

Informe 1/2021, de 16 de abril de 2021, del Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Asunto: La naturaleza y los efectos jurídicos de la subcontratación. La acción directa del subcontratista. La resolución del contrato y sus efectos.

I. ANTECEDENTES

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Zorita de los Canes se dirige a la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, mediante solicitud de informe de fecha 24 de marzo de 2021, del siguiente tenor literal:

“ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 25/11/2016 se formalizó contrato de gestión de servicios públicos de hostelería y restauración, que fue objeto de cesión en fecha 10/05/2016 a otro concesionario.

Dicho contrato se adjudicó por un plazo de cinco años con dos posibles prórrogas de idéntica duración, siendo la última prórroga de fecha 15/05/2018 (hasta 14/05/2023) e incluye la gestión del bar-restaurante, la gestión de la posada y una vivienda a cambio de un canon mensual de 1.500 euros.

SEGUNDO.- El contratista subcontrató la gestión del servicio de hostelería (posada y vivienda), justificándolo en base a que se trata de una prestación accesorio, siendo el principal servicio el relativo a la restauración dado que en el municipio no hay ningún otro bar-restaurante, en los pliegos únicamente se precisan precios máximos al servicio de restauración, que la restauración ofrece un servicio público al municipio y no el hospedaje, y alegando que la facturación del restaurante supone 4 veces la del hotel rural y que se adscriben al servicio del bar-restaurante 7 empleados, y al del hotel rural.

La duración del contrato suscrito entre contratista y subcontratista queda vinculada a la duración del contrato de gestión de servicios públicos de hostelería y restauración del Ayuntamiento de Zorita de los Canes, duración que queda afecta a la cláusula 34 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que prevé como causas de resolución, entre otras, el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista (se adjunta copia del contrato).



TERCERO.- Tras la situación generada por el COVID-19 el contratista solicita la resolución por mutuo acuerdo del contrato, motivándolo, entre otras causas, en la necesidad de acometer inversiones para poder adaptar el negocio a la nueva realidad (servicio de restauración en el exterior, nueva maquinaria de hostelería para poder prestar el servicio en el exterior, disminución de aforo, etc) cuya amortización supera los 8 años, por lo que no puede realizar dichos gastos a dos años de finalizar el contrato por no resultarle rentable.

CUARTO.- Mediante acuerdo de pleno (órgano de contratación) de fecha 29/01/2021 se aprueba por unanimidad la incoación del expediente de resolución del contrato, puesto que este Ayuntamiento también tiene razones de interés público que justifican la resolución por mutuo acuerdo:

1.- Interés económico.

El canon que se está percibiendo en la actualidad por la concesión está muy por debajo del valor de mercado. Basándonos en el informe del economista de la Diputación de Guadalajara, como mínimo, al licitar los contratos por separado, supondría un beneficio mensual de 450 euros. (750 euros restaurante, 850 euros hotel rural, 350 euros vivienda). Al año supondría un total de 5.400 euros más, y durante la vigencia del contrato si se licita por 8 años: 43.200 euros.

No siendo éste el único motivo para la resolución del vigente contrato, tiene un importante peso, al ser considerables los mayores ingresos que supondrían para el erario público.

Puede resultar llamativo que en este momento social y económico se plantee un mayor beneficio económico por la gestión de negocios de hostelería y restauración.

En primer lugar, el interés de licitar un nuevo contrato se mide en un horizonte temporal superior a los ocho años en principio, por lo que no podemos centrarnos únicamente en la situación actual y en la que se prevé en la era post-covid, si bien entendemos que en concreto respecto al servicio de restauración es preciso realizar una serie de inversiones para poder prestar el mismo de una manera competitiva.

En segundo lugar, se reciben continuamente ofertas y peticiones de información por parte de interesados en acceder a ambos negocios, siendo conscientes de que cuanto mayor sea la demanda de los mismos, mayor será el precio ofertado por los contratos.

2.- Interés social en el edificio de la Posada.

