Informe 7/97, de 11 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

Asunto: **Consulta efectuada por la Cámara de Contratistas de Obras de Cataluña en relación a diferentes cuestiones en materia de pago de los contratos formalizados con las administraciones públicas al amparo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.**

ANTECEDENTES

La Cámara de Contratistas de Obras de Cataluña (en adelante, CCOC) solicita, mediante escrito de su presidente, el dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en relación a diferentes cuestiones en materia del plazo de pago de los contratos formalizados con las administraciones públicas al amparo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las administraciones públicas (en adelante, LCAP).

La solicitud de dictamen presentada per la CCOC expone, como **antecedentes** de la consulta, el hecho de que la Cámara ha detectado desde la entrada en vigor de la LCAP la utilización per parte de algunas administraciones de fórmulas encaminadas a modificar las condiciones de la obligación de pago establecidas en la LCAP. En este sentido, se mencionan las siguientes tipologías de cláusulas incluidas en pliegos de contratación por diferentes administraciones:

- Pliegos que establecen directamente una fecha de pago manifiestamente superior a los dos meses.
- Pliegos que incluyen como criterio de valoración de las ofertas la renuncia del contratista a los derechos relativos a la reclamación de intereses, o la renuncia a los derechos a la suspensión de ejecución del contrato o a la resolución del contrato en caso de demora del pago.
- Pliegos que incluyen como criterio de valoración de las ofertas el retraso en el pago que está dispuesto a aceptar el licitador.
- Pliegos que determinan que el pago queda aplazado hasta el momento en el que el órgano de contratación reciba las subvenciones con las cuales se financia el contrato.
- Pliegos de cláusulas administrativas, tanto particulares como generales, que prevén que los licitadores puedan presentar, además de una propuesta económica prevista por un plazo de pago de dos meses, otras ofertas sobre la base de un plazo de pago superior.

Como **referencias legales** por las que la CCOC fundamenta la ilegalidad de estas previsiones de los órganos de contratación en los pliegos de cláusulas, se mencionan:

Fontanella, 8
08010 Barcelona
Telèfon 93 567 14 56
Telefax 93 567 14 50
aplatero@eif.gencat.es
http://www.gencat.net/economia

- La exposición de motivos de la LCAP (apartados 1.1, 1.5, 2.1, 2.6).
- El artículo 4 de la LCAP - relativo a la libertad de pactos.
- El artículo 11.1 de la LCAP - requisitos de los contratos .
- El artículo 14 (apartados 3 y 4) de la LCAP –precio de los contratos.
- El artículo 100 de la LCAP - pago del precio.
- La disposición final primera, apartados 1 y 2 de la LCAP - carácter de legislación básica y no básica -.

Asímismo, en sus consideraciones jurídicas se refiere, reproduciendo una extensa parte de su contenido, a la Recomendación de la Comisión Europea 95/198/CE, de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales.

Con posterioridad a una extensa argumentación jurídica, a la cual nos referiremos enseguida, la Cámara procede a centrar la cuestión objeto de este informe en ocho **cuestiones específicas**; que son:

1. ¿Cómo se ha de interpretar el carácter de legislación básica que, en materia de contratos administrativos, la Disposición final primera de la Ley de Contratos de las administraciones públicas atribuye en su articulo 100?

2. ¿Cuáles son los efectos jurídicos de la atribución, para el apartado 2 de la Disposición final primera de la Ley de Contratos de las administraciones públicas, del carácter de máximos a los plazos de dos, cuatro y ocho meses previstos en el artículo 100 y al de seis meses previsto en el apartado 1 del articulo 148, los dos de la mencionada Ley?

3. ¿Se puede considerar que el establecimiento para un órgano de contratación en un pliego de cláusulas administrativas generales o en un pliego de cláusulas administrativas particulares de un plazo superior al de dos meses para el pago de certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato constituye infracción del ordenamiento jurídico vigente en materia de contratos administrativos?

4. ¿Se puede considerar que el establecimiento para un órgano de contratación en un pliego de cláusulas administrativas generales o en un pliego de cláusulas administrativas particulares de un plazo superior al de seis meses por el pago de la liquidación del contrato de obras constituye infracción del ordenamiento jurídico vigente en materia de contratos administrativos?

