

Informe 8/12, de 27 de septiembre de 2012. “Sobre aplicación de penalidades con posterioridad al recibimiento de conformidad de un contrato de obras”.

Clasificación de los informes. 21. Contratos de obras 21.9. Recepción y liquidación. 21.11. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES.

El Alcalde del Ayuntamiento de Mislata (Valencia), se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa formulando la siguiente consulta:

“En base a lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se solicita informe en relación a lo siguiente:

En los pliegos que rigieron la licitación de una obra adjudicada por este Ayuntamiento y financiada con cargo al Fondo Estatal de Inversión Local, fiel reflejo de los pliegos tipo de cláusulas administrativas elaborados y hechos públicos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, se incluye un régimen de penalizaciones al contratista que distingue los supuestos siguientes:

a) Incumplimiento de criterios de adjudicación del contrato, entre los que el pliego cita, en primer lugar y otorgándole el máximo de puntuación, el volumen de mano de obra a ocupar, distinguiendo entre días de alta en la Seguridad Social correspondientes a personal de nueva contratación y a personal ya integrado en la empresa.

b) Incumplimiento de condiciones especiales de ejecución del contrato, entre las que se encuentra la obligación de que el nuevo personal que el contratista necesita emplear para la ejecución de la obra deberá encontrarse en situación legal de desempleo conforme a lo previsto en el artículo 208 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

c) Demora en la ejecución de las obras.

d) Cumplimiento defectuoso en la ejecución de las obras.

Las obras se recibieron por el Ayuntamiento sin que se especificara en el acta ninguna nota de disconformidad en relación con su ejecución material.

El plazo de garantía de las obras, que todavía no ha vencido, es de tres años, pues la oferta del contratista aceptada por el Ayuntamiento contemplaba una ampliación en dos años del mínimo exigido legalmente.

Una vez terminadas las obras, a fin de proceder a la justificación de la inversión, en distintas ocasiones se requirió oportunamente al contratista para justificar el volumen de mano de obra por él ofertado. Sin embargo, éste no ha acreditado más que el 40 por ciento del total ofertado de días de alta en la Seguridad Social correspondiente a personal de nueva contratación en situación legal de desempleo con lo que parece deducirse un incumplimiento del contrato.

Con los antecedentes citados, se plantean las siguientes cuestiones:

1ª. ¿Es compatible iniciar expediente para la imposición de penalidades al contratista por incumplimiento de los criterios de adjudicación del contrato —en concreto, por no haber acreditado, en los términos de su oferta, el total de días de alta correspondiente a personal de nueva contratación en situación legal de desempleo— con la circunstancia de que las obras se hayan ejecutado materialmente a satisfacción de la Administración?

2ª. ¿Cuál es plazo de que dispone el Ayuntamiento para iniciar y resolver expediente de penalización al contratista por razón de este particular incumplimiento de su oferta? ¿Coincide con el plazo de garantía de las obras?”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Alcalde de Mislata plantea dos cuestiones relacionadas entre sí referidas a régimen de imposición de penalidades al contratista: primero, si es compatible iniciar un expediente para la imposición de penalidades con la circunstancia de que las obras se hayan ejecutado materialmente a

satisfacción de la Administración; segundo, y en caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, se solicita informe respecto al plazo para iniciar y resolver el expediente, y en particular, si coincide con el plazo de garantía de las obras.

2. En relación con la primera de las cuestiones, el punto de partida es la previsión en los pliegos de un contrato de obras de un régimen de penalizaciones al contratista en el caso de que incurra en determinados incumplimientos de sus obligaciones.

Entre ellas se prevé el incumplimiento de criterios de adjudicación del contrato, habiéndose incluido como tal el volumen de mano de obra a ocupar, distinguiendo entre días de alta en la Seguridad Social correspondientes a personal de nueva contratación y a personal ya integrado en la empresa. Con independencia del análisis que pudiera hacerse respecto a la procedencia de haber incluido esta condición de tipo social como criterio de adjudicación del contrato, lo cierto es que ya se ha ejecutado el mismo, habiéndose recibido las obras de conformidad por la Administración, según la información suministrada por el Ayuntamiento consultante.

En este estado de cosas, y habiéndose detectado un incumplimiento de esta cláusula, incumplimiento que no ha afectado al resultado de la prestación objeto del contrato en sí misma considerada (la ejecución de la obra) por lo que ha sido objeto de recepción por el Ayuntamiento, se plantea la cuestión de la posibilidad de la imposición de la penalidad correspondiente.

3. La cuestión relativa a la posibilidad de la exigencia de penalidades, después de la recepción de las obras, ya ha sido abordada por esta Junta Consultiva en su informe 06/01, de 2 de julio de 2001, que analiza esta cuestión respecto a las penalidades por demora en la ejecución de las obras previstas 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 (TRLCAP). En este informe, la Junta Consultiva, tras analizar los argumentos del Ayuntamiento consultante y de la empresa contratista, llega a la conclusión de la procedencia de imponer estas penalidades de la siguiente manera:

“En segundo lugar se alega que al haberse producido la recepción de las obras por el Ayuntamiento está dando su conformidad a la ejecución del contrato, incluso en cuanto al plazo. Tal alegación debe ser descartada pues en el sistema de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, la recepción es un acto formal de conformidad con la prestación realizada, pero no puede suponer la subsanación de defectos que hayan podido detectarse en la ejecución del contrato y que no afecten al resultado de la prestación en sí misma considerada como en este caso el plazo o como también podrían ser cuestiones de competencia, capacidad o relativas a las garantías, etc.. como lo demuestra el artículo 147.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al determinar que “si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas Y las dará por recibidas” y el artículo 170 del Reglamento de 1975, referente al supuesto de que “las obras no se hallen en estado de ser recibidas”. La consideración de que en la expresión “prescripciones previstas” están incluidas todas las que de alguna manera regulan la ejecución del contrato y no sólo las prescripciones técnicas que afectan al resultado de la prestación, llevaría a la conclusión de que cualquier defecto en la ejecución del contrato, en este caso, el incumplimiento del plazo, impediría o retrasaría la recepción en contra del interés público inherente a la ejecución de los contratos de la Administración.

