

## LA POSICIÓN DE DEBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE LOS INCUMPLIMIENTOS DE PLAZO POR EL CONTRATISTA EN OBRAS DE CONSTRUCCIÓN

Alvaro Navarro calderón

Eliseo P. Vergara González

### Abstract

Until now one has come denoting a position from weakness of the Public Administration in the execution of quantity and construction sites and construction that has come marked by the penalties established in Law 30/2007, of 30 of October, Contracts of the Public Sector, which they are clearly insufficient, insignificant with respect to the benefit that the contractor obtains to the salary result awardee of the public contest with an important loss in the term.

On the other hand he demands a concerted effort to credit that the delays are directly imputable to the contractor, not mediating imprecision of project or lack answers or solutions that had to contribute the work direction. In addition, the binomial term-cost always takes to us to that a delay in the work always supposes a cost overrun, since repels in the economic planning of the company contractor and that irremediably it will try to transfer to the property. A possible answer to this situation would happen through the improvement of the Sheets of Particular Administrative Clauses with specific and adapted penalties to the work in particular, with landmarks of forced fulfillment in the demanded planning of work.

**Keywords:** *construction works; contracts public sector; schedule*

### Resumen

Hasta ahora se ha venido denotando una posición de debilidad de la Administración Pública en la ejecución de las obras de construcción y edificación que ha venido marcada por las penalizaciones establecidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que son claramente insuficientes, y de insignificante cuantía respecto al beneficio que el contratista obtiene al haber resultado adjudicatario del concurso público con una importante baja en el plazo.

Por otro lado exige un gran esfuerzo acreditar que los retrasos son directamente imputables al contratista, no mediando indefinición de proyecto o falta respuestas o soluciones que debiera aportar la dirección de obra. Además, el binomio plazo-coste nos lleva siempre a que un retraso en la obra supone siempre un sobre coste, ya que repercute en la planificación económica de la empresa contratista y que irremediablemente tratará de trasladar a la propiedad.

Una posible respuesta a esta situación pasaría por la mejora de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares con penalizaciones específicas y adaptadas a la obra en concreto, con hitos de obligado cumplimiento en las planificaciones de obra exigidas a las empresas constructoras cuando es valorable la reducción del plazo de ejecución.

**Palabras clave:** *obras construcción; contratos sector público; plazos*

## 1. Introducción

El régimen de penalidades en el ámbito de la contratación pública aparece regulado en el art. 196 y ss de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, del cual, en aras a la brevedad, se transcribe sólo lo más significativo:

*Artículo 196. Ejecución defectuosa y demora.*

(...)

*1. Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 53.2 y 102.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 % del presupuesto del contrato.*

(...)

*4. 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 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato.*

*El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a 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.*

(...)

En cuanto a su desarrollo reglamentario, han de tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes preceptos 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, RGLCAP:

El art. 67.2.s) respecto al contenido obligatorio del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

El art. 71.3.h) respecto al documento de formalización del contrato, igualmente como contenido obligatorio.

El art. 98 respecto a la prórroga del plazo en los supuestos de imposición de penalidades: *Cuando el órgano de contratación, en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al art. 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.*

El art. 99 respecto a la efectividad del importe de las penalidades, mediante deducción en las certificaciones de obras o en los documentos de pago al contratista o contra la garantía definitiva.

*1. Los importes de las penalidades por demora se harán efectivos mediante deducción de los mismos en las certificaciones de obras o en los documentos de pago al contratista. En todo caso, la garantía responderá de la efectividad de aquéllas, de acuerdo con lo establecido en el art. 43.2, párrafo a), de la Ley.*

*2. La aplicación y el pago de estas penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista.*

Es importante hacer constar que la LCSP, a diferencia de lo previsto en el art. 99 RGLCAP, que hablaba de certificaciones o documentos de pago, prevé la efectividad de las penalidades mediante deducción de las cantidades que deban abonarse al contratista o sobre la garantía.

No obstante, al final del art. 196 LCSP ha sido incluida una referencia expresa a las certificaciones, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones. Este último inciso debe considerarse como una referencia genérica al documento en que se concreta las cantidades de pago total o parcial, pero sin entender que sea en este documento donde debe figurar y practicarse el descuento, por los siguientes motivos:

1º.- En todos los contratos no se expiden certificaciones que cuantifiquen y valoren la ejecución real de las prestaciones.

2º.- Los documentos que se elaboran en un contrato de obra para hacer efectivo el pago, parten de la confección de la relación valorada, que sirve de base para la expedición de la certificación de obra y la presentación de la factura por el adjudicatario. La imposición de una penalidad no supone una menor ejecución de la obra, circunstancia por la que no puede verse afectada por su imposición la relación valorada ni la certificación de obra ejecutada.

3º.- Por su parte, la imposición de penalidades tiene su origen en el propio contrato y supone un derecho a favor de la administración, circunstancia por la que debe tramitarse la incidencia de manera independiente de la ejecución de la obra y de la presupuesto de gasto.

4º.- Con la imposición de penalidades en un contrato, nos encontramos con un expediente de ingreso (penalidad) y uno de gasto (contrato administrativo), debiendo aplicarse el principio presupuestario de no compensación de ingresos y gasto, lo que nos lleva a que tanto el ingreso como el gasto certificado deba reconocerse de forma íntegra, siendo únicamente en la fase de cobro y pago material donde se compensen vía formalización.

A la vista de lo anterior, el documento en el que debe incorporarse la penalidad debería ser la factura. Así, una vez que se ha calculado el importe total de la misma, se efectuará una minoración en concepto de penalidades, siendo la diferencia de magnitudes resultante el importe a abonar por la Administración.