Una de las propuestas electorales de este equipo de Gobierno fue la creación de una residencia o centro de día en el municipio. Habida cuenta de la población envejecida, cuya media de edad supera los 70 años, y tras los últimos fallecimientos y enfermedades de nuestros vecinos zoriteños, empieza a cobrar importancia retomar este proyecto.

Es de interés de esta Corporación transformar el edificio de la Posada, que cuenta con una superficie construida de 803 metros cuadrados y actualmente en 16 habitaciones. Tal y como se informó por parte del técnico municipal sería preciso acometer una serie de modificaciones para poder dar uso de Residencia o Centro de día, tales como las relativas a la accesibilidad. Por otra parte, se nos ha informado de la existencia de futuras subvenciones destinadas a este fin por parte de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, ya que este proyecto excedería del mero interés local, siendo de interés regional.

En cuanto al coste de oportunidad, debería ser el Pleno quien valorase dicha posibilidad, por lo que se planteará en la siguiente sesión que se celebre.

En cualquier caso, ya se decida el arrendamiento de manera independiente como alojamiento rural o su transformación en Residencia de ancianos- Centro de día, es de interés general para esta Administración la resolución por mutuo acuerdo dado el coste de oportunidad.

3.- Mejoras en las dependencias municipales.

Para poder ejecutar un negocio de restauración de manera competitiva ante la nueva realidad generada por el COVID-19, y previsible post-COVID-19, fruto de la limitación de aforo, horarios y temor generalizado en los espacios cerrados, tal y como han trasladado las autoridades sanitarias, es preciso realizar una serie de inversiones, en aras de facilitar la prestación del servicio en el exterior.

Dado que la ejecución de las mismas por parte de la Administración supondría un coste económico considerable, es de interés municipal que dichas inversiones la realice el propio concesionario que resulte adjudicatario del contrato de concesión de servicios de restauración, previéndose esta circunstancia en los Pliegos del nuevo contrato.

Además, dichas instalaciones, obras y mejoras que realice el adjudicatario del nuevo contrato revertirían al Ayuntamiento a la finalización del mismo.

De esta forma se mejorarían notablemente las instalaciones municipales, la prestación hostelera y, por tanto, turística de Zorita de los Canes, afectando de manera positiva tanto a los vecinos del municipio como a los turistas que nos visitan.

4.- Seguridad sanitaria.

En un municipio como Zorita de los Canes, donde actualmente hay censados 68 habitantes, la mayoría de los cuales supera los 70 años de edad y constituyen población de riesgo frente a la actual situación pandémica, y considerando la afluencia turística de este municipio, es de interés municipal que el servicio de restauración pueda prestarse en el exterior, siendo más seguro que el prestado en el interior del inmueble, por lo que las inversiones a realizar cuentan con el interés municipal.



5.- Modificación de la tipología de contratos.

No siendo éste el principal motivo, también es de interés municipal diferenciar los tres objetos contractuales.

Por un lado, el relativo al servicio de restauración: Es incuestionable que debe licitarse como concesión, puesto que tal y como señala el artículo 15 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público el contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Además, debe tenerse en cuenta que la concesión de servicios se va a caracterizar por la transferencia del derecho de explotación del adjudicador al concesionario, con una cierta libertad económica y quedando suficientemente expuesto a los riesgos vinculados a esa explotación.

En este caso el servicio de restauración afecta directamente a los vecinos del municipio, que son los principales usuarios del mismo, y la Administración tiene interés en garantizar unos horarios mínimos, días de cierre y precios máximos, así como la adecuada prestación del servicio.

No ocurre lo mismo con la gestión del servicio de hotel rural, cuyo servicio va dirigido a turistas y no a los vecinos del municipio, por lo que en caso de optar por su arrendamiento y no por su transformación en Residencia de ancianos- Centro de día, no existe ningún interés municipal en exigir horarios mínimos ni días de cierre y precios máximos como ocurre con el bar- restaurante. Es por ello que entendemos que es más interesante licitar un contrato de arrendamiento y no de concesión de servicios.

Lo mismo sucede con la vivienda municipal, cuya demanda es cada vez mayor (actualmente este Ayuntamiento tiene todas las viviendas municipales arrendadas).

