



Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Dictamen nº **94/2015**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 8 de abril de 2015, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el SR. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 18 de febrero de 2015, sobre resolución del contrato para la gestión del servicio público de terapias respiratorias domiciliarias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Lote 1, Hospital Virgen de la Arrixaca, Lote 3, Hospital Reina Sofía, Lote 6, Hospital Rafael Méndez, Lote 7, Hospital Comarcal del Noroeste y Lote 8, Hospital Virgen del Castillo de Yecla) suscrito con "--" (expte. **63/15**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Previa la correspondiente tramitación, por resolución de 4 de enero de 2006 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) adjudicó a "--" el contrato para la gestión del servicio público de terapias respiratorias domiciliarias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en lo relativo a los siguientes lotes, con su correspondiente precio máximo por año: Lote 1, Hospital Virgen de la Arrixaca (852.499,5 euros), Lote 3, Hospital Reina Sofía (457.468,5 euros), Lote 6, Hospital Rafael Méndez (655.132,5 euros), Lote 7, Hospital Comarcal del Noroeste (415.880,25 euros) y Lote 8, Hospital Virgen del Castillo de Yecla (201.852,75 euros). El plazo del contrato es de 4 años a partir del día siguiente a su formalización, prorrogable por periodos de 12 meses, sin que el plazo total, incluido el periodo contractual inicial, pueda sobrepasar los 10 años.

El contrato fue formalizado el 31 de enero de 2006.

SEGUNDO.- Mediante comunicación interior de 7 de julio de 2014, la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma remite al Servicio de Contratación y Obras del SMS diversa documentación relacionada con varias demandas presentadas ante la jurisdicción social por varios trabajadores, despedidos de las empresas "--" o "--", en las que, en síntesis, expresan que fueron contratados en su día por una de las citadas empresas, habiendo sido despedidos por éstas debido a que "--" había decidido no renovar los contratos mercantiles de arrendamiento de servicios que suscribió con aquéllas para la prestación de los servicios que esta última empresa debía prestar al SMS en cumplimiento del contrato de gestión del servicio público reseñado en el Antecedente Primero. Expresan los demandantes que habían prestado efectivamente sus servicios a "--" bajo las órdenes, dirección y supervisión de personal de esta empresa, lo que consideraban que constituía un supuesto de cesión ilegal de trabajadores que motivaba que se considerase nulo o improcedente el despido acordado por las referidas empresas y que les daba derecho a que se declarase su condición de trabajadores fijos de la referida "--", lo que solicitaban del correspondiente Juzgado, demandando a tal efecto a las tres citadas empresas y al SMS.

La Dirección de los Servicios Jurídicos solicitó del SMS la remisión de la documentación relativa al indicado contrato administrativo, a fin de plantear su actuación ante los referidos órganos judiciales, lo que fue cumplimentado por el citado Servicio de Obras y Contratación mediante comunicación interior de 15 de julio de 2014. No consta más información sobre dichas actuaciones judiciales.

TERCERO.- Mediante correo electrónico enviado por un particular a la Jefa del Servicio de Obras y Contratación del SMS, se le traslada diversa documentación relativa al despido colectivo promovido por "--" respecto de una serie de trabajadores de dicha empresa, por las razones antes indicadas, es decir, por haberle comunicado "--" su decisión de no renovar el contrato mercantil suscrito con aquélla el 1 de abril de 2006 y que finalizaba el 31 de marzo de 2014. Entre dicha documentación obra: un escrito de 16 de diciembre de 2013 de la última de las empresas citadas comunicando la antedicha circunstancia a "--"; fotocopia de una tarjeta de identificación de una trabajadora de la misma en la que se hacía constar como empresas a "--" (y su marca comercial "--") y a "--"; y unas denominadas "*fichas de instalación*" de algunos de los aparatos o elementos de terapias respiratorias a que se refiere el citado contrato administrativo.

CUARTO.- Mediante oficio recibido por la contratista el 30 de julio de 2014, la Jefa del Servicio de Obras y Contratación del SMS le requiere para que presente la documentación justificativa de la intervención de "--" en la prestación del servicio público contratado, contestando la primera a ello mediante escrito presentado el 6 de agosto de 2014, en el que, en síntesis, expresa que "--" asume desde el comienzo del contrato la plena responsabilidad del servicio, sin perjuicio de que hubiera contratado con "--" la prestación de determinados servicios previstos en el contrato; según se desprende de su escrito de 16 de diciembre de 2014 adjunto (el mismo citado en el Antecedente Tercero), esos servicios se realizaron desde el 1 de abril de 2006 hasta el 31 de marzo de 2014, indicando la contratista que en la actualidad el servicio es prestado en su integridad por personal propio del Grupo --.

