

INFORME 8/03, de 25 de setembre de 2003

PENALITATS PER INCOMPLIMENT DELS TERMINIS PARCIALS D'EXECUCIÓ DEL CONTRACTE DISTINTES A LES ENUMERADES A L'ART. 95 DE LA LCAP.

ANTECEDENTS

La subdirectora de Gestió d'Atenció Primària de Mallorca de l'Ib-salut tramet escrit a la Junta Consultiva del tenor següent:

“Atès l'article 2 de l'RD 30/1991, de 18 de gener, sobre règim orgànic i funcional de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, ens adreçam a vostès, i us sol·licitam l'emissió d'un informe sobre les penalitats que, tot i que no es troben a l'article 95 de l'RDLEG 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, es poden incloure en el Plec de clàusules administratives particulars.

Penalitats que es troben dins la legalitat i que es puguin aplicar en els casos d'incompliment parcial, per exemple en l'incompliment de la data d'entrada d'alguns lots, en concurs de subministrament de medicaments, pel perjudici que aquestes demores causen, i que repercuteixen clarament en el bon servei a l'usuari de la sanitat pública i en una major despesa per a aquesta Gerència.”

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1. Formula la sol·licitud d'informe, i s'adreça innominadament a “Junta Consultiva”, sense res més, la subdirectora de Gestió d'Atenció Primària de Mallorca de l'Ib-salut i ho fa d'acord amb l'article 2 de l'RD 30/1991, de 18 de gener, sobre règim orgànic i funcional de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, amb la qual cosa no se sap si la intenció de la interpellant era adreçar-se a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda (atès que la norma a l'empara de la qual es fa regeix exclusivament per a aquesta Junta) o si es vol aplicar aquesta norma a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears.

2. La persona que fa la consulta no té legitimació per sol·licitar informe a aquesta Junta en virtut del que disposen l'article 12 del D 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva i dels registres de Contractes i de Contractistes de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i el Reglament d'organització i funcionament de la Junta, que s'aprovà per Acord del Consell de Govern de les Illes Balears de 10 d'octubre de 1997, (BOCAIB del dia 25 següent).

3. L'escrit de la consultant manca dels requisits que exigeix l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta, la qual cosa s'ha comunicat per escrit a la consultant.

4. No és, idò, admissible la sol·licitud d'informe formulada per la subdirectora de Gestió d'Atenció Primària de Mallorca de l'Ib-salut, sense perjudici del que es dirà llavors en les consideracions jurídiques, i de continuar mantenint el criteri d'aquesta Junta en informes anteriors (4/98; 7/98; 12/98; 4/99; 6/99 i 2/03) d'exposar algunes generalitats amb relació al tema de fons, sense perjudici que, si es compleixen les normes aplicables, es pugui replantejar la consulta en el futur.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. La qüestió plantejada és de caràcter general en relació amb el contingut de l'art. 95 de l'RDLEG 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques.

La qüestió és determinar si hi ha altres penalitats, no compreses a l'art. 95 esmentat, que puguin aplicar-se en els supòsits d'incompliment parcial per demora respecte dels terminis parcials d'execució d'un contracte administratiu. Es deixa de banda la referència a l'exemple que planteja l'escrit perquè es considera que podria distorsionar o destorbar el raonament jurídic que es pretén.

SEGONA. La resposta està recollida en el mateix contingut de l'art. 95 de la Llei quan a l'apartat segon del punt 3 estableix:

“L'òrgan de contractació podrà acordar la inclusió en el plec de clàusules administratives particulars d'unes penalitats distintes a les enumerades en el paràgraf anterior...”

Ara bé, encara que la pregunta no concreta exactament quina és la qüestió, se suposa que el que es pretén dilucidar és conèixer quines són les penalitats que es poden imposar, que es concreti amb detall quin tipus de penes es poden aplicar, en els supòsits d'incompliment parcial per demora respecte dels terminis parcials d'execució d'un contracte administratiu, distintes a les que preveu l'art. 95.

TERCERA. Una vegada centrada la qüestió, i sabent que l'Administració té facultat per introduir penalitats distintes de les enumerades en el primer paràgraf del punt 3 de l'art. 95, la segona pregunta és indagar quines altres

penalitats pot imposar l'òrgan de contractació en els supòsits d'incompliment ja esmentats.

