



## Administración local. Adjudicación de contrato administrativo de servicios

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa*

*Profesor del CEF.-*

### Extracto

Este caso práctico plantea problemas en torno a un contrato administrativo de servicios realizado, directamente, con representantes de unos afamados toreros para que actúen en determinada fecha, lo que provoca que otros representantes impugnen el procedimiento de adjudicación. El día del festejo actuaron otros distintos a los acordados, por lo que el órgano de contratación impuso penalidades a la contratista, amén de acordar la resolución del contrato y la incautación de la garantía definitiva. Finalmente, se procede a la revisión de oficio de las actuaciones administrativas.

**Palabras clave:** contrato administrativo; contrato de servicios; adjudicación directa; penalidades por incumplimiento; revisión de oficio.

Fecha de entrada: 08-11-2019 / Fecha de aceptación: 26-11-2019

## Enunciado

En el Ayuntamiento de XXX, de régimen común y 2.800 habitantes, se ha acordado la realización de un contrato directamente con un representante de toreros para la celebración de una corrida de toros y la actuación de los toreros A, B y C, reconocidos por su fama y trayectoria profesional. Otros tres representantes de toreros impugnan mediante tres recursos de reposición esta adjudicación del contrato, alegando que se debió promover la concurrencia en el contrato. El órgano de contratación resuelve el primer recurso en sentido desestimatorio, por lo que el recurrente interpone recurso contencioso-administrativo. Aquel decide, entonces, la suspensión de la tramitación de los otros dos recursos administrativos interpuestos.

El presupuesto del contrato ascendió a la cantidad de 150.000 euros.

Llegado el día de celebración de la corrida, 15 de agosto de 2017, para sorpresa de todos, en lugar de la actuación de los toreros previstos, actuaron C, D y E. Por esta razón, el órgano de contratación procedió a imponer las penalidades económicas previstas en los pliegos, por sustituir a los toreros elegidos, notificándole la obligación del pago el día 3 de diciembre de 2017, además de poner en marcha el procedimiento para la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, incluyendo la incautación de la garantía definitiva que se había establecido en el contrato.

Al darse cuenta la Administración, antes de que se fallara el recurso contencioso-administrativo interpuesto, de que podría existir algún tipo de invalidez, en el sentido que alegó el recurrente, en la tramitación del expediente de contratación administrativa y adjudicación del contrato, procede a la revisión de oficio de esos actos administrativos.

Cuestiones planteadas:

1. Naturaleza y régimen jurídico del contrato celebrado. Comente la actuación administrativa del órgano de contratación tanto al desestimar el recurso por un representante como al ordenar la suspensión de la tramitación de los otros dos recursos.
2. ¿Es posible imponer penalidades en este contrato que está ya finalizado?

3. ¿Qué expediente habría que tramitar, en su caso, para imponer las penalidades? ¿Es ajustado a derecho, en este caso, la imposición de aquellas?
4. 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.
5. ¿Serían exigibles los intereses de demora por parte del contratista, dado que por parte del ayuntamiento no se ha llevado a cabo el pago de la factura?
6. ¿Qué consecuencias tendrá la revisión de oficio? ¿Qué consecuencias jurídicas tendrá sobre el contrato celebrado la revisión de oficio llevada a cabo por la Administración? ¿Y sobre el proceso contencioso-administrativo?
7. Comente el ajuste a derecho de la decisión administrativa de resolver el contrato e incautar la fianza definitiva prestada.

## Solución

1. Naturaleza y régimen jurídico del contrato celebrado. Comente la actuación administrativa del órgano de contratación tanto al desestimar el recurso por un representante como al ordenar la suspensión de la tramitación de los otros dos recursos

a) Naturaleza y régimen jurídico del contrato celebrado

Se trata de un contrato de servicios del artículo 17 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Este servicio es de espectáculo, que abarca los servicios de esparcimiento.

Pero, a tenor del artículo 25.1 a), no tienen la condición de contrato administrativo, pues según señala el precepto indicado:

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:

1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

Por tanto, se trata de un contrato privado cuyo régimen jurídico viene determinado en el artículo 26.2 del LCSP al señalar que:

Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

#### b) Actuación administrativa

Debemos señalar que el órgano de contratación debió acumular en un solo procedimiento los tres recursos interpuestos, puesto que se basaban en la misma causa de pedir, existiendo la íntima conexión o la identidad sustancial que exige el artículo 57 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) para la procedencia de aquella.