QUINTO.- Existiendo oposición por parte del subcontratista, y entendiendo que no tiene acción directa frente a la Administración, se le otorga la condición de interesado en el procedimiento y se le da copia de la documentación solicitada, trámite de audiencia y plazo de alegaciones.

SEXTO.- El subcontratista alega, entre otras cuestiones:

- a) La resolución parcial del contrato, continuándose con la concesión del servicio de hospedaje (no es de interés municipal por las razones expuestas).
- b) Que en caso de resolver el contrato por mutuo acuerdo por las razones expuestas el contratista no podría volver a ser licitador del nuevo contrato. (Entendemos que no habría ningún problema al no concurrir prohibiciones para contratar, y tratarse de un nuevo contrato).



c) Que se le causarían perjuicios de imposible reparación que deberían ser indemnizados por esta Administración.

Visto cuanto antecede, SE SOLICITA a esta Junta Central de Contratación aclaración de las siguientes cuestiones:

1. Si existe obligación de resolver parcialmente el contrato por existir intereses de terceros (subcontratista), o por el contrario deben prevalecer las razones de interés público de la Administración y proceder a resolverse íntegramente el contrato por mutuo acuerdo con el contratista.

2. Si hay posibilidad de que el concesionario actual pueda ser licitador del futuro contrato de concesión de servicios de restauración.

3. Si es posible tramitar de manera simultánea la resolución por mutuo acuerdo del contrato de gestión de servicios públicos existente (restauración y hospedaje con vivienda), con las actuaciones preparatorias del nuevo contrato de gestión del servicio de restauración (información pública de un mes del estudio de viabilidad económica financiera), y con la tramitación del contrato de arrendamiento del hotel rural y la vivienda municipales.

4. Si puede causar daños y perjuicios a la subcontratista el hecho de resolverse de mutuo acuerdo entre Administración y contratista el contrato de gestión de servicios públicos existente (restauración y hospedaje con vivienda), cuando la duración del contrato entre contratista y subcontratista quedaba vinculada a la existencia y duración del contrato administrativo, y a la posibilidad de ser resuelto éste de mutuo acuerdo por razones de interés público.

5. Si, caso de existir tales daños y perjuicios, la subcontratista tiene acción para reclamárselos al Ayuntamiento de Zorita de los Canes, o si tal cuestión debe dirimirse entre contratista y subcontratista"

El Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, acuerda emitir el presente informe, del que ha sido ponente D^a Julia Cuerda Blázquez. Secretaria del Pleno:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y legitimación para solicitarle informe.



La Junta Central de Contratación es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 8 del Decreto 74/2018, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Contratación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el sistema de contratación centralizada, que dispone que *“La Junta Central de Contratación emitirá informes en el ámbito de sus competencias a petición de las secretarías generales de las diferentes consejerías de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos, de la Intervención General, de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de los representantes de cualquiera de las entidades del sector público previstas en el artículo 2. También podrán solicitar informes y elevar consultas a la Junta Central, sobre cuestiones de carácter general en materia de contratación pública, los representantes de las entidades locales del ámbito territorial de Castilla-La Mancha”*. Por otro lado, El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Zorita de los Canes es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del citado artículo 7.8.

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que los informes que pueda emitir esta Junta revisten un carácter facultativo y general, pues no le corresponde informar a la misma expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública. Asimismo, el presente informe únicamente se centra en dar contestación a las preguntas formuladas por la entidad solicitante, sin que entre a debatir otras cuestiones que pudieran derivar de los antecedentes expuestos por la misma en su escrito de solicitud.