QUINTO.- Solicitado informe al Subdirector General de Aseguramiento y prestaciones del SMS, fue emitido el 5 de noviembre de 2014, en el que, en síntesis, tras recordar que el objeto del contrato es la prestación domiciliaria, a beneficiarios del SMS, de determinados servicios sanitarios (oxigenoterapia, aerosolterapia, ventilación mecánica, terapia del síndrome de apnea del sueño, estudios del sueño, monitorización de apnea, pulsioximetría y aspiración de secreciones) y que se ha venido prorrogando anualmente (desde el vencimiento del inicial plazo de 4 años, se deduce), señala que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato exige, en el número 4 del apartado relativo a los "*requisitos mínimos generales*", que la empresa adjudicataria tenga los profesionales sanitarios necesarios para la adecuada atención de dichas terapias, debiendo pertenecer a dicha empresa los correspondientes trabajadores desde el momento de la adjudicación del contrato, expresando el apartado 2 de dicho PPT las diferentes obligaciones del personal sanitario en las distintas fases del servicio, según la correspondiente terapia, siendo tales obligaciones el núcleo de la prestación del mismo. Considera que de lo informado por la contratista se desprende que subcontrató con "--" la realización de parte de dichos servicios, lo que está prohibido por la cláusula 13.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato.

SEXTO.- El 4 de diciembre de 2014, la Jefa del Servicio de Obras y Contratación del SMS emite informe en el que propone al Director Gerente de dicho Ente la iniciación de un procedimiento para resolver el contrato de referencia por incumplimiento por el contratista de lo establecido en la cláusula 13.2 PCAP, en relación con lo dispuesto en la cláusula 17 y el artículo 111, g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aplicable a dicho contrato. A tal efecto, en síntesis, asume lo expresado en el anterior informe y considera que el incumplimiento de la prohibición de subcontratación establecida en la cláusula 13.2 constituye el incumplimiento de una obligación esencial del contrato (lo que es causa de su resolución conforme al citado precepto legal), porque dicho carácter esencial se desprende de la naturaleza de los servicios sanitarios contratados y la consiguiente exigencia de que el contratista

deba tener los trabajadores necesarios para prestarlos, según las cláusulas del PPT ya citadas.

Añade que el carácter esencial de la obligación de no subcontratar (o, lo que es lo mismo, de la prohibición de hacerlo) que se establezca en un contrato administrativo se desprende ("*a sensu contrario*") del hecho de que el vigente Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), establece que las obligaciones que pueden establecerse en los PCAP de los contratos administrativos en el sentido de que los adjudicatarios de los mismos deban necesariamente subcontratar con terceros una parte del objeto del correspondiente contrato, tienen carácter esencial al efecto de que el incumplimiento de tal obligación de subcontratar constituye una causa de resolución del contrato administrativo por incumplimiento de una de sus obligaciones esenciales (vid. artículo 227.7 de dicha ley).

Sin perjuicio de lo anterior, la informante considera que no procede incautar la garantía prestada por el contratista porque no se ha producido ningún perjuicio a los pacientes, ni daño económico al SMS, y que, en caso de acordarse la resolución del contrato, la empresa debe seguir prestando el servicio hasta la formalización de uno nuevo, ante la insuficiencia de medios del SMS para prestar dicho servicio.

SÉPTIMO.- El 4 de diciembre de 2014 el Director Gerente del SMS acuerda la iniciación de un procedimiento para declarar la resolución del contrato de referencia por incumplimiento por el contratista de lo establecido en la cláusula 13.2 PCAP, en relación con lo dispuesto en la cláusula 17 y el artículo 111, g) TRLCAP. En síntesis, señala que aquél reconoce que subcontrató con una tercera empresa la prestación de servicios objeto del contrato, lo que supone la infracción de lo establecido en la cláusula 13.2 PCAP en relación con diversas cláusulas del PPT, y el incumplimiento de una obligación esencial del contrato, lo que constituye la causa de resolución prevista en el citado precepto legal, con remisión, por lo demás, a los informes previamente emitidos. Asimismo, acordó conceder audiencia al contratista por 10 días naturales y solicitar informe al Servicio Jurídico del SMS.

OCTAVO.- El 19 de diciembre de 2014, el Servicio Jurídico del SMS emite informe en el que, en síntesis, reitera lo expresado en los informes precedentes y añade, por un lado, que la cláusula 19.3 PCAP exige que el contratista debe contratar el personal preciso para atender sus obligaciones, que dependerá exclusivamente de aquél, teniendo todos los derechos y deberes sobre el mismo en su calidad de empresario; por otro, recuerda que la cláusula 17, a) PCAP prevé como causas de resolución del contrato, al margen de las previstas en el citado artículo 111 TRLCAP, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el PPT en lo relativo a los requisitos de personal.

NOVENO.- El 23 de diciembre de 2014 el contratista presenta escrito en el que, al amparo de lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), solicita la ampliación del plazo del trámite de audiencia acordado, lo que le es concedido mediante resolución del ya citado Director Gerente de fecha 26 de diciembre de 2014.

