

**INFORME 6/2004, DE 9 DE JUNIO, SOBRE INCLUSIÓN EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DE PENALIDADES POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES.**

**ANTECEDENTES**

La Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del siguiente tenor literal:

*Actualmente se está planteando un problema en relación con la prestación de los contratos de servicios de transporte de los alumnos a los centros educativos de titularidad de la Comunidad de Madrid, ya que determinadas empresas transportistas, prestan el servicio utilizando, de forma reiterada, vehículos distintos a los ofertados en su día en el concurso de estos contratos, siendo uno de los criterios de selección de los contratistas la modernidad de la flota a utilizar para la prestación del servicio.*

*Además, la cláusula 3.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de estos servicios establece:*

*“El contrato deberá ser ejecutado directamente por el adjudicatario, quedando prohibidas la subcontratación y cesión del mismo.*

*No obstante, el Órgano de Contratación podrá autorizar la sustitución temporal por vehículos cuya titularidad corresponda a otra empresa, por un plazo máximo de 15 días lectivos, siempre que concurran razones debidamente justificadas por el contratista y que dichos vehículos tengan la correspondiente habilitación de transporte escolar”.*

*De esta manera, los contratistas están procediendo a realizar dichas sustituciones sin solicitar la pertinente autorización del Órgano de Contratación, y están utilizando en algunos casos vehículos de una calidad inferior y de una mayor antigüedad a los que en su día ofertaron para concurrir a la licitación.*

*Ante este hecho, se estaría produciendo un incumplimiento contractual que determinaría la resolución del contrato, pero dadas las características y el reparto del mercado que las empresas del sector tienen establecido, se hace prácticamente imposible encontrar una empresa alternativa para prestar el servicio.*

*Por ello, se somete a informe de la Junta Consultiva de Contratación la siguiente propuesta:*

a) *Inclusión de una cláusula en los Pliegos que prevea la imposición de penalidades a las empresas contratistas por la realización de sustituciones de los vehículos ofertados sin la autorización del órgano de contratación y por la sustitución de los citados vehículos por otros de inferior calidad o mayor antigüedad.*

b) *Dicha cláusula no se basaría en lo dispuesto en el artículo 95 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, dado que dicho artículo sólo establece penalidades en caso de demora en la ejecución del contrato.*

c) *Dichas penalidades no tendrían su origen en la potestad sancionadora de la Administración, y por lo tanto no le sería de aplicación el Derecho Sancionador Administrativo, y en concreto el Título IX de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre, ni el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid, puesto que se trataría de una cláusula pactada entre la Administración y el contratista en base a la autonomía de voluntad de las partes, previsto en el artículo 1.255 del Código Civil, que sería de aplicación supletoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que establece:*

*“Las partes contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.*

d) *No obstante, dicha cláusula podría ser impuesta en base a la potestad que le atribuye a la Administración el artículo 95 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas:*

*“Cuando el contratista, o personas de él dependientes, incurran en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, el órgano de contratación podrá exigir la adopción de medidas concretas para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado”.*

e) *La citada propuesta de cláusula a incluir en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, tendría la siguiente redacción:*

*“1. El contratista está obligado a cumplir el contrato en las condiciones señaladas en el Pliego de Prescripciones que figura como Anexo II.*

*2. El contrato deberá ser ejecutado directamente por el adjudicatario, quedando prohibidas la subcontratación y cesión del mismo.*

*No obstante, el órgano de contratación podrá autorizar la sustitución temporal por vehículos cuya titularidad corresponda a otra empresa, por un plazo máximo de 15 días lectivos, siempre que concurren razones debidamente justificadas por el contratista y que dichos vehículos tengan la correspondiente habilitación de transporte escolar.*

*3. La dirección, inspección y vigilancia de los trabajos correrá a cargo de los directores de los centros docentes correspondientes.*

*4. Si con ocasión de esta labor, se detectara que un transportista no asumiera su obligación de prestar el servicio con la flota contratada o proceda a la sustitución de la misma sin la autorización del órgano de contratación, de inmediato se le advertirá por escrito de este grave incumplimiento y se pondrá el hecho en conocimiento de la Dirección de Área Territorial correspondiente de la Consejería de Educación y del órgano de contratación mediante la cumplimentación del modelo oficial de “Parte mensual de Incidencias” que adjuntará a la factura del mes en que se produjo tal incumplimiento.*