En primer lugar, es preciso hacer una aclaración resultante de los citados antecedentes en los que se indica que con fecha *“25/11/2016 se formalizó contrato de gestión de servicios públicos de hostelería y restauración, que fue objeto de cesión en fecha 10/05/2016 a otro concesionario.*

Dicho contrato se adjudicó por un plazo de cinco años con dos posibles prórrogas de idéntica duración, siendo la última prórroga de fecha 15/05/2018 (hasta 14/05/2023) e incluye la gestión del bar-restaurante, la gestión de la posada y una vivienda a cambio de un canon mensual de 1.500 euros”. No obstante, de la documentación obrante en el expediente, se advierte que realmente el contrato se



formalizó con fecha 16 de mayo de 2013, y que el Pleno del Ayuntamiento de Zorita de los Canes acordó la cesión del contrato con fecha 4 de noviembre de 2016. Tampoco parece que sea correcta la afirmación, dada la duración del contrato y de las prórrogas previstas para el mismo, que la prórroga, de fecha 15 de mayo de 2018, fuera la última, sino la primera. Aclarada esta cuestión, y dada la fecha de formalización del contrato, resulta aplicable para la resolución de las cuestiones que se plantean el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Zorita de los Canes, indica en su escrito que el contratista subcontrató una parte del contrato, en concreto la relativa a la gestión del servicio de hostelería (posada y vivienda). Con fecha 29/01/2021 el pleno del ayuntamiento aprueba por unanimidad la incoación del expediente de resolución del contrato por mutuo acuerdo por las razones expuestas en el escrito de solicitud de informe, y que tampoco son objeto de valoración por este órgano consultivo al no cuestionarse las mismas. Del acuerdo de incoación se da traslado, como interesado, al subcontratista quien alega la resolución parcial del contrato y, en su defecto, la indemnización de daños y perjuicios que la resolución total del contrato le puede irrogar. A raíz de estas alegaciones, el Ayuntamiento de Zorita plantea a esta Junta una serie de cuestiones que han sido indicadas en los antecedentes del presente informe.

En el caso que nos ocupa, si bien las cuestiones que se plantean están relacionadas con un supuesto en concreto, no existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que se dirige a esta Junta, para que la misma se pronuncie acerca de las tres cuestiones genéricas que se deducen de la solicitud de informe: La naturaleza y los efectos jurídicos de la subcontratación; la acción directa del subcontratista; y los efectos de la resolución del contrato.

II. La naturaleza y los efectos jurídicos de la subcontratación. La acción directa del subcontratista.

En primer lugar, y para centrar el objeto de debate, hemos de partir de la definición del subcontrato; al respecto, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución nº 243/2017, ha señalado que *“(…) El subcontrato no está definido en el Derecho Positivo. El diccionario de la RAE define la subcontratación como “contrato que una empresa hace a otra para que*



realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera". Es decir, que para que exista un subcontrato se requiere la existencia de un contrato previo mediante el cual, una concreta prestación, se asigna para su ejecución por quien luego se subcontrata. En coherencia con lo anterior, una definición jurídica del concepto de subcontratación debe suponer una relación de dependencia con el contrato que puede llamarse principal. Podría definirse el subcontrato como el contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero. De todo lo anterior, cabe concluir que es claro que no puede haber subcontrato sin contrato principal previo. El contrato principal es presupuesto necesario para la existencia del subcontrato. Y que el objeto del subcontrato ha de ser la realización de alguna de las prestaciones que son, a su vez, objeto del contrato principal (...)"

En la subcontratación una empresa contrata a otra, para que ésta última realice parte de las prestaciones por las que la primera ha sido contratada directamente. A diferencia de la cesión de contrato, el tercero subcontratista no se subroga en la posición jurídica del contratista, que continuará siendo el responsable frente a la Administración de la correcta ejecución del objeto del contrato, incluidas las de aquellas prestaciones que hayan sido subcontratadas.

Existen pues en este tipo de situaciones dos relaciones jurídicas diferenciadas: la que une al contratista principal, mediante un contrato previo, con el órgano de contratación (relación jurídico-pública), y la que liga al contratista principal, mediante un acuerdo privado o subcontrato, con la persona física o jurídica encargada de realizar una parte de la prestación que aquél ha contratado previamente (relación jurídico-privada). El subcontrato trae causa del contrato principal, por lo que su existencia depende de este último, de manera que si el contrato principal se extingue también se produce la extinción del subcontrato.

De acuerdo con lo expuesto, hemos de indicar que la resolución del contrato principal conlleva necesariamente la del subcontrato que deriva de aquél, pues este no puede existir si se produce la resolución y, por tanto, la extinción del contrato principal, que conlleva la desaparición de las prestaciones contratadas, tanto las ejecutadas por el contratista principal como las que éste haya podido subcontratar con un tercero.