DÉCIMO.- El 7 de enero de 2015 el contratista presenta escrito en el que expresa que no se le ha concedido vista del expediente, por lo que se reserva el derecho de ampliar las alegaciones que realiza, que en síntesis son las siguientes: a) el PCAP no califica como esencial la obligación de no subcontratar con terceros la realización parcial del contrato ni establece que su incumplimiento sea causa de su resolución; b) incluso entendiendo que la obligación de no subcontratar fuera considerada una obligación esencial, para justificar la resolución de un contrato el incumplimiento ha de ser grave y sustancial, según jurisprudencia y doctrina que cita, lo que no se da en el caso, pues el servicio se ha prestado con los requisitos de cualificación profesional de los trabajadores exigidos en el contrato; c) por lo anterior, no ha existido perturbación grave del servicio público, pues sólo en tal

caso la Administración está obligada a resolver el contrato, según se desprende del artículo 166 TRLCAP; d) conforme al Derecho Privado, en concreto, al artículo 1.294 del Código Civil, aplicable supletoriamente, la resolución del contrato sólo procede cuando no pueda obtenerse por otros medios la reparación del perjuicio causado por el incumplimiento contractual, cuando en el presente caso la subcontratación cesó el 31 de marzo de 2014, a partir de lo cual la contratista presta directamente la totalidad de los servicios objeto del contrato; e) las potestades administrativas, incluida la de acordar la resolución de los contratos administrativos, deben ejercerse conforme al interés público, y en el presente caso no existe interés público que justifique la resolución del contrato; al contrario, dicha resolución perjudicaría a los pacientes que, en virtud de tal resolución, se quedarían sin cobertura asistencial.

UNDÉCIMO.- El 15 de enero de 2015 el SMS cita a la contratista para tomar vista del expediente, lo que se efectúa mediante comparecencia de sus representantes el 19 siguiente, y el 20 el Director Gerente del SMS acuerda otorgar un nuevo trámite de audiencia a la contratista por diez días naturales.

DUODÉCIMO.- El 30 de enero de 2015 la contratista presenta nuevo escrito de alegaciones, en el que, en síntesis, reitera lo expresado en su escrito anterior, insistiendo en que no ha incumplido lo exigido en el PPT del contrato en lo relativo a que el servicio se prestase con profesionales con la titulación adecuada, sin que hubiera existido ningún perjuicio para los pacientes, y que la subcontratación sólo se refirió al servicio de oxigenoterapia, por lo que concluye que la infracción cometida no justifica una medida tan drástica como la resolución del contrato, a lo que se opone.

DECIMOTERCERO.- El 30 de enero de 2015, y previa resolución del Director Gerente del SMS en el mismo sentido, éste y un representante de la contratista formalizan la prórroga del contrato (que vencía el 31 de enero de ese año) *"hasta el 31 de enero de 2016 o hasta nueva contratación o, en su caso, hasta la terminación del procedimiento de resolución del contrato"*.

DECIMOCUARTO.- El 12 de febrero de 2015, el citado Director Gerente formula una propuesta de resolución para acordar la resolución del contrato por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 13 PCAP en relación con la cláusula 17 y el artículo 111, g) TRLCAP, con similar fundamentación a la contenida en los informes previamente emitidos.

DECIMOQUINTO.- El 18 de febrero de 2015 se registra de salida en la Consejería de Sanidad y Política Social la solicitud de Dictamen preceptivo a este Consejo Jurídico reseñada en el encabezamiento del presente, acompañada del expediente y su extracto e índice reglamentarios. El mismo día, el Director Gerente del SMS acuerda suspender el plazo máximo legal de resolución y notificación del procedimiento de referencia, con base en el artículo 42.5, c) LPAC, por haberse solicitado el mencionado Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta por la que se pretende declarar la resolución de un contrato administrativo de esta Administración regional habiendo formulado el contratista su oposición a ello, concurriendo así el supuesto establecido en el artículo 211.3, a) TRLCSP (norma procedimental aplicable al procedimiento que nos ocupa, por estar vigente en la fecha de su iniciación, como ha señalado este Consejo Jurídico en anteriores y numerosos Dictámenes) y en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento y competencia.

I. El procedimiento tramitado se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en el citado artículo y en la LPAC, de aplicación supletoria.

No obstante lo anterior, al ser el Director Gerente del SMS, como órgano de contratación, el competente para adoptar la resolución final que proceda, carece de sentido que éste haya formulado una propuesta de resolución dirigida a sí mismo; como hemos dicho en casos análogos, tal propuesta debe realizarla el órgano instructor del procedimiento y elevarla en su momento al órgano competente para resolver.

II. Como hemos reiterado en numerosos Dictámenes, esta clase de procedimientos tiene legalmente establecido un plazo máximo de tres meses, a contar desde su iniciación, para dictar y notificar la resolución procedente, plazo que puede ser suspendido con fundamento, entre otras causas, en la solicitud a este Consejo Jurídico del Dictamen preceptivo y determinante (en el sentido ya abordado en varios de nuestros Dictámenes).

A la vista de los Antecedentes, considerando que el citado plazo se inició el 4 de diciembre de 2014, el mismo habría vencido, en principio, el 4 de marzo de 2015 (plazo contado, como se sabe, de fecha a fecha, incluyendo, pues, todos los días naturales); al quedar dicho plazo suspendido (por un periodo máximo de tres meses, ex art. 42.5, c) LPAC) en la fecha de salida del escrito de solicitud del presente Dictamen, es decir, el 18 de febrero de 2015, en esta fecha restaban 15 días naturales para el vencimiento de tal plazo, los mismos de que dispondrá la Administración, tras la recepción del presente, para acordar la resolución que proceda y notificarla al contratista, so pena de que el procedimiento incurra en causa de caducidad.

TERCERA.- Consideración previa sobre la utilidad del presente procedimiento resolutorio y sobre la prórroga del contrato acordada tras la iniciación de aquél.

