

INFORME 5/2006, DE 4 DE JULIO, SOBRE ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN EN SUPUESTOS DE DEMORA EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

La Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda ha remitido escrito solicitando informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del siguiente tenor literal:

De conformidad con lo establecido en el artículo 48 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 3 de abril de 2003, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda solicita informe en relación con las siguientes cuestiones, relacionadas con la demora en la ejecución de los contratos:

1.- El artículo 95.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2002, establece que, “Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 20 por cada 100.000 pesetas (0,12 por 601,01 euros) del precio del contrato”.

Este artículo nos plantea la duda de si necesariamente la Administración, en caso de demora del contratista, tiene que optar por resolver o por imponer penalidades, o bien cabría la posibilidad de que la Administración simplemente no optara por ninguna de las mismas. La duda se fundamenta, principalmente, en que el mencionado artículo utiliza la expresión “podrá optar”. Parece que si, necesariamente, hubiera que optar por resolver o imponer penalidades, el legislador hubiera utilizado la expresión “deberá optar”.

En definitiva: incumplido el plazo de ejecución del contrato por causas imputables al contratista, ¿necesariamente la Administración tiene que resolver o imponer penalidades?

2.- El artículo 95.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que, “Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades”.

Por otro lado el artículo 98 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 12 de octubre de 2001, establece

que, “Cuando el órgano de contratación, en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al artículo 95.3 de la Ley, opte por la imposición de penalidades y no por la resolución, concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato”.

Nos preguntamos, cuando el incumplimiento es imputable al contratista, qué sentido tiene ampliar el plazo de ejecución del contrato, y ello, analizando diferentes supuestos que se pueden dar:

Para que sean más comprensibles los supuestos, vamos a fijar unas fechas ficticias a modo de ejemplo:

- Fin ejecución contrato: 1 de abril.

- Fecha en que las penalidades diarias alcanzan un múltiplo del 5% del precio del contrato: 15 de octubre.

a) Supuesto en el que el final del nuevo plazo otorgado al contratista se corresponda con una fecha en la que las penalidades diarias aún no hayan alcanzado un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato.

Ejemplo: Imponemos penalidades diarias y ampliamos el plazo de ejecución hasta el 10 de julio.

- Si el 10 de julio instamos la resolución del contrato, ¿se podría entender vulnerado el artículo 95.4 de la Ley, por no cumplirse la premisa que establece el mismo?

- Si consideramos que al no darse la premisa del artículo 95.4 de la Ley tenemos que ampliar nuevamente el plazo, ¿qué sentido tendría haber ampliado el plazo si, en definitiva, hay que esperar hasta el 15 de octubre, momento en el que sí se cumple dicha premisa?

b) Supuesto en el que el final del nuevo plazo otorgado al contratista se corresponda con una fecha en la que las penalidades diarias ya hubieran alcanzado una cifra superior a un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato.

Ejemplo: Imponemos penalidades diarias y ampliamos el plazo de ejecución hasta el 20 de noviembre.

- Si el 15 de octubre, en virtud del artículo 95.4 de la Ley, podemos instar la resolución del contrato, ¿qué sentido tendría haber ampliado el plazo hasta el 20 de noviembre?

- Si el 15 de octubre no podemos instar la resolución del contrato al haber otorgado un plazo mayor, ¿habríamos renunciado a poder aplicar el artículo 95.4 de la Ley?

Por todo ello, analizando cada uno de estos supuestos, no comprendemos la operatividad de conceder una ampliación de plazo, así como cuales son las garantías, bien para la Administración, bien para el contratista, que se tratan de salvaguardar con esta ampliación en los casos de incumplimiento en los plazos de ejecución.

Asimismo, en un sentido práctico, es muy difícil para las unidades promotoras de los contratos establecer un nuevo plazo de ejecución cuando se ha incumplido el previsto inicialmente, ya que en la mayor parte de los casos, los incumplimientos de plazo no se deben a circunstancias objetivas, sino subjetivas, como la incompetencia o dejadez de los contratistas.