La regulación de la subcontratación en los contratos administrativos se contiene en los artículos 227, 228 y 228 bis del TRLCSP, dentro de las normas relativas a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos (Libro IV de la Ley). En la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), dicha cuestión se regula en los artículos 215, 216 y 217.

El artículo 227.4 del TRLCSP establece que *“Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.*

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal”.

En consonancia con lo dispuesto en el citado precepto, del que cabe deducir que el contratista es el único responsable frente al subcontratista por las obligaciones contraídas con éste, el apartado octavo del mismo artículo prevé expresamente que *“Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos”.*

Así pues, la normativa contractual impide el ejercicio de la acción directa del subcontratista frente a la Administración contratante. Ello no impedirá, sin embargo, que el subcontratista pueda ejercer tal acción sobre el contratista principal. Respecto de esta cuestión, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, tuvo ocasión de señalar en su informe 71/2009 lo siguiente: *“(…) La cuestión pone de manifiesto un problema real que afecta a las relaciones entre dos sujetos de derecho privado que constituyen entre ellos una relación jurídica sujeta a las normas de éste. Evidentemente, la Administración es sujeto ajeno a la misma y, en tal sentido, es evidente que no puede hacer uso de*



facultad alguna. La potestad de resolver los conflictos entre los particulares corresponde de manera exclusiva y excluyente a la jurisdicción (...)”

En virtud de lo indicado anteriormente, pueden resolverse las dos últimas cuestiones que el Ayuntamiento de Zorita plantea en su escrito, sobre la reclamación de daños y perjuicios y la acción directa del subcontratista. **El subcontratista no tiene acción directa frente a la Administración, únicamente podrá reclamar cualquier tipo de indemnización al contratista principal, en virtud de la relación jurídico privada que les une a través del subcontrato formalizado entre ambos. En cualquier caso, corresponderá al subcontratista probar los daños y perjuicios que pueda irrogarle la resolución del contrato principal, ante la jurisdicción civil, no siendo la Administración competente, ni responsable para dilucidar tal cuestión.**

En cualquier caso, y tal y como hemos señalado, la resolución del contrato principal conlleva necesariamente la del subcontrato que deriva de aquél. En este sentido se redacta el propio acuerdo privado alcanzado entre el contratista principal y el subcontratista; aun cuando esta Junta no deba entrar a valorar cuestiones concretas del expediente remitido, se ha podido observar que en el citado acuerdo se estipula que la duración del subcontrato queda especialmente vinculada al plazo de duración y prórrogas del contrato principal y a las causas de resolución fijadas para el mismo en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

III. La resolución del contrato y sus efectos.

La resolución del contrato por mutuo acuerdo que pretende el Ayuntamiento, se encuentra recogida en el apartado c) del artículo 223 del TRLCSP (artículo 211.1.c) de la LCSP).

Por su parte, el artículo 224.4. del TRLCSP establece que *“La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”*.

Respecto de la resolución por mutuo acuerdo, el Consejo de Estado ya señaló en su Dictamen 55008, de 14 de septiembre de 1990, lo siguiente:



“(…) Como señaló este Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen 50.571, de 14 de mayo de 1987, el mutuo acuerdo como causa de resolución está basado en el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, este principio se ve matizado por las especiales características de los contratos administrativos, de tal forma que, por disposición legal, se exige la concurrencia de otros requisitos, aparte de la voluntad, para que pueda operar el mutuo acuerdo como causa de resolución en este tipo de contratos. El fundamento estriba precisamente en que a través de los contratos administrativos no se persigue simplemente la satisfacción de intereses particulares de los contratistas, sino que mediante su ejecución se satisface también el interés público o general.