Tanto los pagos totales como los parciales sirven de soporte para la efectividad de las penalidades, lo que implica que tanto en la facturación correspondiente a las certificaciones de obra ordinarias, como en la final o en la liquidación, se puedan hacer efectivas. Únicamente en el supuesto en que no puedan hacerse efectivas mediante deducción de cantidades, la garantía definitiva servirá de garante para la efectividad de las penalidades impuestas, de conformidad con el art. 196 LCSP.

## **2. Procedimiento administrativo**

Habrà de tramitarse el procedimiento previsto en el art. 97 RGLCAP, respecto a la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos.

Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos, cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales, se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:

1º.- Propuesta de la Administración o petición del contratista.

2º.- Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.

3º.- Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.

4º.- Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

Por tanto, habrá de tramitarse el correspondiente expediente proponiendo la imposición de penalidades fija por día de incumplimiento, bien una vez concluido el contrato si se estima que el mismo se terminará en breve plazo, o como incumplimiento del plazo parcial fijado en el plan de obra, en cuyo caso, se deberá conceder un nuevo plazo para la terminación: art. 98 RGLCAP.

### **3. Problemas que su aplicación genera en la práctica diaria**

No obstante lo anterior, dicho sistema de penalizaciones está suponiendo una posición de debilidad de la Administración Pública en la ejecución de las obras de construcción y edificación, lo que ha venido marcado por las insuficientes penalizaciones establecidas en la normativa vigente, así como su insignificante cuantía respecto al beneficio que el contratista obtiene al haber resultado adjudicatario del concurso público con una importante baja en el apartado correspondiente al plazo en el que se compromete a realizar las obras.

En segundo lugar, exige un gran esfuerzo jurídico y sobre todo técnico acreditar, desde el punto de vista de la Administración, que los retrasos son directamente imputables al contratista, no mediando indefinición de proyecto o falta de respuestas o soluciones que debiera aportar cualquier otro agente de la construcción, como la dirección facultativa de la obra contratada.

A ello, en tercer lugar, hay que añadir el largo trámite administrativo a emprender y que conlleva que se solucione en un plazo razonable los retrasos existentes para finalizar con una penalización al contratista.

En cuarto lugar, existe una consecuencia indirecta y que va suponer que la demora en la resolución de todas las cuestiones suscitadas repercute en primer término en la planificación de tesorería efectuada por la empresa, quien sin remedio intentará segundo término trasladar la repercusión económica del retraso a la propiedad.

En quinto lugar, puede surgir es que el contratista impugne una resolución municipal que le impone una penalidad por demora en la finalización de unas obras imputando la responsabilidad a una empresa subcontratada.

Cualquier análisis sobre este intento de atribución de responsabilidad deberá girar entorno al principio de riesgo y ventura que impone ex lege al contratista una atribución directa de la responsabilidad puesto que su obligación se concreta en la consecución de un resultado y siempre bajo la asunción previa de las posibles contingencias que pudieran surgir en la ejecución, o en palabras del TS en Sentencias como la de 27 de febrero de 2008, STS Sala 3ª de 27 febrero 2008: *"el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial."*

En sexto y último lugar, tenemos la casuística derivada de la prórroga de los contratos.

Ya sabemos que de acuerdo con lo establecido en el art. 196.2 de la LCSP, el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

Específicamente, en cuanto al contrato de obras, ha de tenerse en cuenta que el plazo de ejecución del contrato se determina en el documento técnico que define el objeto del contrato, esto es, el proyecto de obras. En este sentido, el art. 107.e) LCSP se refiere al programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra de carácter indicativo, con previsión, en su caso, del tiempo y coste.

Lo primero que hay que dilucidar es la imputabilidad de las causas del retraso. Si el mismo corresponde al contratista, entendemos que la Administración no podrá tramitar un expediente de concesión de prórroga sino que deberá actuar de acuerdo con lo previsto en el art. 196 LCSP.

En el supuesto de que el retraso no deba imputarse al contratista, procederá entonces llevar a efecto a el expediente de prórroga de acuerdo con lo previsto en el art. 100 artículo.100 del RGLCAP, bien a petición del contratista bien de oficio por la administración, o simplemente llevar a efecto la formalización de la recepción de obra y aprobación de la certificación final, declarando, en su caso, la no procedencia de exigencia de penalidad por no concurrir causa del contratista.

Respecto a este último supuesto, debemos señalar que la terminación de la obra no supone una prórroga tácita. En este sentido, el art. 23.2 LCSP determina que la prórroga se acordará expresamente por el órgano de contratación, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.

No obstante, en cuanto al elemento procedimental del momento en el que puede concederse o aprobarse la modificación del plazo mediante una ampliación del término de ejecución, el art. 100 RGLCSP determina que:

1º.- La petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días desde aquél en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo prorrogado al tiempo realmente perdido.

Si la petición del contratista se formulara en el último mes de ejecución del contrato, la Administración deberá resolver sobre dicha petición antes de los quince días siguientes a la terminación del mismo. Durante este plazo de quince días, no podrá continuar la ejecución del contrato, el cual se considerará extinguido el día en que expiraba el plazo previsto si la Administración denegara la prórroga solicitada, o no resolviera sobre ella.

2º.- En el caso de que el contratista no solicitase prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades que establece el art. 95.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público o, en su caso, las que se señalen en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para proceder a la resolución del contrato.

Por tanto, en la medida en que ha concurrido la terminación del plazo de ejecución, no procede la petición del contratista respecto a la prórroga y, en cuanto a la apreciación de oficio por la administración, entendemos que si bien ésta es "facultativa", lo verdaderamente relevante a dilucidar es la imputación de la responsabilidad de la demora.