*En caso de incurrir de nuevo en dichos supuestos, la Dirección de Área Territorial, previa audiencia al transportista y comunicación al órgano de contratación, le impondrá una penalidad consistente en el 50 por ciento del precio día del contrato por cada día de incumplimiento, realizándose la liquidación de dichas penalidades en la factura del mes afectado.*

*Cada vez que dichas penalidades alcancen un múltiplo del 5 por ciento del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del contrato o acordar la continuación de su ejecución con la imposición de nuevas penalidades.”*

*Por todo ello, solicitamos informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid sobre la legalidad y procedencia de la citada cláusula, y si la misma se basaría en la potestad que tiene la Administración en base al artículo 95 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones*

*públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, pudiendo establecerse unilateralmente por la Administración o si por el contrario se basaría en la libertad de pactos consagrada en el Código Civil y teniendo en cuenta que en este caso se precisaría el consentimiento del contratista para su validez. En caso de que no fuera posible la inclusión de la citada cláusula, rogamos nos planteen una solución para resolver la citada problemática.*

## **CONSIDERACIONES**

1.- Por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación se solicita a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe sobre la posibilidad de incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares de los servicios de transporte escolar, una cláusula en la que se imponen penalidades por incumplimiento contractual.

Con carácter previo a analizar los términos específicos de la citada cláusula, se pasa a considerar la legalidad y procedencia de establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares penalidades al adjudicatario, en el supuesto de que incurra en determinados incumplimientos y la Administración no considere conveniente resolver el contrato por razones de interés público. Para ello, se va a examinar lo que al respecto establecen la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP), y el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

El artículo 4 de la LCAP dispone que “la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquélla”.

El artículo 94 de la LCAP establece que los efectos de los contratos administrativos se regirán por la LCAP, sus disposiciones de desarrollo, así como por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares. Por su parte, el artículo 94 del RGLCAP dispone que la ejecución de los contratos se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, que podrá dictar las instrucciones precisas para el cumplimiento de lo convenido y señala que los pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares deberán contener las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa.

Asimismo, el artículo 95 del RGLCAP establece la posibilidad de exigir por la Administración la adopción de medidas concretas dirigidas a conseguir o restablecer el buen orden de la ejecución cuando el contratista, o personas dependientes de él, incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato. Este artículo al que alude el escrito de consulta, se refiere a las facultades del órgano de contratación en la ejecución del contrato, y establece la potestad de dicho órgano para exigir al contratista que adopte las medidas concretas que sean precisas en un determinado momento, con el fin de garantizar la buena ejecución del contrato. Las citadas medidas que no se especifican puesto que dependerán de cada caso concreto y se adoptarán en ese mismo momento dependiendo de las circunstancias que concurran, sin que pueda, por tanto, incluirse entre estas medidas la imposición de penalidades, salvo que se hayan establecido previamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

No podrán, por tanto, imponerse penalidades que no se encuentren recogidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En este sentido el artículo 49 de la LCAP establece que los citados pliegos deben incluir los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato, y el artículo 67.2 r) del RGLCAP determina que los pliegos, con carácter general para todos los contratos, deberán recoger especial mención de las penalidades administrativas que sean de aplicación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 95 de la Ley. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá establecer las causas que motivan la imposición de las penalidades, la graduación de sus cuantías, así como el procedimiento para su imposición.

El artículo 95 de la LCAP, relativo a demora en la ejecución, establece la posibilidad para la Administración de optar indistintamente por la resolución del contrato o la imposición de penalidades cuando el contratista incurra en demora respecto del cumplimiento del plazo total, y por causas imputables al mismo. En este caso fija la graduación de las penalidades a imponer y en sus apartados 3, segundo párrafo, y 6 establece lo siguiente, respectivamente:

“El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas de las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente”.

“Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

La redacción de estos párrafos admite sendas interpretaciones. Así puede considerarse restrictivamente que, por situarse dichas previsiones en el artículo 95 de la LCAP, cuyo título es “Demora en la ejecución”, la posibilidad de incluir penalidades distintas se circunscribe exclusivamente a demora en los plazos; o bien, en una interpretación más amplia, considerar que la redacción de estos párrafos, significaría la posible admisión en el pliego de otras penalidades distintas a las derivadas de la demora en la ejecución del contrato, al aludir el citado apartado 3 a las especiales características que presente el contrato y que las penalidades tienden a su correcta ejecución y al no delimitar el apartado 6 que el incumplimiento de la ejecución parcial se refiere a los plazos.

Conforme a lo establecido en la disposición adicional séptima de la LCAP y en la disposición adicional octava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAAPP y PAC), la potestad disciplinaria de la Administración respecto a sus contratistas se rige por la normativa de contratación, estando expresamente excluida la aplicación de la LRJAAPP y PAC.