Como se desprende de los Antecedentes, el SMS comienza a realizar actuaciones de averiguación de una posible subcontratación de los servicios objeto del contrato tras recibir de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de un particular la documentación reseñada en los Antecedentes Segundo y Tercero. En concreto, el 30 de julio de 2014 la Jefa del Servicio de Obras y Contratación requiere al contratista para que aporte la documentación justificativa de la intervención de "—" en la ejecución del contrato, tras lo cual aquél presenta al SMS un escrito el 6 de agosto siguiente en el que viene a reconocer que hasta el 31 de abril de dicho año había subcontratado con dicha empresa la realización de algunas prestaciones comprendidas en dicho contrato, y que éstas (junto al resto del objeto del contrato) son realizadas directamente por el contratista a partir de la indicada fecha, adjuntando la empresa a dicho escrito otro en el que comunicaba al mencionado subcontratista su voluntad de no renovar el

subcontrato tras la indicada fecha.

A la vista de que, tras ello, el SMS no estimó necesario requerir al contratista para que aportase más documentación sobre el particular ni aclarase otros aspectos, ha de entenderse que dicho Ente aceptó lo manifestado por el contratista en cuanto a la realidad de la subcontratación parcial y su cesación a partir del 31 de abril de 2014.

A partir de ello, el informe de 4 de diciembre de 2014 del citado Servicio de Obras y Contratación, tras recabar el informe del Subdirector General de Aseguramiento y Prestaciones, realiza tres grandes consideraciones: a) que el contratista ha incurrido en una subcontratación prohibida por el contrato, lo que constituye causa de resolución del mismo al amparo del artículo 111, g) TRLCAP, es decir, por incumplimiento de una obligación esencial del contrato (y, aunque el informe no lo diga, se trata de una causa de resolución de ejercicio potestativo para la Administración, conforme a lo previsto en el artículo 112.2 de dicha ley); b) que dicha subcontratación no ha producido perjuicios a los pacientes, destinatarios finales del servicio, ni daño económico al SMS, por lo que, en caso de acordarse la resolución, no procedería incautar la garantía al contratista; y c) que en caso de resolver el contrato la empresa deberá seguir prestando el servicio hasta su nueva contratación, ante la insuficiencia de medios propios del SMS (obligación esta última que, aunque no lo exprese dicho informe, tiene su fundamento en la cláusula 3 PCAP, que prevé que, extinguido el contrato por cualquier causa -por vencimiento de su plazo inicial o de alguna de las prórrogas acordadas o por declararse su resolución, ex artículo 109 TRLCAP-, la Administración, por razones de interés público, podrá obligar al antiguo contratista a continuar prestando el servicio transitoriamente, hasta su nueva contratación. Sobre el alcance de cláusulas como la citada, nos remitimos a lo expresado en nuestro Dictamen 35/2015, de 9 de febrero).

Visto todo lo anterior, si a ello le añadimos que en la referida fecha de 4 de diciembre de 2014 el plazo de vencimiento del contrato era el entonces próximo 31 de enero de 2015, no se comprende ni que dicho informe propusiera la iniciación de un procedimiento resolutorio del contrato ni que el 30 de enero de 2015 se prorrogase la vigencia del contrato por un año más, hasta el 31 de enero de 2016.

En efecto, a juicio del Consejo Jurídico, el hecho de que: a) en la fecha en que el referido Servicio se plantea la iniciación del procedimiento resolutorio del contrato la contratista ya no tuviese subcontratada con "--" la prestación parcial del servicio; b) dicho Servicio reconociera que la previa subcontratación no había producido perjuicios a los pacientes ni daños económicos al SMS; c) el carácter potestativo, en nuestro caso, del ejercicio de la potestad resolutoria; y d) el entonces próximo vencimiento del plazo de vigencia del contrato, sin perjuicio de que tras éste el SMS pudiera obligar a la empresa a seguir prestando el servicio hasta su nueva contratación y en las mismas condiciones que durante la vigencia de aquél, son circunstancias que hacían innecesaria, en la práctica, las dos determinaciones adoptadas por el SMS, es decir, tanto la iniciación de un procedimiento para declarar la resolución del contrato (procedimiento que tiene como objetivo conseguir su extinción anticipada y, en su caso, resarcir los perjuicios causados por la resolución, lo que en nuestro caso entonces ya no se advertía) como, iniciado efectivamente tal procedimiento, el posterior acuerdo de prorrogarlo.

No obstante lo anterior, prorrogado efectivamente el contrato hasta el 31 de enero de 2016, en virtud de una de las prórrogas anuales previstas en la cláusula 3 PCAP, es claro que en este momento el contrato está vigente y, por tanto, es susceptible de extinción anticipada mediante la declaración de su resolución, de ser procedente, lo que se abordará en la siguiente Consideración. En tal caso, el contrato quedará extinguido desde tal momento, sin perjuicio de que en el mismo acto pueda acordarse seguidamente la obligación de la empresa de continuar con la prestación de los servicios en los términos establecidos en la cláusula 3, segundo párrafo, PCAP. Sobre este último aspecto, debe tenerse en cuenta lo dicho en nuestro citado Dictamen 35/2015 sobre la improcedencia jurídica de que la aplicación de cláusulas como la apuntada puedan habilitar la prestación efectiva del servicio más

allá de lo imprescindible para que la Administración proceda, con la mayor diligencia posible (incluso si es necesario por la vía de urgencia y con carácter temporalmente limitado) a la adjudicación de un nuevo contrato, ni que tal cláusula habilite la prestación del servicio, por la empresa en cuestión, por un tiempo superior al plazo máximo legalmente establecido para la clase de contrato de que se trate.