En relación con la desestimación del recurso (recordamos que se interpuso por no promover concurrencia en la oferta y adjudicarse directamente), en principio, al no ser el contrato menor (hasta 15.000 euros), no era posible su adjudicación directa; ahora bien, sí podría encajar en el supuesto previsto en el artículo 167 c) a) de la LCSP, cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma.

Resulta evidente que el contrato tiene carácter personalísimo, tiene una naturaleza especial y se desea celebrar con tal o cual persona, precisamente, por ser destacado en la profesión que desempeña.

Respecto a la suspensión de la tramitación de los dos recursos pendientes de resolución es de aplicación lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley 39/2015 (LPAC) que señala:

1. Cuando deban resolverse una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiera interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa o bien contra el correspondiente acto presunto desestimatorio, el órgano administrativo podrá acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial.
2. El acuerdo de suspensión deberá ser notificado a los interesados, quienes podrán recurrirlo.

La interposición del correspondiente recurso por un interesado no afectará a los restantes procedimientos de recurso que se encuentren suspendidos por traer causa del mismo acto administrativo.

3. Recaído el pronunciamiento judicial, será comunicado a los interesados y el órgano administrativo competente para resolver podrá dictar resolución sin necesidad de realizar ningún trámite adicional, salvo el de audiencia, cuando proceda.

## 2. ¿Es posible imponer penalidades en este contrato que está ya finalizado?

Respecto a 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 el 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 la LCSP, conforme a lo previsto en su artículo 192.1 (los pliegos o el documento descriptivo 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 conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 % del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 % del precio del contrato), 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 en obras, etc.), posibilitando que «los pliegos reguladores de los acuerdos marco podrán prever las penalidades establecidas en el presente artículo en relación con las obligaciones derivadas del acuerdo marco y de los contratos en él basados» (art. 192.3 LCSP).

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 incum-

plimiento 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.

### 3. ¿Qué expediente habría que tramitar, en su caso, para imponer las penalidades? ¿Es ajustado a derecho, en este caso, la imposición de aquellas?

Aclarada la cuestión relativa a la posibilidad de 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 con respecto a 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, con una cantidad económica, no cabe duda de que el procedimiento a tramitar no 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 la actualidad, aparece excluido la aplicación de las especialidades del procedimiento sancionador previsto en la Ley 39/2015 respecto de los cuales exista una relación contractual con la Administración, aunque habría que tramitar un procedimiento previo con audiencia del interesado.

En este caso, el procedimiento para imponer las penalidades ignoramos si había caducado o no, pues solo consta que el contrato se incumple el día 15 de agosto de 2017 y se le notifica la obligación del pago el día 3 de diciembre de 2017, pero ignoramos el día en que empezó el procedimiento previo a la imposición de la sanción, no sabiendo, por tanto, si había pasado el plazo de caducidad de tres meses desde el acuerdo de iniciación, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio (arts. 21 y 22 de la LPAC).

Otra posibilidad 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:

- 1.º Propuesta de la Administración o petición del contratista.
- 2.º Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.
- 3.º Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.
- 4.º Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

Por lo demás, recordar que el apartado 3 del artículo 193 de la LCSP dispone que:

Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido.

Más adelante, el artículo 194.2 dice:

Las penalidades previstas en los dos artículos anteriores 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 los mencionados pagos.

4. 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

En cuanto 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 la LCSP 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 estas, 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 tenerse en cuenta que la LCSP, respecto a la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contra-

tar, 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, 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 previstos con carácter general para los procedimientos administrativos, de acuerdo con el artículo 22.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

Por lo tanto, sobre la posible caducidad 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 este 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.

En conclusión, 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 este criterio, siendo este, por lo demás, el único mecanismo legal existente para la imposición de las sanciones previstas en el pliego.

## 5. ¿Serían exigibles los intereses de demora por parte del contratista, dado que por parte del ayuntamiento no se ha llevado a cabo el pago de la factura?

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 199 LCSP–, 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 198 y 199 de la LCSP, para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de 30 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 30 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, consideramos que el citado plazo de 30 días 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 Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

## 6. ¿Qué consecuencias tendrá la revisión de oficio? ¿Qué consecuencias jurídicas tendrá sobre el contrato celebrado la revisión de oficio llevada a cabo por la Administración? ¿Y sobre el proceso contencioso-administrativo?

