



Expte. 37/16, de 10 de diciembre de 2018. Duda sobre cláusula de prórroga automática del servicio de limpieza en tanto no comience a prestarlo un nuevo contratista. Diputación Provincial de Cádiz.

Clasificación del informe: 11. Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. 11.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 11.5. Otras cuestiones. 17. Cumplimiento, modificación, extinción y resolución. 17.1. Cumplimiento. 17.2. Modificación. 17.4. Resolución.

ANTECEDENTES

La Diputación Provincial de Cádiz dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

“La Diputación Provincial de Cádiz aprobó un Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que tenía por objeto la prestación del servicio de limpieza. La licitación se realizó mediante procedimiento abierto con varios criterios, permitiendo su objeto la división en cuatro lotes, constituyendo cada uno una unidad funcional independiente.

El plazo de ejecución se estableció en 24 meses, con posibilidad de prórroga de otros 24 meses.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la citada contratación, en su cláusula 19.7 decía: “finalizado el plazo de ejecución, incluidas las prórrogas si las hubiere, la empresa adjudicataria seguirá prestando servicios hasta que por resolución del oportuno expediente de contratación, la nueva empresa adjudicataria inicie la ejecución del correspondiente contrato, hasta un máximo de seis meses.”

El pasado 31 de julio expiró el plazo de la última prórroga prevista de los contratos correspondientes a los lotes 1, 2 y 4. Habiéndose iniciado con anterioridad a este momento la nueva licitación para la contratación de estos tres lotes, cuya fecha de formalización está prevista para finales del mes de octubre.



Las cuestiones que se plantean al respecto son las siguientes:

- El plazo de duración de estos contratos fue fijado en el Pliego según lo establecido en los artículos 26.1 y 23 del TRLCSP, y conforme al artículo 67 del RD 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) que define entre los elementos esenciales del Pliego Administrativo “el plazo de ejecución o duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración que sean acordadas de forma expresa”. En este caso, aunque la duración del contrato finalizó el 31 de julio ¿debemos entender, conforme a lo establecido en la cláusula 19.7 del Pliego Administrativo firmado por las partes, que la obligación prestacional del objeto del contrato no acaba este día sino que la prestación del servicio se extiende hasta que una nueva empresa se haga cargo del servicio?

- Si tenemos en cuenta que una vez agotado el plazo máximo de duración de un contrato sin que haya un nuevo adjudicatario, no pudiendo recurrir a la contratación menor por superar la facturación mensual prevista el importe fijado por la Ley para este tipo de contratos, tampoco a la contratación por urgencia por estar sujeta a plazos, y tratándose de la prestación de un servicio cuyo cese supondría el cierre temporal de la sede de la propia Diputación, siendo además un contrato que lleva aparejada subrogación de personal vía Convenio, ¿Es exigible el cumplimiento de la cláusula descrita, incluida en el Pliego Administrativo firmado por las partes conforme a la libertad de pactos del artículo 25 del TRLCSP, como garantía frente a una eventualidad, y prever así la protección de la continuidad en la prestación de servicios a fin de que el interés público quede preservado?

En caso contrario y no teniendo cabida la figura del contrato menor ni la tramitación por urgencia, ¿Cómo se puede seguir prestando el servicio y garantizar el interés público? ¿Qué vía le queda a la Administración, si, a pesar de haber iniciado los trámites de la nueva licitación con plazo suficiente para ser adjudicada en la fecha prevista, ha sido objeto, por ejemplo, de un recurso especial que suspende el procedimiento de licitación temporalmente?

- ¿Podemos entender que no se trata de una prórroga ni una nueva contratación sino de una obligación válidamente contraída por las partes para garantizar la continuidad de la prestación del servicio una vez agotada la duración del contrato?



A la vista de lo hasta ahora expuesto, se solicita el criterio de esa Junta Consultiva sobre las cuestiones planteadas.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como primera consideración que cabe hacer, a la vista de la solicitud de informe, procede recordar que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de de noviembre de 1996 (informe 62/96), de 17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), de 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00), de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto.

Por todo lo anterior, el presente informe debe reconducirse a términos generales y, teniendo en cuenta que la consulta se funda en la aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, resolver asimismo lo que ocurriría conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.



2. La regulación aplicable a la duración de los contratos públicos ha experimentado una evolución en la ley actual. En efecto, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se señalaba (artículo 23.2) que el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga. En cuanto a la forma de acordar las prórrogas señalaba la ley que se haría por el órgano de contratación y que sería obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.

En el contrato de servicios el artículo 303 señalaba que aquellos no podían tener un plazo de vigencia superior a cuatro años, si bien podía preverse su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, regula la duración de los contratos en el artículo 29 que, en lo que se refiere a las prórrogas ya no hace referencia a la concurrencia de modo expreso pero sí añade la necesidad de realizar un preaviso. Por su parte, respecto del contrato de servicios se establece que tendrá un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas.

Tanto ambas leyes como el 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, consideran la mención a la duración del contrato y a sus prórrogas como contenido necesario del pliego de cláusulas administrativas particulares.