CUARTA.- Consideraciones generales sobre la resolución y la subcontratación en el contrato de gestión de servicios públicos.

Aun cuando, por las razones expresadas en la Consideración precedente, la eventual resolución del contrato no tendría unos efectos prácticos sustancialmente distintos de los que resultarían de no acordarse dicha resolución, ello no significa que no pueda adoptarse tal medida si se estimase que existe causa de resolución del contrato y razones de interés público que aconsejaren acordarla, según se razonará a continuación.

I. A estos efectos, conviene abordar primeramente las alegaciones aducidas por la contratista en el sentido de que, aun existiendo causa de resolución del contrato, no procedería declararla porque la subcontratación no ha producido daños a los destinatarios del servicio ni perjuicios económicos al SMS, y porque de resolver el contrato aquéllos quedarían de forma inmediata privados de los servicios sanitarios objeto del contrato, por lo que no existiría la necesaria causa o motivo de interés público que debe fundamentar en todo caso el ejercicio de la potestad resolutoria contractual de la Administración.

En cuanto a la posible privación inmediata a los pacientes del SMS de los servicios objeto del contrato, es claro que ello no obsta al ejercicio de la potestad administrativa resolutoria, pues de ser así dicha potestad se vería impedida en muchos casos, desvirtuando la institución; en caso de que se acuerde la resolución contractual la Administración debe adoptar las medidas necesarias para minimizar los perjuicios que produzca la extinción del contrato; y, en el caso que nos ocupa, ello se procura mediante el ejercicio de la facultad que le atribuye la ya citada Cláusula 3 PCAP, en los términos ya vistos.

Por otra parte, el hecho de que un incumplimiento contractual no haya producido daños materiales efectivos no impide, "*per se*" y sin más consideración, la resolución del contrato, pues la gravedad del incumplimiento puede resultar de otras consideraciones distintas a la efectiva producción de daños, especialmente, como vamos a ver, en el caso de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, en donde la especial tutela y las prevenciones establecidas por la legislación administrativa y por la propia Administración contratante en el clausulado del contrato impiden una mimética traslación de determinados criterios o principios sentados para negocios y relaciones jurídicas sometidas al Derecho Privado, si bien es cierto que la resolución del contrato requiere, incluso en el Derecho Administrativo, un incumplimiento con la suficiente entidad que justifique tal medida. Pero la apreciación de esa entidad debe ser evaluada conforme a las peculiaridades de los contratos administrativos y, con especial énfasis, del contrato de gestión de servicios públicos, pues la importancia de sus prestaciones y la exigencia de que éstas se desarrollen con la debida continuidad y regularidad justifican el establecimiento, normativo y contractual, de prevenciones, exigencias y limitaciones que no están presentes en otra clase de contratos, como resulta, entre otros aspectos, en materia de subcontratación. Cuestión distinta, como se verá, es la influencia que la falta de perjuicios materiales derivados del incumplimiento del correspondiente contrato administrativo debe tener en una medida accesoria a su resolución como es la relativa a la incautación y pérdida de la garantía prestada.

II. Para justificar que el incumplimiento de la prohibición de subcontratar en un contrato de gestión de servicios públicos puede constituir causa que justifique acordar su resolución aun cuando de tal incumplimiento no se

hubieran derivado daños a los destinatarios del servicio o a la Administración contratante, conviene destacar inicialmente que el artículo 170 TRLCAP (hoy el 265 TRLCSP) establece que *"en el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias"*. Se trata de una norma especial, frente a la general establecida en su artículo 115.1 (hoy el 227.1 TRLCSP) que permite la subcontratación parcial de cualquier clase de prestación (aun esencial) objeto del contrato, salvo que éste disponga lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario; de no darse alguna de estas dos salvedades, la subcontratación se sujeta a los requisitos establecidos en el número 2 del artículo (entre ellos, a la previa comunicación a la Administración sobre el subcontrato a celebrar, o a su autorización, en determinados casos). A la vista del antecedente que supone el artículo 82 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, se ha considerado que la norma contenida en el artículo 170 TRLCAP sólo es una especificación, para el contrato de gestión de servicios públicos, de la prohibición de subcontratar que se establece en su artículo 115.1 por razón de la naturaleza y condiciones del contrato, considerando así que la naturaleza y condiciones del contrato de gestión de servicios públicos impone en todo caso que sus prestaciones esenciales o principales sólo puedan ser realizadas directamente por el adjudicatario y no por ninguna otra empresa, impidiendo así incluso la posibilidad de que el órgano de contratación pueda, en virtud de la previa comunicación o solicitud de autorización del contratista que se prevé para otros casos, verificar que la empresa con la que se pretendiera subcontratar reuniera los necesarios requisitos y garantías para que las prestaciones que ésta realizase se ajustaran a lo establecido en el contrato. (Sobre lo que deba entenderse por prestaciones principales o accesorias la doctrina coincide en que debe determinarse a la vista de cada contrato, de cuyo objeto, fines y clausulado ha de extraerse si la concreta actividad de que se trata forma parte de la base o el núcleo de lo contratado, lo que en nuestro caso se abordará más adelante).

