

La Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de solicita mediante escrito de fecha, con registro de entrada en Diputación el y en el Servicio de Asistencia a Municipios el, se emita Informe Jurídico por parte de este Servicio *“en relación con el incumplimiento del un contrato para la prestación de servicios consistentes en la organización de festejos taurinos en la localidad con motivo de las Fiestas Patronales de”*

En el escrito de la Sra. Alcaldesa se relata de manera detallada una serie de antecedentes sobre la cuestión, informando que el contrato se formalizó el día; que los servicios fueron efectivamente celebrados los días que responde a la duración del mismo; que la ejecución se llevó a cabo con una serie de condiciones pactadas, pero con el incumplimiento del contratista de los términos pactados en relación con los toreros, considerando que sería de aplicación la cláusula 18 del Pliego de penalidades. Asimismo, se informa que la factura emitida de manera ordinaria por el contratista fue registrada el en el Ayuntamiento, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 25/2013. Junto con el escrito de petición de consulta se acompaña copias del contrato formalizado, de los pliegos de cláusula administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares; planteando una serie de cuestiones concretas, que más adelante se dirán.

Pues bien, una vez analizado el texto del escrito y la información que le acompaña, y estudiada, asimismo, la legislación vigente de aplicación a las específicas cuestiones planteadas por la Alcaldía, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO.- Previamente se debe clarificar si es posible imponer penalidades en los contratos que están finalizados por haber transcurrido la duración establecida en ellos. El criterio que mantiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en su Informe 6/01, de 3 de julio de 2001, entre otros, es la de considerar procedente la imposición de penalidades incluso en los supuestos de contratos finalizados, al tener la imposición de penalidades una finalidad claramente sancionadora y compensatoria de los perjuicios sufridos por la Administración.

Los argumentos de la JCCA son aplicables a las penalidades previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), conforme a lo previsto en sus artículos 196 y 212, respectivamente, y sus concordantes, que extiende la regulación de las penalidades más allá de las penalidades por retraso en la ejecución del objeto del contrato (retraso obras etc.), 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...”* (artículo 212.1 TRLCSF).

Aplicando los razonamientos del informe 6/01 a la consulta planteada cuyos pliegos prevén la imposición de penalidades y que por el tiempo transcurrido se ha de dar por finalizado el contrato, con independencia de que los incumplimientos alegados no afectan al resultado de la prestación en sí misma considerada, no supone por ello que el Ayuntamiento tenga que dar la conformidad a todos los aspectos de la ejecución del contrato.

Además, 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.

SEGUNDO.- Aclarada la cuestión relativa a la posibilidad imponer penalidades con posterioridad de realizado el contrato, cabe ahora tratar la primera duda relativa a qué tipo de expediente habría que tramitar para imponer las sanciones.

Respecto a cuál sería el procedimiento a seguir para la penalización al contratista por razón de este particular incumplimiento de su oferta (incumplimiento de los toreros ofertados), teniendo en cuenta que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares prevé como obligación del contratista la no sustitución de toreros por otros de inferior valoración, según detalles en Pliego de Prescripciones Técnicas, penalizándose con 3.000 euros por torero sustituido; no cabe duda que el procedimiento a tramitar es de carácter sancionador, si bien en su momento fue objeto de debate si era obligado o no tramitarlo conforme a los plazos y trámites formales previstos en el procedimiento sancionador ordinario, en la actualidad queda claro que no es así. En éste sentido la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2007, entre otras, lo aclara cuando argumenta:

"En cuanto a las infracciones procedimentales denunciadas nos remitimos a la doctrina que fijó la Sentencia del TS de 17 de marzo de 1989, en cuanto a la distinción entre infracciones auténticas y propias administrativas y las sanciones por incumplimiento de un contrato administrativo, como es el caso. Respecto a estas últimas, no es obligado seguir las fases del procedimiento sancionador, no siendo necesario nombrar instructor, no formular pliego de cargos, etc. Y, en lo referente a la alegada caducidad, sin perjuicio de no ser de aplicación el Reglamento del ejercicio de la potestad sancionadora, y consecuentemente los plazos previstos en el mismo, lo cierto es que de la incoación a la resolución, tampoco transcurren los seis meses, que sólo transcurren si indebidamente se escoge la fecha de notificación de la resolución."

