Junta Consultiva aprecia en el planteamiento de la consulta una posible confusión entre las letras f) y h) del artículo 223 del TRLCSP. Vista la cláusula 3.8 del pliego de cláusulas administrativas particulares objeto de consulta, la letra h) del artículo 223 TRLCSP podría ser relevante. Por todo ello esta Junta Consultiva considera necesario hacer las siguientes consideraciones sobre estas cuestiones que tienen una trascendencia que excede del ámbito del caso concreto y que tienen un interés general para el conjunto de los órganos de contratación.

La referida letra h) del artículo 223 del TRLCSP se refiere a las causas de resolución “*establecidas expresamente en el contrato*”. En su virtud, y sin perjuicio de lo señalado anteriormente respecto a la calificación de determinados incumplimientos como esenciales, el pliego puede establecer un catálogo de causas de resolución, entre las que se incluyan los incumplimientos de una o varias

obligaciones contenidas en el clausulado. Ahora bien, cabe preguntarse si esta previsión legal faculta al órgano de contratación para incluir una cláusula general igual o similar a la cláusula 3.8 del pliego de cláusulas administrativas particulares que regula el contrato a que se refiere la consulta y que reza en los siguientes términos: *'Además de las causas de resolución del contrato establecidas en los artículos 206 y 284 de LCSP, será motivo de resolución el incumplimiento por el contratista de cualquiera de las obligaciones recogidas en el clausulado de este pliego'*.

Esta Junta Consultiva entiende que la inclusión de esta previsión tan amplia no es admisible en base a las siguientes consideraciones jurídicas.

En primer lugar no sería admisible porque su aplicación supondría en la práctica que la Administración Pública podría instar la resolución aduciendo el incumplimiento por el contratista de cualquier obligación contractual, incluidas las obligaciones accesorias y nimias. Ello, entiende esta Junta Consultiva, sería contrario al artículo 1256 del Código Civil, que se aplica supletoriamente y que dispone que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Se trata de un principio general de la contratación aplicable también a los contratos administrativos, que se apoya a su vez tanto en la buena fe contractual exigible a las partes contratantes como en la igualdad que ha de regir en la exigencia de las obligaciones voluntariamente asumidas, según ha indicado el Tribunal Supremo (S. de 27/ 09/ 1985). Ello es así sin perjuicio de que esta pretendida igualdad en el derecho administrativo pueda ceder ante las exigencias del interés público y de ahí, recordemos, que la Ley le otorgue a la Administración la potestad de resolución, que no es sino una de las denominadas prerrogativas de la Administración en la contratación pública, y que viene justificada por el interés público a que se vincula el contrato.

En segundo lugar no sería admisible porque así se desprende de la propia lógica de la teoría del negocio jurídico y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado. En este sentido recordemos que la resolución del contrato extingue anticipadamente el mismo, y por lo tanto constituye una excepción al modo normal de extinción de los contratos, como es el cumplimiento de éstos. Por su excepcionalidad la resolución debe estar justificada.

Así, el Tribunal Supremo ha indicado que la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que quede patente una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento, conclusión que alcanza por aplicación supletoria del artículo 1.124 CC y de la doctrina vinculada a la interpretación del mismo, que en resumen responde al designio de que se conserven los contratos válidamente celebrados, debiendo restringirse su resolución limitándola a los supuestos descritos anteriormente (S. de 21/06/1985). No obstante el Tribunal Supremo ha advertido de una especialidad de la contratación pública frente a la privada, como es que en la primera, siempre sometida a la idea cardinal de satisfacción del interés público, el ejercicio de la prerrogativa resolutoria es más flexible y abierto que la facultad condicionada, otorgada a los otorgantes de contratos privados, en el artículo 1.124 CC (S. de 21/05/1986).

En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al manifestar que la resolución por incumplimiento del contratista constituye el efecto pernicioso más grave para este último, por lo que únicamente debe producirse cuando se trate de incumplimientos relevantes y no nimios y sin trascendencia, de acuerdo con la realidad del contrato (Dictamen núm. 52.006, de 9 de junio de 1988). El máximo órgano consultivo del Estado ha señalado que *"la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aún mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura"* (Dictamen núm. 41.941, de 1 de marzo de 1979).