A nuestro juicio, y en línea con algunos autores, el motivo que justifica tan tajante prohibición, que no posibilita siquiera, como se dice, que la subcontratación de prestaciones esenciales o principales de un contrato de gestión de servicios públicos pueda ser autorizada por el órgano de contratación aun cuando el pretendido subcontratista reuniera los mismos requisitos personales o materiales exigidos al contratista, no estriba en el eventual carácter personalísimo del contrato (porque, como se dice, pueden existir casos en que el subcontratista puede realizar materialmente parte de las prestaciones principales de los servicios de igual manera a como lo haría el contratista), sino en que dichas prestaciones principales se consideran tan importantes que su ejecución no puede depender de una relación jurídica, el subcontrato y la correspondiente empresa subcontratista, respecto de los que la Administración carece de las potestades que, sin embargo, sí tiene respecto del contrato y el contratista administrativos. No basta que el contratista sea, frente a la Administración contratante, el único responsable del cumplimiento del contrato (art. 115.3 TRLCAP) y que aquélla pueda ejercer sobre él sus potestades en orden a garantizar su cumplimiento (incluida la intervención del servicio, ex art. 166, lo que conlleva un poder de dirección y organización de los medios personales y materiales del contratista). En la medida en que la Administración no tendría tales potestades frente a un eventual subcontratista que pudiera realizar materialmente la prestación de que se tratase (el subcontrato es una relación jurídica interna entre contratista y subcontratista a los efectos de exigir el cumplimiento de lo subcontratado, pues dicho artículo 115.3 expresa que *"los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal"*), el legislador considera, cuando se trata de servicios públicos, que la realización material de las prestaciones esenciales o principales del servicio no puede depender de que una tercera empresa cumpla o no con lo pactado entre ella y el adjudicatario del contrato administrativo. Ciertamente que el incumplimiento puede acontecer también en el caso de la prestación directa del servicio por el contratista, pero con la prohibición legal de subcontratar se considera que se elimina un riesgo añadido, de forma que el legislador pretende evitar en todo caso la intervención del subcontratista por el mero riesgo de su posible incumplimiento, es decir, se pretende evitar la mera posibilidad de que tal incumplimiento del tercero pudiera efectivamente acontecer.

La mejor prueba de lo anteriormente expuesto es que, frente a la prohibición legal de subcontratar las prestaciones principales o esenciales del contrato de gestión de servicios públicos, el artículo 114.2, b) TRLCAP (hoy el 226.2, b) TRLCSP) permite la cesión de esta clase de contratos (sin distinción entre prestaciones principales o accesorias), siempre, eso sí, que se haya prestado el servicio durante al menos la quinta parte del plazo del contrato y se cumplan con los demás requisitos establecidos en el número 2 de dicho precepto (la previa autorización expresa del órgano de contratación, que ha de verificar la capacidad, solvencia y, en su caso, clasificación del pretendido cesionario). Dicha permisón legal se explica porque, como expresa el artículo 114.3

TRLCAP (hoy el 226.3 TRLCSP), *"el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente"*, esto es, el cesionario sería a todos los efectos el nuevo contratista, sobre el que el órgano de contratación tendría las mismas potestades que frente al cedente del contrato. Sin embargo, tal subrogación no se produce en la subcontratación, en la que, como se dijo, el subcontratista sólo queda obligado ante el contratista, y no ante la Administración, a efectos de realizar la prestación subcontratada. De ahí que el artículo 170 sólo permita la subcontratación en las prestaciones accesorias del contrato de gestión de servicios públicos, sobre las que el legislador considera admisible el riesgo que puede implicar la presencia de un subcontratista.

De esta manera, al margen de que el PCAP de cada contrato pueda prohibir la subcontratación con el alcance que estime, si el legislador prohíbe en todo caso, mediante una norma imperativa, la subcontratación de prestaciones principales o esenciales del contrato de gestión de servicios públicos, el incumplimiento de tal prohibición puede constituir causa de resolución al amparo de lo previsto en el artículo 111, g) TRLCAP, pues tal prohibición cabe considerarla asimismo como esencial. Ahora bien, ello no significa que cualquier subcontratación relativa a una prestación principal del contrato de gestión de servicio público justifique siempre y en todo caso la resolución, sino cuando tenga una suficiente entidad, lo que depende del caso concreto. No obstante, puede decirse, por ejemplo, que no es lo mismo la subcontratación realizada para un corto lapso de tiempo y por una coyuntural insuficiencia de medios del contratista no imputable al mismo que la realizada durante un plazo notable y que no responde a motivos de estricta necesidad, sino a la conveniencia empresarial de aquél.

Por su parte, el informe nº 5/2002, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en relación con una pretendida subcontratación en un contrato de gestión de un servicio público (servicio de asistencia 112), expresa lo siguiente:

"En cuanto a la posibilidad de que se haga una subcontratación de la ejecución parcial del contrato, consistente en que por el subcontratista se asuman las contrataciones y gestión de recursos humanos del personal laboral asignado al sistema integrado de empresas 112 de las Illes Balears (SEIB 112), tampoco parece viable, dado que el art. 170 de LCAP dispone que: (...), y aunque en el PCAP (cláusula V.8) se admite la subcontratación, se especifica que se hará "... de acuerdo con el artículo 170 del TRLCAP". No cabe duda de que el elemento humano en el presente contrato no es accesorio sino parte esencial de la prestación, ampliamente contemplado en el PPT, sin el cual y sin su preparación, formación y especialización se hace imposible el cumplimiento del objeto del contrato".