5. ¿Se puede considerar válido, desde la perspectiva de la vigente legislación en materia de contratos administrativos, que en un pliego de cláusulas administrativas, ya sean generales o particulares, se pueda prever la posibilidad que los licitadores propongan un plazo de pago superior a los establecidos con carácter de máximos para la Ley de Contratos de las administraciones públicas?

Fontanella, 8
08010 Barcelona
Telèfon 93 567 14 56
Telefax 93 567 14 50
aplatero@eif.gencat.es
http://www.gencat.net/economia

6. ¿Es lícita la consideración de la renuncia a los derechos reconocidos por el articulo 100 de la Ley de Contratos de las administraciones públicas al contratista como en criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del contrato?

7. ¿Es lícita la valoración, a los efectos de la adjudicación del contrato, del ofrecimiento por parte de los licitadores de plazos de pago superiores a los establecidos de la Ley de Contratos de las administraciones públicas?

8. ¿Es licito el establecimiento de un plazo de pago superior a los establecidos a la Ley de Contratos de las administraciones públicas al amparo de la libertad de pactos establecida en favor de la Administración en el articulo 4 de la mencionada Ley?

De acuerdo con las funciones que establecen los artículos 4.1 y 11.3 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, procede a emitir el presente informe.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El articulo 100 de la LCAP establece -en relación al pago del precio de los contratos- que:

> "1. El contratista tiene derecho al abono de la prestación realizada <u>en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato</u> y según el precio convenido.
>
> 2. El pago del precio se puede hacer de forma total o parcialmente por medio de abonos a cuenta.
>
> 3. El contratista también tiene derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato que estén comprendidos en su objeto, en las condiciones señaladas en los pliegos, pagos que se han de asegurar por medio de la prestación de garantía.
>
> 4. <u>La Administración tiene la obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de los certificados de obras o de los documentos correspondientes que acrediten la realización total o parcial del contrato</u>, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 148. Si se demora, ha de abonar al contratista, a partir del cumplimiento de este plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado de 1,5 puntos de las cantidades que deba.
>
> 5. Si la demora en el pago es superior a cuatro meses, el contratista puede proceder a la suspensión del cumplimiento del contrato, circunstancia que tiene la obligación de comunicar a la Administración con un mes de antelación, al efecto del reconocimiento de los derechos que se puedan derivar de esta suspensión, en los términos establecidos en esta Ley.

Fontanella, 8
08010 Barcelona
Telèfon 93 567 14 56
Telefax 93 567 14 50
aplatero@eif.gencat.es
http://www.gencat.net/economia

7. Si la demora de la Administración es superior a ocho meses, el contratista tiene derecho, asimismo, a resolver el contrato y al rescate de los perjuicios que como consecuencia de esto se le originen."

En primer lugar, tanto del precepto transcrito, como de la exposición de motivos y de la tramitación parlamentaria de la propia LCAP, se deduce que el legislador ha establecido, mediante una norma de derecho positivo, la obligación de la Administración de efectuar el pago en el plazo de dos meses desde la fecha de expedición de la certificación de obra correspondiente o bien desde la fecha de los documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

2. De acuerdo con la Disposición final primera, el artículo 100 de la Ley de contratos tiene carácter básico y los términos establecidos en este precepto tienen el carácter de máximos. El carácter básico de las normas contenidas en la LCAP implica que aquellas comunidades autónomas con competencia sobre la materia de contratación administrativa -como es el caso de Cataluña (artículo 10.1.2 del Estatuto de Autonomía)- podrán desarrollar las previsiones contenidas en las normes básicas, pero no alterar su contenido substancial, es decir, los principios rectores de la actuación de todas las administraciones públicas en materia de contratación administrativa, con el fin de *"proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las administraciones públicas"* (STC 141/1993, de 22 de abril, FJ 5). Por tanto, visto que se declara básico el articulo 100 de la LCAP, las comunidades autónomas quedan supeditadas a sus previsiones.

Otra cosa es que, como la propia norma prevé en la Disposición final primera, apartado 2, los plazos de pago que se indican en el artículo 100 tengan el carácter de máximos, es decir, puedan ser modificadas a la baja -no podrán ser ampliados- por las comunidades autónomas que legislen en materia de contratación administrativa.