En tercer lugar la tipología de cláusula que cualifica el incumplimiento de cualquier obligación como causa de resolución potestativa por parte de la Administración Pública, tampoco sería admisible porque, si bien es cierto que la letra h) del artículo 223 TRLCSP es, sin duda, una manifestación inequívoca del principio de libertad de pacto que la Ley reconoce aplicable a los contratos públicos en su artículo 25 TRLCSP, no es menos cierto que la libertad de pacto opera en el ámbito de la

contratación pública con tres límites como son los del interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración. Estos límites fueron explicados por esta Junta Consultiva en su informe 1/1971, de 12 de febrero, en el cual indica que el principio de libertad contractual de la Administración pública implica que “la misma puede concertar con los particulares los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público (límite de sustancial importancia, ya que el interés público es la causa y el fin del contrato administrativo), al Ordenamiento jurídico (...) o a los principios de buena administración (que recuerda al Órgano gestor que todo contrato debe constituir una solución útil y oportuna para el servicio público que tiene encomendado).”

De las tres anteriores consideraciones jurídicas en que funda esta Junta Consultiva la inadmisibilidad de la cláusula en cuestión debe inferirse necesariamente una interpretación del artículo 223 letra h) TRLCSP con límites. En este sentido esta Junta Consultiva entiende que cuando los órganos de contratación deseen que la infracción de determinadas obligaciones conlleve la resolución potestativa del contrato por parte de la Administración Pública al amparo de lo dispuesto en este precepto, las obligaciones que se establezcan deberán cumplir los siguientes requisitos cumulativos:

- Deberán figurar enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca, no siendo admisibles las cláusulas de tipo general, esto es, que califiquen de causa de resolución la infracción de cualesquiera obligaciones contractuales por parte del contratista;
- Y además no podrá figurar en esa enumeración la infracción de cualesquiera obligaciones, sino solo la de aquellas obligaciones que sin ser calificables de esenciales sí puedan ser consideradas relevantes, esto es, que no sean nimias o sin trascendencia, de acuerdo con la realidad del contrato en cuestión. Decimos que sin ser esenciales dado que de calificarse como tales estaríamos ante la aplicación de la letra f) del artículo 223 TRLCSP, tal y como se ha explicado al inicio de este informe, y no ante la aplicación de la letra h) del mismo precepto. Nótese que la letra f) se refiere a la resolución potestativa por infracción de una obligación esencial, primero por serlo en sí misma y segundo por así calificarla expresamente el pliego o el contrato; y la letra h), por su parte, tendría su ámbito de actuación en aquellas obligaciones que no siendo esenciales son relevantes de acuerdo con la realidad del contrato y además se contemplan en el pliego y en el contrato expresamente como obligaciones cuyo incumplimiento conlleva la resolución potestativa por parte de la Administración Pública.

Por último conviene aclarar que si bien la letra h) del artículo 223 se refiere a las causas de resolución “establecidas expresamente en el contrato”, de conformidad con el artículo 67.2.p) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, las causas especiales de resolución del contrato deben estar contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, no siendo suficiente su inclusión en el contrato.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa concluye:

1. De conformidad con lo dispuesto dentro de los artículos 223, f) y 224 del TRLCSP Para que una obligación prevista en el contrato tenga el carácter de esencial, son necesarios dos requisitos, el primero, que así se haya establecido de forma expresa y el segundo, que se haya hecho constar de esa forma en el pliego o en el contrato. Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no califique una obligación contractual como esencial, su incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolución potestativa por parte de la Administración Pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223 letra f) y 224 del TRLCSP, por exigir estos preceptos, en combinación con el artículo 67.2.p) del Reglamento General de la LCAAPP, la calificación expresa en el pliego o en el contrato como esenciales de aquellas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento quiera calificarse como causa de resolución.

2. La tipología de cláusula contractual que cualifica el incumplimiento de cualquier obligación como causa de resolución potestativa por parte de la Administración Pública no es admisible, debiendo el órgano de contratación hacer un uso moderado de la disposición legal recogida en el artículo 223 letra h) del TRLCSP, de manera que en el pliego y en el contrato deberá hacerse una enumeración precisa, clara e inequívoca de las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento lleve aparejada la sanción de la resolución potestativa y, además, deberá asegurarse de que las obligaciones que se enuncian sin ser esenciales son suficientemente relevantes, de acuerdo con la realidad del contrato, como para justificar la posible resolución del contrato, esto es, no son obligaciones sin trascendencia o nimias.