La Administración decretará la nulidad del contrato celebrado por incumplimiento de normas relativas a la preparación o adjudicación del contrato, como es el no haber promovido concurrencia en la oferta habiendo acudido al procedimiento abierto o restringido para la adjudicación de este contrato conforme al artículo 41 del LCSP. Ahora bien, es preciso analizar el efecto concreto de esta sentencia sobre los distintos actos dictados en el expediente de contratación que se tramitó en su día.

Reiteramos que el contrato celebrado fue un contrato privado, en principio, que no tenía el carácter de administrativo, como ya afirmamos con anterioridad, rigiendo en cuanto a su régimen jurídico la doctrina de los actos separables, es decir, todo lo concerniente a su preparación y adjudicación se regula por normas de derecho administrativo y lo concerniente a su cumplimiento, efectos y extinción se regula por el derecho privado. El órgano jurisdiccional competente para conocer de sus controversias será, para la fase interna, la jurisdicción contencioso-administrativa y, para la fase externa, la jurisdicción ordinaria.

Dicho esto, el acto del procedimiento del expediente de contratación sobre el que recae el vicio de nulidad afecta la fase de preparación del contrato, fase sujeta en todos sus términos a las normas de la LCSP. Queda por tanto claro que no puede declararse la nulidad del contrato, sino tan solo la de la adjudicación efectuada, por lo que el contenido material, es decir, los efectos y extinción se regirán por las normas de derecho privado, que no sea posible proceder a su anulación en vía administrativa, ni a su impugnación en vía contencioso-administrativa.

Solo el acuerdo formal de adjudicación está viciado de nulidad. El contenido del contrato es una cuestión autónoma e independiente por lo que ni en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa pueden discutirse cuestiones relativas al arrendamiento de servicios, que se trata de una cuestión de derecho privado, salvo que se haya planteado como prejudicial civil ante el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo.

En definitiva, es la jurisdicción civil la que debe pronunciarse sobre la nulidad del contrato privado celebrado, pues no puede discutirse en vía administrativa ni contencioso-administrativa la validez en sí del contrato celebrado.

Otra cuestión será la posible indemnización de daños y perjuicios a que tenga derecho el recurrente y que podrá ejercitar por las vías oportunas.

Respecto a los efectos de la revisión de oficio por parte de la Administración sobre el proceso contencioso-administrativo puesto en marcha, el artículo 76 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa señala que:

1. Si interpuesto recurso contencioso-administrativo la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del Juez o Tribunal, cuando la Administración no lo hiciera.
2. El Letrado de la Administración de Justicia mandará oír a las partes por plazo común de cinco días y, previa comprobación de lo alegado, el Juez o Tribunal dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo, si el reconocimiento no infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico. En este último caso dictará sentencia ajustada a Derecho.

## 7. Comente el ajuste a derecho de la decisión administrativa de resolver el contrato e incautar la fianza definitiva prestada

El apartado f) del artículo 211 de la LCSP considera como causa de resolución del contrato el incumplimiento de la obligación principal del contrato, y es evidente que haber sustituido a los toreros contratados por su fama y trayectoria profesional por otros distintos

encaja, perfectamente, en este supuesto, porque era la única y esencial prestación que debía prestar la contratista.

Ahora bien, dicho esto, debemos señalar que el contrato ya se había consumado, pues la contratación de tales toreros era para la tarde del día 15 agosto en que tuvo lugar la corrida de toros, y es evidente que el contrato había dejado de existir como tal, aunque, por supuesto, se pueden ejercitar las oportunas acciones por incumplimiento del contrato y, en este sentido, aunque a tenor de la LCSP la prestación de la fianza en este caso no era preceptiva, sin embargo, según el supuesto de hecho, se incluyó en el contrato, por lo que presumimos que el contratista debió de prestarla, siendo el artículo 100 el que determina las responsabilidades a que están afectas las garantías, señalando que la garantía responderá de los siguientes conceptos:

- a) De las penalidades impuestas al contratista.
- b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.

De manera que, con independencia de que es imposible acordar la resolución de un contrato que ya se ejecutado, es posible incautar la garantía definitiva en el caso de la incorrecta ejecución de la prestación contemplada en el contrato, como ha sucedido en este caso.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 29/1998 (LJCA), art. 76.
- Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 22 y 120.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 17, 25, 26, 41, 167, 192, 193, 194, 199 y 211.
- Real Decreto 1018/2001 (Reglamento de la Ley de Contratos), art. 97.
- Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 6/2001 y 8/2012.