3. En un caso como el que nos ocupa el propio pliego diferencia las prórrogas acordadas conforme a la ley con un plazo añadido al contrato convencionalmente para prever un retraso en la tramitación del siguiente contrato. Por tanto, este plazo añadido no puede considerarse como una prórroga en sentido estricto.

El artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha previsto el caso que nos atañe y lo ha regulado de manera expresa:



“No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.”

La aplicación de este precepto exige la concurrencia de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación pero, en un caso como el que tratamos, el acontecimiento no sólo es previsible sino que incluso se ha hecho constar en el pliego.

Por su parte en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no existe referencia alguna a esta posibilidad de prórroga.

La única opción que cabría valorar en este caso es el principio de libertad de pactos conforme al cual en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración. Sin profundizar en la cuestión del interés público subyacente en el contrato en cuestión, que deberá analizarse caso por caso, cuando la ley anterior y la actualmente vigente establecen unas reglas muy precisas sobre la duración del contrato y las prórrogas no cabe pensar que la libre configuración del contrato pueda alcanzar más allá en estos precisos aspectos. Más aun cuando la ley vigente prevé la solución al supuesto de retraso en la tramitación basado en un acontecimiento imprevisible y no imputable a la entidad contratante, cosa que ni siquiera preveía la norma anterior. Por otro lado, en lo que se refiere a los principios de buena administración, la existencia de un retraso ocasionado por la incuria de la entidad licitante no se puede prever de antemano ni considerarse acorde con aquel principio.



Ahora bien, los contratos públicos están investidos de una característica especial como es el hecho de servir a la consecución de un interés público. En el supuesto de los contratos de servicios en muchos casos el objeto del contrato es un servicio que se presta a los ciudadanos, el cual que está afectado por el principio de continuidad en la prestación del servicio. Por eso, ante circunstancias como la descrita, hay otras soluciones como ya expusimos en nuestro Informe 42/14. Estas soluciones no pasan en ningún caso por atribuir ultractividad a cualquier cláusula contractual más allá de la duración máxima del contrato, sino por una nueva licitación muy ágil con el fin de permitir la continuidad en la prestación del servicio. Dentro de estas posibilidades en nuestro precedente informe aludíamos al procedimiento negociado sin publicidad y al contrato menor, en los casos en que la legislación autorice su uso, y en la legislación vigente se añaden supuestos como el procedimiento abierto simplificado y el más simplificado del artículo 159.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

4. Cuando una cláusula como la descrita en este tipo de pliegos pretenda amparar una duración del contrato superior a la máxima legal no estaría amparada por el principio de libertad de pactos y sería contraria a las reglas sobre duración de los contratos en ambas leyes, la vigente y su predecesora. Desde el punto de vista reglamentario cabe recordar que el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé supuestos específicos de prórroga, no otras figuras ajenas a ella, acordadas a instancia del contratista, por ejemplo en el artículo 100, referente al contrato de obras. Pero fuera de estos supuestos no cabe entender que pueda acordarse ningún tipo de duración adicional y no se prevé que tal circunstancia conste en los pliegos.

Por tanto, no cabe entender que una cláusula como la descrita pueda considerarse válida y eficaz porque no está amparada por el principio de libertad de pactos ni constituye por sí misma una prórroga del contrato que pueda exceder de la duración máxima establecida por la ley. Sin duda la solución a este tipo de problemas estriba en una diligencia reforzada de los órganos de contratación y en un concepto al que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público otorga una gran importancia en su artículo 28.4 como es la programación y planificación adecuada de su actividad contractual. En los supuestos en que habiendo existido esa diligencia se produzcan acontecimientos imprevisibles para el



órgano de contratación cabrá una prórroga conforme a la ley actual, posibilidad que no cabe en los casos de negligencia del órgano de contratación.

5. Si la cláusula del pliego no superase el plazo legal cabe pensar, respetando la voluntad de las partes, que estamos ante una suerte de prórroga implícita, siempre que por las condiciones en que se licitó el contrato no haya merma alguna de la concurrencia. Esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado quiere dejar claro que estas cláusulas, que en ningún caso son legales cuando excedan la duración máxima de los contratos tasada en la ley, tampoco eran en modo alguno aconsejables bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- Una cláusula de un pliego en el que se establezca cualquier tipo de duración añadida del contrato más allá del límite legal para el caso de que se retrase la licitación del siguiente contrato no es válida.
- Si la cláusula no superase el límite legal de duración de los contratos podría admitirse bajo la vigencia de la legislación anterior. Una cláusula de este tenor ya era desaconsejable cuando el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público estaba en vigor.
- En estos casos, cuando sea de aplicación por razones temporales, procede aplicar la regla prevista en el artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, pero sólo en los supuestos que el precepto ampara de acuerdo con la DT 1ª y para los contratos regidos por esta ley.



- La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado enfatiza la necesidad de hacer una correcta programación y planificación de la actividad contractual de cada entidad del sector público.