En este sentido, independientemente de la concesión de la prórroga, la Administración deberá pronunciarse expresamente respecto a la imputación de la responsabilidad de la demora y la procedencia de la imposición de penalidad o la resolución del contrato. Es el art. 98 RGCLAP el que regula, como se ha expuesto, la prórroga del plazo en los supuestos de imposición de penalidades, al determinar que cuando el órgano de contratación, en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista, 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.

#### **4. Análisis jurisprudencial y dictámenes consultivos**

Dictamen 1379/2010 de 18 de noviembre de 2010, del Consejo Consultivo de Castilla y León sobre Expediente relativo a la resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento \*\*\* y la empresa \*\*\*.

[...]

El debate debe centrarse, por tanto, en el análisis de la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 206.d) LCSP: "La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra d) del apartado 2 del artículo 96". En relación con este precepto deben traerse a colación los artículos 196.2 de la LCSP (que dispone que "El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva") y el 196.4 de la LCSP, que faculta a la Administración para optar entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades, "Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al incumplimiento del plazo total". El artículo 96.2.d) de la LCSP, para el supuesto de tramitación urgente del expediente de contratación (como el presente), dispone que "El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la notificación de la adjudicación definitiva. Si se excediese este plazo el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada".

Según reiterada jurisprudencia "el contrato de obras es típicamente un contrato de resultado. De ahí que tanto la Ley como el Reglamento, al desarrollar la ejecución de este contrato, hagan hincapié en los preceptos mencionados para resaltar la obligación del contratista de cumplir tanto los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva, como el general o final para su total realización ítem más, para la constitución en mora del contratista no se requiere interpelación o intimación previa por parte de la Administración; hasta tal punto que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra permite a la Administración optar por la resolución del contrato" (entre otras, SSTS 20-3-1989, 14 de julio de 1986, 12 de marzo de 1992).

[...]

Debe recordarse que con la adjudicación del contrato el contratista adquiere la obligación de ejecutar las obras "con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieron al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia" (artículo 213 de la LCSP). Además el artículo 199 de la LCSP

establece que "La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214(...)", precepto este último que otorga al contratista el derecho a una indemnización en los casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista.

De todo lo anterior se desprende que, transcurrido el término previsto en el contrato para su realización, el contrato estaría incurso en esa causa de resolución puesto que, como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 912/1997, de 27 de febrero, "(...) el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica ipso iure la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial".

Respecto a esta causa resolutoria, existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Asimismo, tal y como mantiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente "una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos".

Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, el incumplimiento del contratista puede ser calificado de culpable, ya que, dado que la obra no ha finalizado, resulta que no se trata de un "simple retraso" del contratista, sino de un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente.

En definitiva, puede apreciarse el incumplimiento de la empresa contratista es de tal entidad que motiva la resolución del contrato, al amparo del artículo 206.d) de la LCSP.

4a.- El incumplimiento culpable del contratista provoca como efectos de la resolución la incautación de la garantía constituida, en los términos previstos en el artículo 88.c) de la LCSP, y la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido ocasionarse a la Administración contratante por la actuación de la contratista, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 208.3 de la LCSP. Todo ello sin perjuicio de la liquidación de la obra ejecutada que proceda conforme al artículo 222.1 de la LCSP: "La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista (...)".

El mencionado artículo 208.3 de la LCSP ha de ponerse en relación con el 113 del RGLCAP, que dispone que "En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración".

Para su fijación, si procede, deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declaró que "(...) debiendo tenerse presente en esta materia de indemnización de daños y perjuicios la constante jurisprudencia que exige al que pretende hacer efectivo tal derecho que acredite la existencia real y efectiva de los daños, pues sólo podrán ser tomados en consideración

aquellos perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros".

Cabe citar finalmente, en atención a las circunstancias que concurren en la financiación del presente contrato, el Dictamen del Consejo de Estado 1.450/2003, de 26 de junio, según el cual "Para la concreta determinación de los daños y perjuicios, sin embargo, deberá incoarse un expediente contradictorio con audiencia al contratista a fin de que se individualicen los daños sufridos por el Ayuntamiento con cuantificación de los correspondientes perjuicios, incluyendo como partidas computables las subvenciones que la Entidad Local Menor haya podido perder como consecuencia de los retrasos imputables al contratista en la ejecución de las obras".

Dictamen 1379/2010, de 18 de noviembre de 2010, del Consejo Consultivo de Castilla y León sobre Expediente relativo a la resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento \*\*\* y la empresa \*\*\*.

[...]

5a.- En cuanto al fondo de la cuestión, lo primero que ha de subrayarse es que, de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen 681/2009, de 21 de mayo), "con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Es paradigmático de esta doctrina el dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que 'cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo'".

En el supuesto analizado consta, de acuerdo con el informe del Director de Obra de 16 de agosto de 2010, que "el volumen de obra ejecutada ha disminuido todos los meses y que el importe de obra que queda por ejecutar, sin tener en cuenta los trabajos realizados desde finales de julio a la fecha del presente escrito, es de 529.759,50 €", y que "En base a la ralentización de los trabajos y que una nueva prórroga en el plazo no va a lograr que la empresa adjudicataria de las obras finalice con prontitud la obra en curso".

Esta conducta de la empresa contratista supone el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales esenciales, ya que la obligación principal del contratista es la ejecución de la obra.

No consta en el expediente remitido que se haya producido la declaración de concurso o insolvencia que constituye causa de resolución, según lo previsto en el artículo 206. b) de la LCSP.

Se alega como causa de resolución la prevista en el artículo 206.e de la LCSP; por su parte el artículo 196, apartado 4 de la misma ley faculta a la Administración para acordar la resolución del contrato cuando el contratista, por causas a él imputables, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total.