Nuestro criterio es que la imposición de penalidades se habrá de tramitar a través del procedimiento previsto en el artículo 97 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), 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 lo demás, recordar que el apartado 7 del artículo 212 del TRLCSP dispone que "cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Más adelante, el apartado 8 dice *"Las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.*

Para facilitar la labor en su tramitación puede el Ayuntamiento disponer de un modelo de expediente que se encuentra en el Área Restringida a Ayuntamientos (AR) del portal de internet de la Diputación de Toledo (www.diputoledo.es) en la siguiente dirección:

<http://municipios.diputoledo.es/basedocu/expedientes/contrata/ex2016dlab.con.htm>

TERCERO.- La Sra. Alcaldesa nos plantea, seguidamente, cuestiones relativas al plazo de que dispone el Ayuntamiento para iniciar el expediente de penalización al contratista por razón de este particular incumplimiento de su oferta, y si el mismo se encuentra prescrito dado el tiempo transcurrido.

Adelantamos que ni el TRLCSP ni el RGLCAP regulan plazo alguno para iniciar 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.

Como tampoco el pliego realiza previsión expresa al respecto, la JCCA en su Informe 8/12, de 27 de septiembre de 2012 considera que debe de tenerse en cuenta que el artículo 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.

El citado Informe 8/12 de la JCCA argumenta 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 118.2 TRLCSP), *no tendría sentido -se dice literalmente en el citado Informe de la JCCA-, 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 (LRJPAC).

Por lo tanto, sobre la posible prescripción del plazo -si nos atenemos a la interpretación de la JCCA (que no olvidemos es el máximo órgano asesor en materia de contratación del Estado)-, viene determinada por el transcurso de los tres meses desde que se produjo el incumplimiento, en éste caso de la celebración de los festejos con el cambio de los toreros ofertados, y deberá resolverse en el plazo máximo de tres meses desde su iniciación, sin que para ello nada afecte la indebida presentación de la factura por el contratista.

Con todo, el Ayuntamiento tiene la opción de acordar iniciar el expediente a la vista de la regulación que se hace en las cláusulas 22 y 23 del pliego, relativas al cumplimiento del contrato y la devolución y cancelación garantía -que deducimos no ha sido devuelta aún-; si bien es cierto que la JCCA es clara y determinante cuando concluye que 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, por lo que aconsejamos seguir éste criterio, siendo éste, por lo demás, el único mecanismo legal existente para la imposición de las sanciones previstas en el pliego.

CUARTO.- En cuanto a la última de las cuestiones -que la Alcaldesa somete a nuestra consideración en su escrito de consulta- sobre si serían exigibles los intereses de demora por parte del contratista, dado que el Ayuntamiento no se ha llevado a cabo el pago de la factura, decir que si el Ayuntamiento no tramita el expediente para la imposición de penalidades por haber transcurrido los plazos comentados en el dictamen de la JCCA, sería de aplicación la doctrina de los actos consentidos y en consecuencia daría por procedente el pago del precio estipulado en la cláusula 19 del pliego y por cumplido el mismo.

La Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, llevó a cabo una variación de plazos de pago en los contratos de las Administraciones, concretamente introdujo el artículo 200,bis, -hoy artículo 217 del TRLCSP-, que contiene un procedimiento especial frente a la inactividad de la administración para llevar a cabo el pago de sus deudas, dentro del cual se puede solicitar una medida cautelar positiva que en principio el órgano judicial está obligado a conceder.

En lo que aquí interesa, si bien el plazo vigente en la actualidad pasa a ser de 30 días a contar desde la fecha de emisión de la certificación o fecha de la recepción o prestación material del objeto del contrato (no de la presentación de la factura en el Registro municipal), sin embargo a la vista de las circunstancias que concurren sobre la factura y de la interpretación sistemática de los artículos 216 y 222,4 del TRLCSP, para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio. En consecuencia, si el Ayuntamiento recibe la factura con posterioridad a la fecha en que tiene lugar la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde que el contratista presente la citada factura en el registro del Ayuntamiento.

Dado que el Ayuntamiento no ha recibido la factura en la manera que obliga la Ley 25/2013, consideramos que el citado plazo de 30 día que tiene el Ayuntamiento para reconocer la obligación y pagar el importe facturado sería desde el momento en que se presente de manera correcta, independientemente de la obligación que tiene de comunicar al contratista la indebida forma de facturar que ha llevado a cabo, para que proceda a su subsanación.

A partir de entonces, si se produjera demora en el pago el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiéndole que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no sufre en caso alguno a otros informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo a 19 de mayo de 2016