Efectivamente, para que el mutuo acuerdo sea operativo es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1. Declaración de voluntad del contratista.*
- 2. Declaración de voluntad de la Administración. Esta únicamente podrá prestar su consentimiento cuando no exista causa de resolución del contrato por culpa del contratista y, además, existan razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional que hagan innecesario o inconveniente la permanencia del contrato (artículo 166 del Reglamento General de Contratación) (...)."*

Así pues, al igual que el interés público, que tutela la Administración, siempre debe estar presente en toda contratación administrativa, la salvaguarda de ese interés público puede motivar en algunos casos la resolución del contrato; este interés está por encima de los intereses de particulares.

De conformidad con lo expuesto, a la primera pregunta planteada por el Ayuntamiento: *“Si existe obligación de resolver parcialmente el contrato por existir intereses de terceros (subcontratista), o por el contrario deben prevalecer las razones de interés público de la Administración y proceder a resolverse íntegramente el contrato por mutuo acuerdo con el contratista”,* hemos de concluir que **únicamente el interés público de la Administración es el que puede alegarse para resolver el contrato sin que dicha resolución pueda obedecer en ningún caso a intereses particulares** ajenos al interés público que debe perseguir toda contratación, y su resolución.



A mayor abundamiento, dados los términos en los que esa primera pregunta ha sido formulada por la entidad local consultante, interesa poner de manifiesto que la resolución parcial de los contratos no se halla prevista en el TRLCSP, ni en la LCSP.

No obstante, como se indica en el Dictamen 426/2016, de 8 de noviembre de 2016, del Consejo Consultivo de Castilla y León, es doctrina del Consejo de Estado (por todos, los dictámenes 2416/2004, 2907/2004, 3252/2004 y 921/2006) que puede acordarse la resolución parcial de un contrato cuando éste tenga distintos objetos perfectamente diferenciados y ni la naturaleza del contrato ni la voluntad de las partes exijan el mantenimiento total, o en aquellos casos en que existan razones de interés público que justifiquen la conservación del negocio en lo realizable.

Por tanto, la eventual resolución parcial del contrato de gestión de servicios públicos celebrado ha de ajustarse a la doctrina expuesta, que no prevé la oposición del subcontratista como motivo para acordarla.

De hecho, la oposición del subcontratista a la resolución del contrato no se halla contemplada en el TRLCSP ni en su sucesora, la LCSP. Por su parte, el art. 109.1 d) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al regular el procedimiento para la resolución de los contratos establece que será necesario recabar el *“Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

Si a la falta de previsión normativa apuntada se añade que el art. 227.8 TRLCSP (análogo al art. 215.8 LCSP, hoy en vigor), previamente citado, descarta que los subcontratistas tengan acción directa *“frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos”*, parece razonable concluir que no cabe que los subcontratistas se opongan a la resolución del contrato principal, ya se acuerde ésta por mutuo acuerdo o por otra causa.

Otra de las cuestiones que el Ayuntamiento de Zorita de los Canes plantea a esta Junta es la de *“Si hay posibilidad de que el concesionario actual pueda ser licitador del futuro contrato de concesión de servicios de restauración”*. Al respecto hemos de tener en cuenta que junto con las causas de resolución



del contrato, la ley regula los efectos de la misma dependiendo de cuáles hayan sido esas causas y si las mismas han obedecido a la actuación de la Administración o a la del contratista.

El artículo 225 del TRLCSP (artículo 213 LCSP) regula los efectos de la resolución, para todos los contratos en general, con la siguiente dicción:

“1. Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas.

2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.

3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

5. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.

6. Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 223, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de



seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles”.

De acuerdo con el citado artículo, y respecto de la causa de resolución por mutuo acuerdo, únicamente se establece como efectos de la misma que *“los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas”.*

Nada dice el citado artículo sobre si el contratista puede o no participar en la licitación de un procedimiento de contratación que, con el mismo o similar objeto, pueda licitarse en un futuro.

Uno de los principios informadores de la contratación es la libertad de acceso a las licitaciones, siempre que los futuros licitadores reúnan las condiciones de capacidad y solvencia previstas en la ley; así el artículo 54.1 del TRLCSP (artículo 65.1 LCSP) establece que *“Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”.*

Los artículos 60 y 61 del TRLCSP (artículos 71-73 LCSP) regulan las prohibiciones para contratar; es decir, establecen las circunstancias que determinan que las personas, físicas o jurídicas, que incurran en las mismas no puedan ser parte en ningún contrato administrativo. Estas circunstancias se establecen por ley y son de aplicación restrictiva dado que esta inhabilitación para celebrar contratos públicos puede afectar al principio de libre competencia que la legislación contractual proclama.