Pues bien, el director facultativo de las obras considera que no pueden terminarse las obras ni con la concesión de prórroga. Estas circunstancias, junto al hecho de que la empresa contratista se encuentra en una delicada situación económica, a tenor de lo señalado en el informe del ingeniero técnico de obras públicas municipal de 17 de agosto de 2010, permiten concluir razonablemente el incumplimiento del contratista. De acuerdo con la documentación obrante en el expediente, se pone de manifiesto el incumplimiento total del plazo, lo que faculta a la Administración para resolver el contrato.



Respecto a esta causa resolutoria, el incumplimiento, existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no bastaría cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Asimismo, la Sentencia de 17 de octubre de 2000, del mismo Tribunal, señala que "el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye el elemento básico de la relación jurídica establecida, de forma que cuando éste aparece como un elemento relevante, es una determinación esencial que no accesoria o agregada a la esencia de la prestación, de donde se desprende que si el plazo transcurrió el contrato quedó sustancialmente afectado por dicha situación y el incumplimiento resultó claramente imputable al contratista, resultando ajustada a derecho la resolución acordada por la Administración con la consecuencia de la incautación de la fianza constituida por el contratista como efecto propio del acuerdo resolutorio".

Más aún, la Sentencia de 26 de marzo de 1987, también del Tribunal Supremo, mantiene que existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales "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", pues, como añade esta misma Sentencia, "lo peor para todos es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista".

Por consiguiente, la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determinaría, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades. Este juicio de ponderación no puede considerarse como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control. Ahora bien, a lo largo del expediente son múltiples los informes que ponen de manifiesto el retraso y la imposibilidad de cumplimiento total del plazo establecido, ni aún con la concesión de prórroga, a lo que habría que unir durante la concesión del trámite de audiencia una vez iniciado el expediente de resolución de contrato no se ha hecho manifestación sobre las razones del incumplimiento. Todo ello, unido a la constatación del incumplimiento del plazo total establecido, dotan de entidad suficiente a dicho incumplimiento como causa de resolución del contrato.

También es preciso indicar, respecto de las alegaciones vertidas por la empresa contratista, que de acuerdo con el artículo 207.4 de la LCSP "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".

El fin público y de satisfacción de intereses generales a que obedece todo contrato administrativo impide a la Administración contratante, cuando conste una causa de resolución del contrato por dolo o culpa de la adjudicataria, acudir a la vía del mutuo disenso como forma de extinguir el contrato. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes 46.236, de 26 de abril de 1984, 50.571, de 21 de mayo de

1987, 55.279, de 27 de septiembre de 1990) y este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 610/2009, de 9 de julio y 670/2009, de 30 de julio).

También mantiene el Consejo de Estado en su Dictamen 46.155, de 29 de marzo de 1984, que "el incumplimiento del contrato por el contratista no equivale necesariamente a incumplimiento culpable, según ha declarado la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4a, de 24 de febrero de 1982, entre otras), y no puede decretarse la incautación de la fianza e indemnización de daños y perjuicios con sólo argumentar que las causas que alega como determinantes del incumplimiento corresponden a su esfera de riesgo contractual. Antes al contrario, no proceden dichas sanciones si el adjudicatario demuestra que esas causas son ajenas a su control, una vez desarrollada toda la diligencia posible"; circunstancia ésta que no puede entenderse acreditada por las alegaciones formuladas por la entidad adjudicataria en el presente procedimiento.

Tampoco cabe, tal y como alega el contratista, la posibilidad de cesión de un contrato cuyo plazo de ejecución ya ha expirado y que está incurrido en causa de resolución por incumplimiento culpable, tal y como indica el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 39/1978, de 22 de noviembre: "la cesión del contrato, como instrumento técnico que permite su circulación o tráfico en cuanto bien o valor jurídico en sí mismo considerado, es la transferencia negocial a un tercero, el cesionario, del conjunto de posiciones contractuales constituidas en la persona de uno de los originarios contratantes, el cedente, de tal forma que a través de dicha sustitución negocial del tercero en la posición de parte del contrato y el lugar del cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones que, en su orgánica interdependencia, se deriven del contrato estipulado por el cedente". La Administración no puede autorizar la cesión del contrato en este momento, pues la solicitud es tardía y priva de base a una operación novatoria del negocio jurídico.

6a.- A diferencia de lo que ocurría con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, la LCSP no prevé la incautación automática de la garantía en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista. El artículo 208.4 de la LCSP establece que "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". Y el apartado 5 prevé que "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". Lo que deberá tenerse en cuenta al dictarse la resolución definitiva.

7a.- Finalmente, de acuerdo con el artículo 222.1 de la LCSP, "La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición."

DICTAMEN 61/2009, de 7 de agosto de 2009, del Consejo Consultivo de La Rioja, Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de \*\*\*, en relación con el Procedimiento administrativo de resolución del contrato administrativo de obras entre el Ayuntamiento \*\*\* y la empresa \*\*\*.

Segundo. Sobre la concurrencia de causa de resolución del contrato.

Según se desprende de los Antecedentes de Hecho, la causa que lleva a la Corporación local a adoptar la Propuesta de resolución del contrato de obras es que la empresa adjudicataria "ha incurrido en un incumplimiento de los plazos parciales que permite presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total" y tal decisión viene acompañada de los informes emitidos por la Secretaría General de la Corporación municipal y del Arquitecto municipal director de las obras.

Pues bien, según dispone el art. 196.2 LCSP, "el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva" y conforme al apartado 4 del mencionado precepto legal, "cuando el contratista, por causas imputables al mismo hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar por la resolución del contrato", a lo que añade el art. 197 que, "si la Administración optase por la resolución, ésta deberá acordarse por el órgano de contratación..., sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma"; extremo, este último, en el que se reitera el artículo 109 del RGLCAP. Asimismo, entre las causas de resolución del contrato, el art. 206. LCSP señala, "la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra d del apartado 2 del artículo 96" (aptdo. e) y "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales" (aptdo. g).