Además de las interrogantes planteadas en cada supuesto:

¿Qué sentido tiene, una vez incumplido el plazo de ejecución del contrato y optándose por la imposición de penalidades, dar un nuevo plazo al contratista?.

¿Podría la Administración, en este caso, acordar la continuación del contrato sin dar un nuevo plazo, reservándose la facultad de resolver el mismo en caso de que las penalidades diarias alcanzaran un múltiplo del 5 por 100 de su precio y, en caso de que no se resuelva, seguir imponiendo penalidades hasta que termine la ejecución del contrato?

CONSIDERACIONES

1.- La consulta formulada plantea dos cuestiones principales en relación con la demora en la ejecución de contratos: si la Administración ha de optar necesariamente por resolver el contrato o imponer penalidades y, si opta por esta última solución, qué objeto tiene la ampliación del plazo de ejecución del contrato en determinados supuestos.

Figuran en el escrito de consulta varias preguntas referidas a diferentes supuestos que podrían plantearse en un caso de demora en la ejecución del contrato por causa imputable al contratista.

2.- El artículo 59 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, establece como prerrogativas del órgano de contratación interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, así como acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

En el ejercicio de estas prerrogativas, el artículo 94 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, dispone que el órgano de contratación tiene la facultad de dirección, inspección y control de la ejecución del contrato, pudiendo dictar las instrucciones precisas para que se cumpla lo convenido, de conformidad con lo que se establezca al respecto en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Igualmente, el artículo 95 de este Reglamento faculta al órgano de contratación para exigir del contratista la adopción de medidas concretas para conseguir o restablecer el buen orden de la ejecución del contrato cuando sea preciso.

Asimismo, en caso de que el contratista incurra en demora respecto al cumplimiento del plazo total del contrato o, en determinadas condiciones, de los plazos parciales, el artículo 95.3 de la LCAP faculta al órgano de contratación para poder resolver el contrato o imponer penalidades diarias en la cuantía indicada en dicho artículo, o en la cuantía que, en casos especiales debidamente justificados, haya incluido en el pliego de cláusulas administrativas particulares el órgano de contratación.

Por tanto, ante las incidencias que puedan surgir durante la ejecución del contrato, el órgano de contratación, en el ejercicio de sus facultades, podrá dictar instrucciones, exigir la adopción de medidas y además, en caso de que la incidencia consista en la demora respecto al cumplimiento del plazo, podrá asimismo resolver el contrato o imponer penalidades.

Al tratarse de prerrogativas del órgano de contratación, su ejercicio por parte de éste es facultativo, pudiendo optar por la solución que considere más conveniente en cada caso para hacer cumplir lo convenido.

No obstante lo anterior, parece claro que lo que ha de determinar la actuación de la Administración en el incumplimiento de plazos es que considere o no imputable al contratista la demora, siendo muy amplia la discrecionalidad de la Administración a la hora de no considerar culpable el retraso. La LCAP deja claro que el incumplimiento tiene que ser imputable al contratista y, en ausencia de culpa, la solución prevista en la normativa de contratación consiste en otorgar un plazo igual al perdido, como determina

el artículo 96.2 de la LCAP, regulando el artículo 100 del RGLCAP los diferentes supuestos de petición y concesión de prórroga del plazo de ejecución.

Parece claro que las opciones con que cuenta la Administración a la vista de la regulación contractual son: bien considerar no imputable la demora al contratista, o bien, si el retraso es imputable al contratista, optar por la imposición de penalidades o por la resolución del contrato, sin que se pueda deducir en este supuesto una tercera opción que ampare la inactividad de la Administración. En este sentido, cabe mencionar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en varios de sus Informes: 4/04 de 12 de marzo y 13/04 de 7 de junio, relativos a penalidades por demora, mantiene en líneas generales que la no imposición de penalidades exige que la demora no sea debida a causas imputables al contratista.