Entre las circunstancias previstas en el artículo 60 que impiden a las empresas contratar con la Administración, no se encuentra la del supuesto que plantea el Ayuntamiento de Zorita; así pues, y dado que no existen otras causas de prohibición que no sean las previstas en la ley, podemos afirmar que **nada impediría al concesionario actual poder ser licitador del futuro contrato de concesión de servicios**, pues tampoco se prevé como efecto de la resolución por mutuo acuerdo el que el contratista pueda o no licitar a un futuro contrato.



La última cuestión que queda por informar también está relacionada con los efectos de la resolución del contrato, y es la siguiente: *“Si es posible tramitar de manera simultánea la resolución por mutuo acuerdo del contrato de gestión de servicios públicos existente (restauración y hospedaje con vivienda), con las actuaciones preparatorias del nuevo contrato de gestión del servicio de restauración (información pública de un mes del estudio de viabilidad económica financiera), y con la tramitación del contrato de arrendamiento del hotel rural y la vivienda municipales”*.



Para dar respuesta a este asunto, hemos de volver a lo dispuesto en el artículo 225 del TRLCSP que, en su apartado sexto, se refiere a la posibilidad de incoar simultáneamente un expediente administrativo de resolución del contrato y el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato; no obstante esta posibilidad queda circunscrita a la causa de resolución establecida en la letra g) del artículo 223: *“La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”*. Actualmente, la nueva ley de contratos del sector Público también posibilita la incoación simultánea de ambos expedientes (artículo 213.6), ampliando las causas de resolución en que puede derivarse este efecto a las siguientes (además de la ya contemplada en el artículo del TRLCSP): *La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento* (artículo 211.1 b); *la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista* (artículo 211.1 d); y *el incumplimiento de la obligación principal del contrato* (artículo 211.1 f). Nada dice el TRLCSP, ni la actual LCSP sobre la posibilidad de que en el caso de resolver un contrato por mutuo acuerdo pueda tramitarse simultáneamente un nuevo procedimiento de contratación.

En consecuencia y, dado que la normativa contractual no prevé la posibilidad de incoación simultánea a que se refiere el párrafo anterior para los supuestos de resolución del contrato por mutuo acuerdo, podemos indicar, a sensu contrario, que dicha posibilidad no está amparada por aquella normativa, por lo que habría que resolver la cuestión planteada por la entidad solicitante en sentido negativo: **no cabría tramitar de manera simultánea los expedientes de resolución del contrato por mutuo acuerdo y de incoación de un nuevo procedimiento de contratación.**

En virtud de las anteriores consideraciones jurídicas, el Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha formula las siguientes

III. CONCLUSIONES

- I. El subcontratista no tiene acción directa frente a la Administración, únicamente podrá reclamar cualquier tipo de indemnización al contratista principal, en virtud de la relación jurídico privada que les une a través del subcontrato formalizado entre ambos.
- II. La Administración carece de competencia para resolver cualquier tipo de reclamación que al subcontratista pueda irrogarle el acuerdo formalizado entre éste y el contratista principal. La potestad de resolver los conflictos entre los particulares corresponde de manera exclusiva y excluyente a la jurisdicción.
- III. Únicamente la salvaguarda del interés público puede ser causa de resolución del contrato, sin que la misma pueda obedecer en ningún caso a intereses particulares.
- IV. No existe en la normativa contractual ningún impedimento para que tras la resolución del contrato por mutuo acuerdo el contratista pueda ser licitador de un futuro contrato.
- V. En los casos de resolución por mutuo acuerdo no es posible incoar simultáneamente un expediente administrativo de resolución del contrato y el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato.

**PRESIDENTA DE LA JUNTA CENTRAL DE
CONTRATACIÓN**

**SECRETARIA DEL PLENO DE LA JUNTA CENTRAL
DE CONTRATACIÓN**