Está claro que en el supuesto dictaminado se ha dado audiencia al contratista ya que se han cumplido los trámites exigidos por el citado art. 197, máxime, cuando además, se ha resuelto por este Consejo, en el Fundamento Jurídico Primero, sobre la preceptividad del Dictamen de este órgano consultivo. Además, la competencia para resolver el contrato corresponde al órgano de contratación, que en este caso es el Alcalde (artículo 21.1.ñ LBRL) y por delegación del mismo la Junta de Gobierno Local (D 392/07, de 19 de junio)

Despejadas las cuestiones de tramitación, debe tenerse en cuenta que, tanto el Tribunal Supremo, -entre otras, en Sentencia de 17 de noviembre de 2000- como la Doctrina del Consejo de Estado, -por todos, los ya clásicos Dictámenes de 13 de enero de 1983 y 25 de noviembre de 1993 y el más reciente 59/07, de 27 de junio de 2007-, enfatizan que el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye el elemento básico de la relación jurídica establecida, de forma que éste aparece como un elemento relevante es una determinación esencial de la prestación, de lo que se deduce "que si el plazo transcurrió, el contrato quedó sustancia/mente afectado por dicha situación, resultando ajustada a Derecho la resolución acordada por la Administración".

Y, en el caso sometido a la consideración de éste Consejo, es cierto que ni en el "Pliego de cláusulas administrativas particulares...", ni tampoco en el "contrato administrativo de obras", se han fijado plazos parciales que la empresa adjudicataria deba cumplir. Sin embargo, si se ha establecido un plazo final, que, fijado en el pliego de cláusulas administrativas en nueve meses, se reduce en el contrato administrativo de obras a seis, a lo que debe añadirse que, como indica el informe del Arquitecto municipal, director de las obras, "desde el acta de comienzo de las obras han transcurrido dos meses, a fecha 4 de julio de 2009" y que, de todo ello, expresado en porcentajes, se extrae que a dicha fecha se ha consumido un 55,5555% del tiempo previsto -restando un 44,4445 de dicho tiempo- y que, en términos presupuestarios se han el porcentaje de la obra ejecutada es el 0,2937; por lo que "ejecutado, ni tan siquiera el 1% de las obras y consumido el 55, 555 del tiempo...no parece ni tan siquiera posible la terminación de las obras en el plazo de los meses restantes". Todo ello permite concluir que se está produciendo una demora en la ejecución de la obra, que hace presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total, supuesto que contempla el artículo 196.6 LCSP y ante el que, el mismo precepto, en su apartado 5, faculta al órgano de contratación para proceder a la resolución del contrato.

De otra parte, según se desprende de los preceptos citados y en particular del art. 206, g), relativo al "incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales ", la facultad de resolución está sujeta al cumplimiento de dos requisitos: i) de una parte, debe fundarse en un incumplimiento importante, teniendo en cuenta que no cualquier inobservancia de las condiciones del Pliego permiten a la Administración resolver el contrato; y ii) de otra parte, en función de la teoría general de la discrecionalidad administrativa, debe motivarse el acuerdo de resolución, con o sin imposición de penalidades.

En cuanto a la trascendencia del incumplimiento, queda justificada por las expresas afirmaciones contenidas en el Informe del Arquitecto municipal, de fecha 20 de julio; pero también y a mayor abundamiento, por el hecho de que la obra contratada, según consta en los Antecedentes de Hecho de este Dictamen, sea financiada con cargo al Fondo Estatal de Inversión Local que llegado el caso, transcurrido el plazo máximo y sus posibles prórrogas, para justificar a efectos de la subvención, determinaría la pérdida de ésta. En lo relativo a la motivación, son suficientes los motivos alegados por la Alcaldía en su Providencia de 21 de julio de 2009, cuyo contenido se da por reproducido; sin perjuicio de que la motivación relativa al "mal momento económico" por el que atraviesa la empresa adjudicataria o las reclamaciones y embargos a practicar sobre las futuras certificaciones de las referidas obras, que constan en el Ayuntamiento y, entre ellas, una efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social, que reclama deudas por impagos contraídos en diciembre de 2008, a las que se hace referencia en la Providencia de la Alcaldía de 17 de julio de 2009, no consigan acreditar la existencia otros posibles supuestos de resolución aplicables al caso, como " la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento" (artículo 206, b) LCSP, al no constar que el contratista haya sido declarado insolvente ni en concurso, Tampoco procede la aplicación del mutuo acuerdo como causa de resolución al concurrir la causa prevista en el citado art. 196.6, apreciada por la Administración, en virtud de lo dispuesto en el art. 207.4 LCSP.

En definitiva, a juicio de este Consejo, es totalmente ajustada a Derecho la resolución del contrato administrativo de obras para la construcción de un albergue, celebrado entre el Ayuntamiento de \*\*\* y la empresa \*\*\*.

Cuarto. Sobre las consecuencias derivadas de la resolución del contrato.

Dispone el art. 208 LCSP, apartado 4) que "cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiere 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". Y en el apartado 5, que, "en todo caso el acuerdo de resolución contendrá un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de de la pérdida, devolución y cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida". En particular y en el supuesto dictaminado, la cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas particulares, expresamente establece que "la resolución del contrato tendrá lugar en los supuestos fijados en el artículo 206 y 220 de la Ley 3/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector Público; y se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista. Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía".