Por último se aduce que la imposición de penalidades no procede, ya que las mismas tienen por finalidad la ejecución de las obras. Tal afirmación genérica también debe ser descartada, pues, aparte de que la mayoría de los preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas tienen a garantizar la ejecución de los contratos, las penalidades previstas en el artículo 95 de la Ley tienen una finalidad clara sancionadora y compensatoria de los perjuicios sufridos por la Administración por el retraso en el cumplimiento de los contratos, aunque estrictamente no se trate de un supuesto de indemnización de daños y perjuicios efectivos sino de los que las que técnicamente pueden considerarse indemnizaciones tasadas”.

Los argumentos expuestos son igualmente aplicables a las penalidades previstas al amparo de lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), de acuerdo con lo previsto en sus artículos 196 y 212,

respectivamente, y sus concordantes. Debe advertirse que en el escrito de consulta no se detalla la fecha de licitación del contrato pero habida cuenta de que se trata de una obra financiada con el Fondo Estatal de Inversión Local, parece deducirse su sometimiento a la LCSP.

La nueva regulación contenida en esos artículos de la LCSP extiende la regulación de las penalidades más allá de las penalidades por retraso en la ejecución de las obras del artículo 95 del TRLCAP, posibilitando que *“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...”* (196.1 LCSP y 212.1 TRLCSP). De acuerdo con ello, los pliegos pueden prever la imposición de penalidades como las previstas en los pliegos que han originado la consulta.

Aplicando los razonamientos del informe 6/01 a la consulta planteada, cabe preguntarse igualmente si resulta procedente la recepción efectuada y si ello supone dar la conformidad a todos los aspectos relativos a su ejecución. A este respecto, primero cabe afirmar igualmente que si los incumplimientos no afectan al resultado de la prestación en sí misma considerada, la recepción de la obra no supone que la Administración de la conformidad a todos los aspectos de ejecución del contrato. En similares términos a lo dispuesto en el artículo 147.2 del TRLCAP, el artículo 218 LCSP (235 TRLCSP) establece que *“2. Si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de ésta, las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía.”*. Entenderlo de otra manera supondría que cualquier incumplimiento en la ejecución del contrato, en este caso de las determinaciones sobre el personal a contratar, impediría o retrasaría la recepción en contra del interés público inherente a la ejecución de los contratos de obras de la Administración.

Por otra parte este tipo de penalidades no tienen por objeto exclusivo corregir determinados incumplimientos contractuales durante su ejecución, sino que también, y como señala el informe 6/01, tienen una finalidad sancionadora, convencionalmente establecida, del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso, por lo que no debe restringirse la posibilidad de su imposición a la fase de ejecución, sino que pueden imponerse una vez recibido el contrato.

4. Respondida con carácter afirmativo la cuestión relativa a la posibilidad imponer penalidades con posterioridad a la recepción de la obra, cabe analizar la relativa al plazo de que dispone el Ayuntamiento para iniciar y resolver expediente de penalización al contratista por razón de este particular incumplimiento de su oferta.

Ni la LCSP ni el TRLCSP establecen previsión expresa respecto al plazo para iniciar y tramitar el procedimiento de imposición de penalidades de este tipo, por lo que en principio, y en función de la naturaleza convencional de éstas, cabe acudir a lo dispuesto en el pliego sobre este particular.

En ausencia de previsión en el pliego, hay que tener en cuenta que el artículo 50.2 final de la LCSP (61.2 final del TRLCSP), respecto a la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato que sean consideradas infracción grave, prevé que no podrá iniciarse dicho procedimiento si hubiesen transcurrido más de tres meses desde que se produjo el incumplimiento. Razones de seguridad jurídica han aconsejado que legalmente se limite temporalmente el plazo para iniciar el citado procedimiento, cuya finalidad es semejante a las penalidades económicas que estamos analizando.

Considerando que la declaración de prohibición de contratar puede ser una consecuencia jurídica para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones contractuales que sean considerados como infracción grave si así lo establecen los pliegos junto a las penalidades (artículo 102 LCSP y 118.2 TRLCSP), no tendría sentido que para la iniciación del procedimiento de imposición de penalidades se estableciera un plazo superior. Por ello, cabe aplicar, por analogía, el plazo de tres meses desde que se produjo el incumplimiento para iniciar el procedimiento para la imposición de las penalidades.

En cuanto al plazo para su resolución, en ausencia de previsión específica el plazo debe ser el de tres meses previsto con carácter general para los procedimientos administrativos, de acuerdo con el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa concluye que:

1. Es compatible iniciar expediente para la imposición de penalidades al contratista por incumplimiento de obligaciones del contratistas incluidas en los criterios de adjudicación del contrato –en concreto, por no haber acreditado, en los términos de su oferta, el total de días de alta correspondiente a personal de nueva contratación en situación legal de desempleo- con la circunstancia de que las obras se hayan recibido de conformidad y a satisfacción de la Administración.
2. El procedimiento para la imposición de las penalidades deberá iniciarse en el plazo de tres meses desde que se produjo el incumplimiento y deberá resolverse en el plazo máximo de tres meses desde su iniciación.