Ni la Llei de contractes de les administracions públiques ni el Reglament que la desplega, determinen quines altres penalitats es poden imposar en el cas d'incompliment per demora del termini d'execució d'un contracte administratiu. Ens trobam davant un precepte d'aplicació general a totes les modalitats de contractació i, per això mateix, no hi ha cap altre precepte legal que estableixi penalitats concretes a supòsits concrets per incompliment de terminis d'execució de contractació administrativa. Sens dubte, idò, ens trobam davant un supòsit d'activitat discrecional de l'òrgan de contractació i, per tant, en la resolució de la qüestió plantejada s'han d'analitzar els límits i els principis que l'han de regir.

QUARTA. L'art. 4 de la LCAP, estableix el principi de llibertat de pactes en la contractació administrativa, i el limita, lògicament, a les finalitats de l'activitat pública, i la sotmet, a més, al principi de legalitat a l'ordenament jurídic i als principis de bona administració.

El contingut de l'article 4 esmentat abans és conseqüència de l'aplicació del principi de dret privat de llibertat de pactes entre les parts contractants de l'article 1255 del Codi civil.

Partint d'això, l'Administració podria establir les penalitats que consideràs oportunes en els casos de demora en l'execució, total o parcial, d'un contracte administratiu, però sempre dins l'àmbit de la defensa de l'interès públic i amb les limitacions de l'ordenament jurídic, ateses les especials característiques del contracte i la bona administració.

A les limitacions assenyalades s'haurien d'afegir els principis de proporcionalitat i equitat, que s'inclouen dins els principis generals del dret, i que s'han de tenir en compte com a principis limitadors de qualsevol activitat discrecional de l'Administració.

CINQUENA. La protecció de l'interès públic en cap cas no justifica la introducció de penalitats abusives que, si bé l'afavorien, suposarien una clara desproporcionalitat entre pena i perjudici ocasionat a l'interès públic amb la demora. No obstant això, l'objecte del contracte i el nivell de rellevància del termini d'execució són determinants per concretar les penalitats per incompliment per demora en l'execució d'un contracte administratiu.

SISENA. Una vegada constatada la possibilitat legal d'imposició de penalitats distintes a les previstes a l'article 95 de la LCE per incompliment en els

terminis d'execució d'un contracte administratiu; afirmada la facultat discrecional de l'Administració en la imposició de penalitats distintes a les previstes a l'article 95 de la LCE i exposats els límits a aquesta activitat, la qüestió següent que es planteja, en l'estudi de les penalitats per demora en el compliment del contracte administratiu, és determinar quin tipus d'aquelles penalitats pot imposar l'òrgan de contractació. No fa falta dir que, havent arribat a aquest punt del raonament, la concreció de les penalitats és un dels punts obligats a incloure en el Plec de clàusules administratives particulars del contracte.

SETENA. Si bé en un principi es podria pensar que l'òrgan de contractació, en el plec de clàusules administratives particulars, pot establir penalitats distintes a les de tipus pecuniari, la realitat és que, de l'estudi de l'articulat de la Llei de contractes de les administracions públiques i del Reglament que la desplega, es dedueix que el legislador, quan autoritza l'Administració per imposar penalitats distintes a les que regula el punt 3 de l'art. 95, està pensant en la variació de l'import o percentatge de la pena pecuniària. Està pensant que la importància de l'objecte del contracte i la demora en el compliment incrementen la proporció de la penalitat del paràgraf primer del punt 3r de l'art. I això es dedueix del contingut del punt 4 de l'art. 95, quan diu:

“4. Cada vegada que les penalitats per demora arribin a un múltiple de 5 per 100 del preu del contracte, l'òrgan de contractació està facultat per resoldre'l o acordar-ne la continuació de l'execució amb imposició de noves penalitats”.

En aquest mateix sentit que les penalitats han de ser de tipus pecuniari trobam l'article 99 del Reglament general de la LCAP quan estableix que: *“els imports de les penalitats per demora es faran efectius mitjançant deducció d'aquests en els certificats d'obres o en els documents de pagament al contractista.”*

CONCLUSIONS

1. L'administració només pot imposar, en els supòsits d'incompliment parcial per demora respecte dels terminis parcials o totals d'execució d'un contracte administratiu, penalitats distintes a les previstes en el paràgraf primer punt 3, de l'art. 95 de la LCAP quan estiguin incloses en els plecs de clàusules administratives particulars.

2. Les penalitat per demora respecte dels terminis parcials o totals d'execució d'un contracte administratiu s'han d'establir tenint en compte els principis de proporcionalitat, equitat, i s'han de sotmetre a l'ordenament jurídic, bona administració, defensa de l'interès públic i amb especial atenció a les especials característiques del contracte i a la seva execució.

3. Les penalitats per imposar per demora en el termini o els terminis d'execució d'un contracte administratiu han de tenir sempre el caràcter de pecuniàries.