3. En el ámbito del Derecho comunitario, a pesar de que las diferentes directivas no incluyen previsiones específicas sobre la fase de ejecución contractual, sí que existe una Recomendación de la Comisión Europea en materia de pago en las transacciones comerciales (Recomendación 95/198/CE, de 12 de mayo de 1995). Se debe remarcar que en las consideraciones de esta Recomendación se hace mención al hecho de que las diferencias existentes entre los Estados miembros en relación a las normas y prácticas de pago constituyen un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior. Asimismo, y ya en la parte articulada de la recomendación, hace falta destacar que, en general, se remarca la necesidad que los Estados miembros garanticen mejores plazos de pago en los contratos públicos y, en particular, es necesario destacar que se establece la necesidad de respetar el plazo de sesenta días para los pagos en el marco de los contratos públicos, sin perjuicio de otros plazos más cortos que se puedan establecer, y también se establece la necesaria previsión del pago -simultáneo al pago del principal- de los intereses de demora acreditados en el caso de que se sobrepasen a los plazos contractuales, cuando esto sea imputable a las entidades adjudicadoras o empresas públicas habiéndose de prever

Fontanella, 8
08010 Barcelona
Telèfon 93 567 14 56
Telefax 93 567 14 50
aplatero@eif.gencat.es
http://www.gencat.net/economia

sistemas de control adecuados para garantizar que las autoridades públicas respeten este principio.

4. Visto que el apartado 1 del artículo 100 prevé que las condiciones del abono de la prestación son las establecidas en la Ley y en el contrato y que el articulo 4 de la LCAP establece la libertad de pactos en la contratación con la Administración, podría plantearse si, por la vía de su inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas, se podría excepcionar el régimen de pagos previsto en el apartado 4 del artículo 100. No obstante, esta posibilidad también cedería frente a las siguientes constataciones:

a) El artículo 100, en los apartados 4, 5 y 6, regula taxativamente la obligación de la Administración de efectuar el pago en el plazo de dos meses y, además y como garantía del contratista, prevé el derecho de éste al abono de los intereses correspondientes -incrementados en 1,5 puntos- en el caso de incumplimiento de estas obligaciones. Cuando el artículo 100 se refiere a las condiciones señaladas en los pliegos sobre los términos de la obligación de pago, lo hace en relación a los eventuales abonos a cuenta a que puede tener derecho el contratista para las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato (apartado 3).

b) El articulo 4 de la LCAP, al establecer y regular la libertad de pactos en la contratación administrativa lo hace condicionante estos pactos al interés público, al ***ordenamiento jurídico*** o a los principios de buena administración.

c) El articulo 14 de la LCAP, en su apartado 3, prohíbe el aplazamiento del precio de los contratos, excepto que una Ley lo autorice expresamente. Esta previsión, que tiene por finalidad genérica el control del gasto público y en particular el endeudamiento, no puede ser entendida en el sentido de que mediante una norma con rango de Ley se puedan alterar los derechos reconocidos a los contratistas en el artículo 100 con carácter básico, sino que se posibilita que se puedan establecer sistemas alternativos de financiación de los contratos en los cuales obviamente será necesario salvaguardar el necesario equilibrio financiero entre las partes del contrato y, en especial, respecto los derechos del contratista. En este sentido, hay que destacar la previsión contenida recientemente en el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en el cual establece el contrato de obra bajo la modalidad del abono total del precio; contrato en el que precisamente se excepciona la regla general de abono del precio al contratista en función de la prestación realmente efectuada y se posibilita el aplazamiento el precio del contrato. En esta norma y en el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra sobre la modalidad del abonamiento total del precio, se prevén paralelamente los mecanismos que obligatoriamente deberán llevarse a cabo para el necesario resarcimiento del contratista como consecuencia de este tipo de financiamiento.

Por tanto, en todo caso y como se acaba de ver, las excepciones al régimen general relativo al precio y al pago de los contratos establecido por la LCAP, deben ser establecidos y regulados de manera singular por una norma con rango de Ley.