Así pues, la primera consecuencia económica a la que expresamente se refiere la Providencia de la Alcaldía de 21 de julio de 2009, por la que se acuerda la incoación del expediente de resolución contractual, resolviendo "que en la resolución del expediente sea decretada la incautación de la garantía definitiva", consiste en la incautación de la fianza que, por importe de 27.2301,15 €, es avalada a la mercantil contratista por E. S.G.R.

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios irrogados a la Administración municipal que excedan del importe de dicha fianza, la Providencia de resolución del contrato no especifica nada al respecto; pero es obvio que la Ley le obliga a cuantificarlos y hacerlos efectivos con cargo a la fianza, salvo que esta no alcanzase el importe total de los daños y perjuicios, en cuyo caso la Administración adoptará las medidas pertinentes para la realización de su derecho.

DICTAMEN 641/2009, de 10 de noviembre de 2009 (Sección Ia) La Laguna a 10 de noviembre de 2009 Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \*\*\* en relación con la Propuesta de Resolución por la que concluye el procedimiento de resolución de contrato administrativo de obras para la ejecución del Proyecto Rehabilitación de \*\*\*

V. 1. Una de las causas en las que la Administración actuante fundamenta la resolución del contrato de obras de referencia es el incumplimiento culpable del contratista de los plazos de ejecución de la misma, de conformidad con lo previsto en los arts. 196.6 y 206.e) LCSP.

De acuerdo con lo previsto en la Cláusula 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el plazo de ejecución de las obras sería de 6 meses, a contar desde la firma del contrato. En el documento contractual suscrito el 27 de abril de 2009, se estableció sin embargo que tal plazo se contaría desde el día 12 de mayo de 2009, no siendo suscrita el Acta de comprobación de replanteo hasta el siguiente día 26 del mismo mes, fecha a partir de la cual en todo caso ha de entenderse que se inicia el cómputo del plazo de ejecución, de conformidad con lo establecido en los arts. 212 LCSP y 139.2a RLCAP y 22 PCAP. Las obras debían iniciarse pues el 27 de junio de 2009.

En el expediente ha quedado suficientemente acreditado, a la vista de los informes técnicos obrantes en el expediente y el Acta de comprobación de obra de 22 de septiembre de 2009, no sólo que el contratista ha incumplido de forma notoria las fases de ejecución previstos en el Plan de obra del contrato, sino que las obras se encuentran completamente abandonadas al menos desde el 4 de septiembre. El informe de la Dirección Facultativa de 20 de julio de 2009 acredita que no se habían iniciado los movimientos de tierra cuando ya deberían estar ejecutados, al igual que los trabajos de cimentación y contención y de estructuras y que tampoco se había dado comienzo a los trabajos de infraestructuras ni los de solados y cerrajería, llegando finalmente a la situación de total abandono de la obra que fue informada posteriormente.

La Administración subsume este incumplimiento del contratista en la causa prevista en los arts. 196.6 y 206.e) LCSP, pues, dada la demora en la ejecución del contrato, es presumible razonablemente entender que resulta imposible cumplir el plazo de finalización de la obra.

No obstante, tal como resulta del expediente y si bien consta acreditado el incumplimiento del Plan de obras en sus diferentes fases, lo cierto es que el contratista ha procedido al abandono de la obra, paralizando su ejecución en consecuencia. Pues bien, el cese unilateral por el contratista de la prestación a la que venía obligado por el contrato constituye un incumplimiento de la obligación más esencial del contrato, que es precisamente la ejecución del mismo, con la realización de la obra contratada, por cuya razón concurre la causa de resolución tipificada en el art. 206.g) LCSP.

En este sentido, pues, la resolución procede más apropiadamente, apareciendo además con carácter previo, por la causa últimamente citada ante todo, aunque, complementariamente y al también incurriéndose en ella por el contratista, pueda aducirse también la alegada por el órgano de contratación, si bien que con posterioridad y como consecuencia del abandono producido.

Por otra parte, el contratista en sus alegaciones no realiza manifestación alguna acerca de las causas que justifican esta situación, por lo que ante la ausencia de tal causa justificadora, su incumplimiento debe ser calificado como culpable.

2. Se fundamenta la resolución contractual por otra parte en el incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas por la entidad adjudicataria en orden a la contratación de personal desempleado.

De conformidad con lo previsto en el art. 9.2 del Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, en los contratos que vayan a financiarse con cargo al Fondo deberá asegurarse, mediante la inclusión de una cláusula estableciendo una condición especial de ejecución de acuerdo con el art. 102 LCSP, que el nuevo personal que el contratista necesite emplear para la ejecución de las obras se encuentre en situación de desempleo.

A su vez, el apartado 3 del mismo precepto impone a los Ayuntamientos que tomen en consideración, como criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, indicadores relevantes de la medida en que el contrato de obra contribuirá al fomento del empleo.

En cumplimiento de estos preceptos, las Cláusulas 27.bis y 10.2 del Pliego establecieron, respectivamente, la citada condición de ejecución del contrato y el volumen de mano de obra a contratar como uno de los criterios de adjudicación.

A su vez, la Cláusula 27.2 impone al contratista la obligación de informar a la Administración mediante la presentación de la correspondiente declaración acreditativa de los puestos de trabajo creados así como de las altas de nuevos trabajadores y de las bajas que se produzcan. Conforme a esta misma Cláusula el adjudicatario además está obligado a mantener la vigencia del porcentaje de contratos de trabajadores durante el tiempo que haya especificado en su oferta, constituyendo el incumplimiento de tal condición causa de resolución del contrato.

En concordancia además con lo establecido en la Cláusula 27.bis, la Cláusula 19.4 del Pliego impuso la obligación a la entidad que resultara adjudicataria provisional de presentar declaración responsable de que se compromete a presentar ante la Administración, en el plazo de 15 días naturales desde la firma del contrato, los documentos que justifiquen la contratación del personal desempleado que se haya comprometido a contratar, según lo declarado en la documentación exigida en el sobre número dos.