QUINTA.- La subcontratación y la resolución del contrato de gestión de servicios públicos objeto de Dictamen.

I. Por lo que se refiere al caso que nos ocupa, la propuesta de resolución se basa, de forma expresa, en que, en la medida en que la cláusula 13 PCAP del contrato prohíbe toda clase de subcontratación (y no sólo la de las prestaciones principales), la subcontratación realizada por el contratista con "--" para que el personal de esta empresa prestara los servicios relativos a la oxigenoterapia domiciliaria (una de las clases de terapias respiratorias incluidas en el objeto del contrato, lo que sin duda constituye una de sus prestaciones principales), supone el incumplimiento de una obligación esencial de aquél, como es que el contratista prestara por sí mismo y con sus propios trabajadores la totalidad de los servicios de terapia respiratoria contratados, destacando a tal efecto dicha propuesta la obligación establecida en la cláusula 1 PPT (*"requisitos mínimos generales"*), que en su número 4 señala:

"Con objeto de asegurar la prestación del servicio, las empresas ofertantes, en el momento de la presentación de

ofertas deberán tener (como se especifica en el pliego de cláusulas administrativas): (...)

- Los profesionales sanitarios (auxiliar de enfermería, enfermero, o fisioterapeuta), en el momento de la adjudicación, debidamente formados en la materia para la adecuada atención al paciente en las terapias que se establecen".

La mención o reenvío al PCAP hecha por el PPT supone que el concepto de "tener" el personal a que se refiere este último debe entenderse de conformidad con lo establecido en la cláusula 19.3 PCAP, que impone que *"el contratista deberá contratar el personal preciso para atender a sus obligaciones. Dicho personal dependerá exclusivamente del adjudicatario, por cuanto éste tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empresario y deberá cumplir las disposiciones en materia laboral, de Seguridad Social..."*.

Pero es que, además, sobre aquellas prestaciones que en el PPT no se reservan al personal estrictamente sanitario, sino al *"personal técnico"* (vgr., alguna de las previstas en el apartado de las *"visitas domiciliarias"* en los servicios de oxigenoterapia y aerosolterapia), dicho PPT establece en su número 2 (*"atención al paciente"*) que *"las botellas, aparatos y sistemas, así como sus accesorios, fungibles o no, se suministrarán en el domicilio del paciente con los medios de transporte técnicos y humanos propios de la empresa adjudicataria"*.

A la vista de ello, al margen de que la prestación del referido servicio por personal propio de "--" y no de la adjudicataria, en virtud de la subcontratación realizada entre ambas, pueda constituir un incumplimiento de una obligación esencial del contrato y, por tanto, poder fundarse su resolución en el artículo 111, g) TRLCAP, la prestación de dicho servicio por personal no contratado por el contratista (éste contrata a "--", mediante el correspondiente contrato mercantil), es decir, sin que dicho personal dependiera directa y exclusivamente de aquél a virtud de su previa contratación laboral con el mismo, implica la existencia de otra y más específica causa de resolución del contrato, en concreto, la establecida en la cláusula 17, a) PCAP, que señala que, además de las causas previstas en el artículo 111 TRLCAP, será causa de resolución *"el incumplimiento de la obligación establecida en el Pliego de prescripciones técnicas en lo referente a requisitos de personal"*. Es decir, concurre la causa de resolución prevista en el artículo 111, h) TRLCAP (esto es, por una causa expresamente prevista en el contrato).

Esta consideración se recoge en el informe de 14 de diciembre de 2014 reseñado en el Antecedente Octavo, que la contratista tuvo a la vista en el trámite de audiencia. Aunque tal informe es mencionado en la propuesta de resolución, ésta no recoge expresamente la concurrencia de la antedicha causa de resolución.

A nuestro juicio, el hecho de que el PCAP del contrato prohíba toda subcontratación y configure como causa de resolución el incumplimiento de las obligaciones contractuales en materia de personal, además de justificar la resolución por tal específica causa, avala que las determinaciones establecidas en relación con tales aspectos, la subcontratación y los requisitos de personal, sean consideradas obligaciones esenciales del contrato.

A partir de todo lo anterior, puede concluirse que existen causas que habilitan la pretendida resolución contractual. Así, de acuerdo con lo razonado anteriormente sobre la finalidad de la prohibición de subcontratar prestaciones principales del contrato de gestión de servicios públicos, esto es, prevenir el eventual incumplimiento del subcontratista, es claro que con la subcontratación realizada se produjo un incumplimiento con la suficiente entidad a estos efectos. Por una parte, del clausulado del contrato se desprende sin ninguna duda que, entre

otras, son prestaciones principales del mismo el transporte, instalación, puesta en funcionamiento e instrucción al paciente en relación con los elementos dedicados a la oxigenoterapia, que fueron los servicios subcontratados. Por otra parte, la subcontratación realizada no sólo no fue efectuada para un corto espacio de tiempo, sino que duró desde el 1 de abril de 2006 (comenzó apenas dos meses después de la formalización del contrato administrativo) hasta el 31 de marzo de 2014, cuando entonces dicho contrato tenía como plazo de vigencia el 31 de enero de 2015. Es decir, que la subcontratación se ha producido durante la mayor parte de duración del contrato administrativo, con el riesgo que ello suponía, y sin que la adjudicataria comunicara en ningún momento al SMS dicha subcontratación, seguramente por saber que la misma estaba prohibida por el contrato.