Fontanella, 8
08010 Barcelona
Telèfon 93 567 14 56
Telefax 93 567 14 50
aplatero@eif.gencat.es
http://www.gencat.net/economia

d) La eventual renunciabilidad al derecho del cobro de intereses y la suspensión o resolución contractual no procede en este caso ya que son derechos que se establecen de manera taxativa por disposición legal debido a la finalidad específica que tienen. En este sentido, es necesario tener presente que la jurisprudencia ha excepcionado el régimen de los intereses de demora en la contratación administrativa del régimen general del Derecho civil. Así, la jurisprudencia nada más estima aplicable el artículo 110 del CC a los intereses pactados, *"no a los de demora, que comportan una indemnización objetivada de perjuicios por atraso en el cumplimiento de obligaciones contractuales, una solución que, por razones todavía mayores, ha de entenderse aplicable en la contratación administrativa". STS de 29 de marzo de 1995. Ref. Ar. 4163.*

Si bien la jurisprudencia sobre la aceptación de pactos respecto los intereses de demora bajo la vigencia de la normativa anterior a la LCAP en materia de contratación administrativa ha estado vacilando y en ocasiones ha admitido estos pactos, hace falta tener en cuenta que con la aprobación de la LCAP y el mandato imperativo contenido en el artículo 100, se ha producido una modificación substancial de la regulación anterior que estaba contenida principalmente en el artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975. Asimismo, el artículo 94 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953 (RCCL) preveía, respecto de los intereses de demora:

> "1. Las Corporaciones locales determinarán en todo contrato el tanto por ciento anual que hayan de satisfacer al contratista o que éste deba abonarles por intereses de demora, cuando los pagos no se realicen dentro del plazo señalado en el pliego de condiciones, y sin perjuicio de lo que procediere en cuanto a la resolución del contrato por causa de dicho retraso.
>
> 2. Si la Corporación no hubiere fijado en el contrato la cuantía del interés de demora o el tiempo que haya de transcurrir para que se devengue, se entenderá cifrado el primero en un 4 por 100' anual y bastará el retraso de dos meses en los pagos para que pueda exigirse."

Con independencia de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la necesaria aplicabilidad unitaria de los porcentajes de los intereses legales por demora en el pago en todas las administraciones públicas (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1988. Ref. Ar. 6065 que menciona, explícitamente la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1986, de 31 de enero de 1986), respecto la cuestión concreta de los pactos sobre los intereses de demora, también se ha producido el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de marzo de 1995 (Ref. Ar. 1951), recogiendo la opinión del Tribunal de instancia, el cual en el Fundamento de derecho séptimo hizo referencia a la eventual existencia de un pacto entre la Administración y el contratista sobre los intereses por demora en el pago y <u>cuestiona la adecuación al ordenamiento jurídico del mencionado pacto</u>.

Fontanella, 8
08010 Barcelona
Telèfon 93 567 14 56
Telefax 93 567 14 50
aplatero@eif.gencat.es
http://www.gencat.net/economia

Como argumento adicional, hace falta tener en cuenta también que el tenor literal del apartado 4 del articulo 100 -*"La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes...."*- no parece dar lugar a ninguna transaccionabilidad sobre las condiciones del pago, sino que contiene un mandato imperativo para la Administración Pública en su actuación en el ámbito de la contratación administrativa.

e) El necesario principio de equilibrio económico que deriva del articulado de la LCAP (el artículo 14 –regulación del precio del contrato-, el propio artículo 100, el artículo 104 y siguientes, relativo a la revisión de precios en los contratos y, en general, todos aquellos preceptos relativos a la ejecución y modificación de los contratos) podría quedar deteriorado en forzar a una de las partes –para poder licitar con opciones a la adjudicación o con mejores opciones a la adjudicación- a renunciar a derechos reconocidos por la Ley.

f) La imposibilidad de dejar el cumplimiento de las obligaciones al arbitrio de una de las partes. Este principio de derecho común, recogido en el artículo 1.256 del CC también se vería afectado desde el momento en que se hace renunciar a los licitadores –como condición para obtener la adjudicación del contrato- a exigir –en la ejecución del contrato- el cumplimiento de las previsiones establecidas de forma expresa en una norma de rango legal.

Finalmente, y en relación a los ejemplos concretos de los pliegos que menciona la Cámara, se debe observar:

- Respecto los pliegos que incluyen la previsión por la cual el pago queda diferido hasta que el órgano de contratación reciba las subvenciones con las cuales se financia el contrato, habrá que considerarlo contrario a la legalidad vigente por razón de la previsión contenida en el artículo 70.2 de la LCAP, el cual –sin carácter básico- prevé que para los contratos financiados con aportaciones de diferentes procedencias habrá de acreditarse en el expediente la plena disponibilidad de todas ellas y el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad.