La entidad adjudicataria ofertó la contratación de un total de 28 trabajadores en situación de desempleo, lo que se consignó expresamente en la Cláusula Séptima del contrato suscrito, en el que se asumió además la obligación de presentar en el plazo de 15 días naturales desde su firma los documentos que justificasen la contratación del personal desempleado, con identificación del nombre, apellidos y DNI o NIE, así como la modalidad y el período de vigencia de sus contratos.

Según consta en el expediente a través del informe de la Dirección Facultativa de la obra, el contratista incumplió su propuesta de contratar el número de operarios ofertado. Asimismo, no dio cumplimiento a su obligación de comunicar a la Administración, en el plazo de quince días desde la firma del contrato, los documentos que lo hubieran justificado, que tampoco fueron presentados con ocasión del trámite de audiencia, el que no realiza manifestación alguna acerca de estas circunstancias.

En definitiva, es patente que el contratista ha incumplido ante todo una obligación determinante en la adjudicación del contrato y, por tanto, esencial en su cumplimiento al ejecutarlo, contenida en la Cláusula séptima del propio contrato y, además, como aduce el órgano de contratación, consecuentemente la obligación prevista en el Cláusula 27.2 de PCAP, cuyo incumplimiento lleva aparejada la posible resolución contractual.

3. Finalmente, la culpabilidad en los incumplimientos contractuales producidos determina, de conformidad con lo previsto en el art. 208.4 LCSP la incautación al contratista de la garantía definitiva, así como ulteriormente la fijación de la indemnización de los daños y perjuicios causados, en el importe que exceda del de la garantía incautada, que eventualmente hubiere de abonar el contratista, previa audiencia del mismo (art. 113 RGLCAP).

Por último, procede igualmente que se lleve a cabo la liquidación del contrato en los términos previstos en el art. 22.1 LCSP.

## **5. Posibles soluciones legislativas**

La situación que se puede generar directamente para las Administraciones Públicas afectadas, e indirectamente para los propios ciudadanos, que son los destinatarios finales de las obras públicas, debe ser abordada de forma urgente.

Ello exige una reforma legislativa, para mejorar la posición que ostentan las Administraciones Públicas. Pero recordemos que hasta la LCSP, las reformas de la legislación de contratos que se han sucedido desde 1986 han sido tributarias, en última instancia, del planteamiento de la Ley de Contratos del Estado cuyo modelo de regulación se ha ido asumiendo por los diferentes textos legales sin ser objeto de un cuestionamiento de fondo; incluso la Ley de 18 de mayo de 1995, que supuso un punto de inflexión para nuestra legislación en la materia, respondía, en sus concepciones básicas, a ese modelo. La normativa de contratos del sector público se ha construido, en este sistema, alrededor del contrato de la Administración Pública (ya sea ésta únicamente la Administración General del Estado, como en la Ley de 1965, o ya se entienda el concepto en un sentido más amplio, como comienza a apuntarse a partir de 1986 y se consagra de forma abierta a partir de 1995) y, más específicamente, en torno al contrato administrativo de la Administración Pública. La necesidad de pautar la contratación de otros sujetos –ya fuese por determinaciones de derecho comunitario, cuyas disposiciones en la materia se aplican a otras entidades del sector público o incluso a sujetos de derecho que se encuentran fuera de él, o por razones de política legislativa interna, con el fin de cerrar las normas sobre contratación del sector público– se solventaba en este modelo bien mediante la extensión parcial de esa regulación (en lo que se refería a normas incluidas en el ámbito de regulación propio de las Directivas comunitarias: disposiciones sobre preparación y adjudicación del contrato y sobre requisitos de aptitud –capacidad y solvencia– del contratista particular, básicamente) a ciertos contratos sujetos a las disposiciones comunitarias, bien mediante la declaración de sometimiento de los restantes contratos del sector público a ciertos principios que debían presidir su adjudicación.

No es fácil la reforma legislativa. En efecto, su promulgación se ha basado en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria en la materia el impulso primordial para su elaboración. Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, han sido sustituidas recientemente por la

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disposición que, al tiempo que refunde las anteriores, introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos.

Pero en fin, si se abordase una reforma legal, respetando la normativa europea, podrían aumentarse las penalizaciones vigentes en la actualidad, de tal manera que el incumplimiento tuviese una repercusión económica importante en la empresa incumplidora, actuando así de forma disuasoria.

En segundo lugar, mejorando los mecanismos de resolución contractual.

## **6. Otras soluciones prácticas**

Mientras se articula una reforma legislativa, las Administraciones Públicas pueden intentar paliar las situaciones que se generan, de distintas formas:

Como primera sugerencia, el órgano de contratación (Alcalde, Junta de Gobierno Local o Pleno) puede hacer uso de las facultades que le otorga la vigente LCAP, acordando la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades superiores, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique y motive en el expediente

Como segunda sugerencia, mejorando y fundamentando la reclamación de la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista, conforme a la expresa disposición legal.

En tercer lugar, eliminando en la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa el criterio relativo a la minoración del plazo de ejecución, atendiendo a otros criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como el precio, el valor técnico, el mantenimiento, etc...

En cuarto lugar, las Administraciones Públicas, si tienen mayoría o en control total en una sociedad mercantil pública de gestión de suelo, pueden, mediante encomiendas de gestión o encargo directo, ordenar a la mercantil la contratación de la obra. La empresa pública, sin estar constreñida por la normativa reseñada, podrá establecer penalizaciones muy superiores diarias, e incluso la incautación de la garantía definitiva.