Respecto a la naturaleza jurídica de las penalidades, es conveniente acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, contenida en varias sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª. Entre otras, podemos señalar la Sentencia de 6 de marzo de 1997, relativa al recurso por la imposición de penalidades por una Corporación Local en el transcurso de la ejecución de un contrato de limpieza viaria, que, en su fundamento segundo afirma: “(...) multa o penalidad que, en el seno de la contratación administrativa, permite a la Administración Pública ejercer facultades de coerción sobre los contratistas para una correcta ejecución del contrato.”; “La naturaleza jurídica de estas penalidades, que constituyen un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual, ha sido discutida en sede doctrinal, siendo subsumida en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración contratante”.

En su fundamento tercero, citando otra Sentencia de 30 octubre 1995, declara, “que cuando la conducta sancionadora se produce en el seno del contrato y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el pliego de condiciones, no se está ante una sanción, en sentido estricto, por lo que no es procedente aplicar a su imposición el procedimiento sancionador legalmente establecido al efecto”.

En el mismo sentido se pronuncia en la Sentencia de 9 de febrero de 1998.

Asimismo, cabe señalar que esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ya se pronunció favorablemente, acerca de la posibilidad de incluir penalidades en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en su Recomendación 5/2001, de 27 de diciembre, sobre las cláusulas que deben incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares relativas a las medidas de seguridad y salud en el trabajo, condicionada a que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que las penalizaciones se deriven del incumplimiento de obligaciones contractuales recogidas como tales en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, ya que, como dispone el artículo 49 de la LCAP, éstos deben incluir los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato.
- b) Que se encuentren recogidas expresamente en los citados pliegos las penalizaciones de aplicación al contrato, determinando los supuestos, alcance y procedimiento para su ejercicio.
- c) Que, por las especiales características del contrato, se consideren necesarias para la correcta ejecución del mismo.
- d) Que la citada necesidad se justifique debidamente en el expediente.

Por lo expuesto, se considera admisible establecer penalidades en el contrato como medida de la Administración para conseguir o restablecer su cumplimiento y correcta ejecución, cuando el empresario incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del mismo y se encuentren recogidas expresamente en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.

2.- Respecto del texto de la cláusula sometida a informe se observa lo siguiente:

En el apartado 1, sería conveniente añadir la referencia al propio pliego inmediatamente antes de la previsión del sometimiento al pliego de prescripciones técnicas.

En el apartado 2 se establece la prohibición de cesión del contrato. La posibilidad de cesión de los derechos y obligaciones de los contratos se encuentra prevista en el artículo 114 de la LCAP siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato. Constituye, pues, un

derecho del contratista, sujeto a la limitación del cumplimiento de los requisitos que establece el apartado 2 del citado artículo 114.

Puesto que estamos ante un derecho sujeto a autorización previa y expresa por parte de la Administración, no parece oportuno establecer a priori la prohibición de cesión en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Caso de que se cumpliera la prevención establecida en el apartado 1 del artículo 114, el órgano de contratación podrá denegar la autorización para la cesión, en su caso, tal como le permite la letra a) del apartado 2 del mismo artículo.

Respecto al procedimiento que se establece en el apartado 3, se considera que las penalidades deben ser impuestas por el órgano de contratación, en el ejercicio de las prerrogativas que le otorgan los artículos 59 de la LCAP, 4 del RGLCAP y 6 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, a propuesta de la Dirección del Área Territorial, en lugar de la mera comunicación prevista.

## **CONCLUSIONES**

1.- La Administración, al amparo de lo previsto en los artículos 4 y 94 de la LCAP y 94 del RGLCAP y de acuerdo con el criterio jurisprudencial, puede establecer en los contratos públicos la imposición de penalidades como medida para conseguir o restablecer el cumplimiento y la correcta ejecución de los contratos administrativos, cuando el empresario incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha de los mismos.

2.- Para la imposición de las penalidades deberán concurrir las siguientes condiciones:

- a) Que las penalidades se deriven del incumplimiento de obligaciones contractuales recogidas como tales en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.
- b) Que se encuentren recogidas expresamente en los citados pliegos las penalidades de aplicación al contrato, determinando los supuestos, alcance y procedimiento para su ejercicio.
- c) Que, por las especiales características del contrato, se consideren necesarias para la correcta ejecución del mismo.
- d) Que la citada necesidad se justifique debidamente en el expediente.