- La eventual inclusión de una cláusula en los pliegos por la cual se posibilite que los licitadores propongan o acepten un plazo de pago superior a los establecidos con carácter de máximos por la LCAP, debería tener, de acuerdo con las previsiones legales básicas, el mismo resultado práctico que si la Administración actuante efectuase el pago en este plazo superior, es decir, la aplicación a la principal deuda de los intereses establecidos en la Ley. Por tanto, si el resultado no fuera éste, estaríamos o bien ante un caso de renuncia al cobro de una parte o de todo el importe de los eventuales intereses de demora o bien ante una oferta que superaría la aplicación de los intereses previstos legalmente. En este último caso, se trataría de una oferta inviable desde el punto de vista de la obligación de la Administración de actuar de acuerdo con la legalidad y con el principio de buena administración establecida explícitamente en el artículo 4 de la LCAP como limitación a la libertad de pactos.

Fontanella, 8
08010 Barcelona
Telèfon 93 567 14 56
Telefax 93 567 14 50
aplatero@eif.gencat.es
http://www.gencat.net/economia

CONCLUSIONES

A) En base a las consideraciones efectuadas, respecto los ejemplos de cláusulas que la CCOC afirma que se incluyen en los pliegos por parte de diferentes administraciones públicas, es necesario considerar que contradicen la norma básica establecida en el artículo 100 de la LCAP, porque superan los plazos máximos de pago establecidos con carácter general para todas las administraciones públicas y contradicen otros preceptos contenidos en el ordenamiento jurídico, como es la prohibición de aplazamiento del precio del contrato (artículo 14 LCAP).

Además, tal como se ha expuesto anteriormente, en relación con el ejemplo de los pliegos que incluyen la previsión por la cual el pago queda diferido hasta que el órgano de contratación reciba las subvenciones con las cuales se financia el contrato, también habrá que considerarlo contrario a la legalidad vigente por una razón añadida que es la previsión contenida en el artículo 70.2 de la LCAP.

B) En relación a las cuestiones específicamente planteadas desde la CCOC, y con el fin de dar respuesta a todas ellas de una manera sistemática, procede concluir:

1. El carácter de norma básica del artículo 100 de la LCAP implica, como se ha dicho, que aquellas comunidades autónomas con competencia sobre la materia de contratación administrativa, podrán desarrollar las previsiones contenidas en la norma básica pero no alterar su contenido substancial, que constituye el denominador común en la actuación de las administraciones públicas, es decir, quedan supeditadas a las previsiones del artículo 100 de la LCAP. Respecto el carácter de máximos de los plazos previstos en el mismo precepto, tal y como establece la Disposición final primera, apartado 2 de la LCAP, podrían ser modificados a la baja – no podrán ser ampliados- para las comunidades autónomas que legislen en materia de contratación administrativa.

2. El establecimiento en un pliego de cláusulas administrativas generales o particulares de plazos superiores a los establecidos en el artículo 100 de la LCAP constituye, de acuerdo con las consideraciones efectuadas en este informe, una infracción del ordenamiento jurídico vigente en materia de contratos administrativos.

3. Respecto la eventual inclusión de una cláusula en los pliegos por la cual se posibilite que los licitadores propongan o acepten un plazo de pago superior a los establecidos con carácter de máximos para la LCAP, tal y como se ha expuesto en el apartado de las consideraciones jurídicas de este informe, además de no adecuarse a la legalidad vigente, puede dar lugar a una distorsión del principio de buena administración.

4. De acuerdo con las consideraciones efectuadas, no es ajustada a derecho la consideración de la renuncia a los derechos reconocidos por el artículo 100 de la LCAP al contratista como uno de los posibles criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del contrato.

Fontanella, 8
08010 Barcelona
Telèfon 93 567 14 56
Telefax 93 567 14 50
aplatero@eif.gencat.es
http://www.gencat.net/economia

Barcelona, 11 de julio de 1997

Fontanella, 8
08010 Barcelona
Telèfon 93 567 14 56
Telefax 93 567 14 50
aplatero@eif.gencat.es
http://www.gencat.net/economia