La adjudicación de contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública se llevará a cabo de acuerdo con los artículos 174 y 175 LCSP que prevé también dos regímenes jurídicos distintos:

a) Adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada y contratos subvencionados (artículo 174 LCSP ).

b) Adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada (artículo 175 LCSP ).

En el primer caso, contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 174 LCSP), las normas aplicables son las mismas que las contempladas para las Administraciones públicas con las siguientes adaptaciones:

a) Se mantiene la obligación de publicar las licitaciones y adjudicaciones, pero se les exime de su publicación en los diarios oficiales internos que se sustituye por la inserción de la correspondiente información en la Plataforma de Contratación a que se refiere el artículo



309, o en el sistema equivalente gestionado por la Administración pública de la que dependa la entidad contratante.

b) No serán de aplicación las reglas relativas a la intervención del comité de expertos para valorar los criterios subjetivos que se hayan establecido para baremar las ofertas (artículo 134.2); ni las relativas a la apreciación de las ofertas anormales o desproporcionadas (artículo 136.1 y 2); tampoco las previstas en el artículo 140 para la formalización del contrato; ni las formuladas para el examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación (artículo 144). Y, finalmente, tampoco les resulta de aplicación los supuestos en los que es posible acudir al procedimiento negociado en el caso de gestión de servicios públicos.

De todo ello podemos deducir que estos contratos se adjudicarán a través de los procedimientos establecidos en la Ley para las Administraciones públicas:

- Procedimientos ordinarios: abierto y restringido.
- Procedimientos especiales o excepcionales: diálogo competitivo y procedimiento negociado.

Los medios de racionalización técnica de la contratación: acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación y centrales de contratación, previstos para la contratación de las Administraciones públicas (artículo 178 LCSP ), podrán ser utilizados también para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por otras entidades del sector público (artículo 179 LCSP ).

En cuanto a los contratos celebrado por poderes adjudicadores no sujetos a regulación armonizada (artículo 175 LCSP), las exigencias son infinitamente menores, pues los procedimientos reglados de licitación son sustituidos por la aplicación de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Mientras que los procedimientos de adjudicación se sustituyen por unas instrucciones internas de obligado cumplimiento en las que se deberán especificar la forma de hacer efectivos los mencionados principios y que el contrato es adjudicado a la oferta económicamente más ventajosa.

Estas instrucciones deben ponerse a disposición de los interesados y publicarse en el perfil de contratante de la entidad u organismo.

El principio de publicidad se da por cumplido con la publicación en el perfil del contratante de las licitaciones de contratos superiores a 50.000 euros.

Este concepto jurídico indeterminado: oferta económica más ventajosa, supone que no se adjudicará el contrato a la oferta cuyo precio sea el más bajo, sino que se tendrá en cuenta la oferta que en su conjunto resulte más adecuada a los intereses generales. El artículo 134 establece una serie de criterios para la valoración de las proposiciones. Sólo en el caso de que se utilice un único criterio de adjudicación, será necesariamente el del precio más bajo.

En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo de la Abogacía del Estado. Véase la Instrucción de la Abogacía General del Estado 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado.

Nada dice la Ley sobre la publicidad de las adjudicaciones de estos contratos. El artículo 138 LCSP que regula la publicidad de las adjudicaciones está incluido en el capítulo dedicado a la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas, y el artículo 175 LCSP, precepto específico de las adjudicación de poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración pública, se refiere exclusivamente a la publicidad de las licitaciones, aunque el mismo precepto arranca su regulación con el sometimiento de las

adjudicaciones al principio de publicidad. También el artículo 42 LCSP , al regula la información que deberá incluir el perfil de contratante, especifica que «en todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación provisional de los contratos».

¿Qué pasará con los contratos cuyo importe se encuentra por debajo de esa cifra? Al no mencionarlos el artículo 175 LCSPSP, cabe deducir que el órgano de contratación tiene plena libertad para regular la adjudicación en su normativa interna. La Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no sujetos a las Directivas de contratación pública, recomienda que se valore caso por caso la incidencia que el contrato puede tener en el mercado interior, puesto que la licitación queda sometida a los principios generales que emanan del TCE, aunque el contrato no esté sujeto a regulación armonizada. Así lo señala expresamente el Auto del TJCE de 3 de diciembre de 2001, al determinar que «aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas a respetar las normas fundamentales del TCE, en concreto, los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de sus contratos públicos».

En los contratos de cuantía superior a 50.000 euros, el requisito de la publicidad se entiende cumplido con la inserción de la información en el perfil del contratante, sin perjuicio de que este medio de publicidad pueda ir acompañado de otras modalidades de difusión o ser sustituido por éstas.

En los contratos de cuantía inferior a 50.000 euros, el requisito de la publicidad es también exigible pero al no indicarse el medio, cabe entender que su determinación se remite a la consideración de la entidad contratante que deberá utilizar un medio de publicidad proporcionado a la cuantía del contrato, a su objeto, características particulares, localización geográfica, etcétera.

## Referencias

Palomar, A., Vazquez, J. (2009). *Manual para licitadores y contratistas del sector público*. Madrid. Libros Dykinson.

Provedo, D. (2010). *Consideraciones por incumplimientos de plazo en los contratos del sector público*. Blog técnico de construcción.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa. *Dictámenes*.

- [www.meh.es](http://www.meh.es)

## Correspondencia (Para más información contacte con):

Alvaro Navarro Calderón  
ANC Génesis de una Invención S.L.  
Phone: +0034 941 502 667  
Fax: + 0034 941 502 667  
E-mail : [alvaronavarro@fer.es](mailto:alvaronavarro@fer.es)  
URL : [www.alvaronavarro.com](http://www.alvaronavarro.com)