En consecuencia, debe concluirse que procede la resolución del contrato por culpa del contratista, con fundamento en el artículo 111, letras g) y h) TRLCAP en relación con lo establecido en las cláusulas 13.2, 17, a) y 19.3 PCAP y 1.4 y 2 PPT, lo que así debe expresarse en la parte dispositiva del acuerdo resolutorio del contrato, incorporando asimismo a su fundamentación jurídica, siquiera en síntesis, lo razonado en las Consideraciones Cuarta y Quinta del presente Dictamen.

SEXTA.- Las consecuencias de la resolución del contrato.

I. La propuesta de resolución objeto de Dictamen, además de pretender la resolución del contrato por la causa que expresa, indica en su fundamento jurídico octavo que no procede la incautación de la garantía porque no se ha producido ningún perjuicio a los pacientes destinatarios del servicio ni un daño económico al SMS.

Aunque la doctrina consultiva y la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en interpretación del artículo 113.4 TRLCAP, aplicable en nuestro caso, sostienen que ha de estarse a lo que se desprende del tenor literal de dicho precepto, es decir, a la pérdida de la garantía en caso de acordarse la resolución del contrato por culpa del contratista (vid. los numerosos dictámenes del Consejo de Estado y órganos autonómicos equivalentes, o las SSTs, Sala 3ª, como la de 4 de octubre de 2005 o 17 de noviembre de 2011, entre otras), dicha regla general ha sido modulada por dicha doctrina y jurisprudencia para algunos casos, siendo representativo de esta postura lo expresado en el Dictamen nº 402/2008, de 29 de mayo, del citado Consejo:

"... la Administración debería abonar al contratista las obras realizadas que sean de recibo y vayan a quedar para ella y sin pérdida de la garantía constituida por el mismo. Debería decidirlo así en ejercicio de su facultad moderadora del estricto efecto de toda resolución contractual imputable al contratista, posibilidad que se ha admitido en diversas ocasiones por este Consejo de Estado, por ejemplo en el dictamen 1.128/93:

<< Por lo que se refiere a la incautación de la fianza, debe tenerse en cuenta que cumple una doble finalidad, pues, por un lado, tiende a garantizar la indemnización de los daños y perjuicios y, por otro, tiene un carácter punitivo que presupone la culpabilidad del contratista y que debe aplicarse con el criterio de moderación equitativa de la pena, según viene declarando el Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala Cuarta de 17 de junio 1986 y 7 de noviembre de 1987) y la doctrina de este Consejo (dictámenes 46.105/84, de 5 de marzo y 46.546/84, de 20 de junio).>>

En el dictamen 420/92 se dijo:

<<Pues bien, como ha señalado este Consejo de Estado en dictámenes anteriores (por ejemplo, dictámenes 52.254/89, de 19 de octubre, y 1.363/91, de 7 de noviembre), en ocasiones, atendidas las circunstancias particulares del caso, es posible moderar los efectos que desde un punto de vista formal derivarían de una aplicación rígida de la legislación vigente sobre contratos. Esta moderación, que obviamente tiene un carácter excepcional, coadyuva, teniendo en cuenta tales circunstancias particulares, a la justicia del caso concreto, evitando así los efectos perniciosos que de otra manera derivarían de la aplicación literal de dicha legislación sobre contratos>>".

En el caso que nos ocupa, vistas las circunstancias concurrentes se coincide con la propuesta de resolución en que no procede acordar la pérdida de la garantía, sino su devolución al contratista. Ello debe expresarse en la parte dispositiva de la propuesta dictaminada, y no sólo en su fundamentación octava.

II. Por otra parte, la propuesta de resolución señala que, tras la resolución del contrato, la empresa deberá seguir prestando el servicio hasta la formalización de un nuevo contrato. En este punto nos remitimos a lo indicado en la Consideración Tercera. Además, en el apartado segundo de la parte dispositiva de dicha propuesta debe expresarse el fundamento jurídico que habilita la imposición de tal obligación, es decir, el párrafo segundo de la cláusula 3 PCAP.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El SMS puede acordar la resolución del contrato de referencia, fundado en el incumplimiento del mismo por culpa del contratista, por las causas establecidas en el artículo 111, letras g) y h) TRLCAP en relación con lo establecido en las cláusulas 13.2, 17, a) y 19.3 PCAP y 1.4 y 2 PPT del contrato, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen, con devolución de la garantía al contratista, por las razones expresadas en la Consideración Quinta.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución dictaminada, en cuanto propone la resolución de dicho contrato por culpa del contratista, se informa favorablemente, si bien su fundamentación y parte dispositiva debería ser completada en los términos expresados en las citadas Consideraciones.

No obstante, V.E. resolverá.