Por otra parte, hay que aludir a la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, que ha dado lugar a que, primero la doctrina del Consejo de Estado y posteriormente la del Tribunal Supremo, los haya calificado como “negocios jurídicos a plazo fijo”, debido al interés público que revisten los plazos. Así, el Tribunal Supremo califica el plazo como trascendental, aunque sin llegar al extremo de considerarlo esencial para la validez del contrato. La S.T.S. 26-3-1987 manifiesta “Que esto es así lo demuestra el que el propio Ordenamiento tenga previsto la concesión de prórrogas a los contratistas ante eventos imprevistos, sin que ello constituya una distorsión en la ejecución de la contrata, ni motivo para penalidades o resoluciones contractuales, ya que existen razones suficientes para que estas medidas sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”.

Otra cuestión no baladí, a tener en consideración a la hora de adoptar una decisión, es si la violación del plazo establecido atenta al principio de igualdad, como puede ocurrir en el supuesto en que la reducción del plazo de ejecución ofertada por el contratista haya determinado la adjudicación del contrato, por constituir el plazo uno de los criterios de adjudicación.

3.- Si, en el supuesto establecido en el artículo 95.3 de la LCAP, el órgano de contratación optase por ejercer la facultad de imponer penalidades, el artículo 98 del RGLCAP dispone que habrá de conceder al contratista la ampliación de plazo que estime precisa para la terminación del contrato.

En cuanto a la determinación del plazo para la prórroga, será el órgano de contratación quien, a la vista del desarrollo de la ejecución del contrato y las circunstancias del contratista, estime y determine un plazo razonable para su finalización, pudiendo optar, si el contratista incurre nuevamente en demora, por otra ampliación del plazo, con imposición nuevamente de penalidades, o por la resolución del contrato, con independencia de que las penalidades por demora hayan o no alcanzado el 5 por 100 del precio del contrato a que se refiere el artículo 95.4 de la LCAP. Si el contratista incurre nuevamente en demora tras serle concedida una ampliación del plazo de ejecución, la Administración se encontrará de nuevo en el supuesto establecido en el artículo 95.3 de la LCAP, no en el del 95.4, pudiendo optar por ello en este momento nuevamente entre la resolución del contrato o la continuación del mismo con la imposición de nuevas penalidades.

Cuando el importe de las penalidades haya alcanzado un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, con independencia de que el contratista haya incurrido o no nuevamente en demora en el cumplimiento del plazo del contrato, el órgano de contratación está facultado, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.4 de la LCAP, para proceder a la resolución del contrato o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades, sin que sea preciso en este caso diferir la resolución del contrato hasta la finalización del nuevo plazo de ejecución.

Por otra parte, la interpretación que le dan algunos autores a la virtualidad del artículo 98 del RGLCAP es que ha venido a dar solución al problema a que podía llevar la literalidad del artículo 95.4 de la LCAP, en el sentido de que la Administración, una vez ejercitada la opción de imponer penalidades, no podía resolver el contrato hasta que éstas alcanzasen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, lo que, aplicando las cuantías recogidas en el artículo 95.3, podría llevar a acumular un retraso de plazo excesivamente largo.

CONCLUSIONES

1.- El órgano de contratación, en el ejercicio de sus prerrogativas, tiene las facultades de dirigir, inspeccionar y controlar la ejecución del contrato, exigir del contratista la adopción de las medidas precisas para el buen orden de la ejecución del contrato, así como, en caso de demora del cumplimiento del plazo imputable al contratista, resolver el contrato o imponer penalidades, pudiendo optar por la solución que considere más conveniente en cada caso para hacer cumplir lo convenido.

2.- Si, en caso de demora del cumplimiento del plazo total por parte del contratista, el órgano de contratación opta por imponer penalidades, deberá asimismo conceder al contratista la ampliación de plazo que estime precisa para la terminación del contrato, a

fin de hacer posible la continuación del mismo, pudiendo optar, si el contratista incurre nuevamente en demora, por una nueva ampliación del plazo, con imposición nuevamente de penalidades, o por la resolución del contrato.

3.- Cuando el importe de las penalidades haya alcanzado un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, con independencia de que el contratista haya incurrido o no nuevamente en demora en el cumplimiento del plazo del contrato, el órgano de contratación está facultado para proceder a la resolución del contrato o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades, sin que sea preciso diferir la resolución del contrato hasta la finalización del nuevo plazo de ejecución.