

DICTAMEN Nº 82

Nº. 82/1997, de 29 de diciembre.

Expediente relativo a resolución de contrato de construcción de 40 viviendas sociales en el Municipio de Noblejas (Toledo), formalizado entre el Ayuntamiento de dicha localidad y la empresa "C.L.S., S.A.", con motivo de la imposición de penalidades a dicha empresa contratista, por incumplimiento del plazo total de ejecución.

ANTECEDENTES

Con fecha 31 de marzo de 1987, el Ayuntamiento de Noblejas adjudicó a la empresa "C.L.S., S.A." las obras de construcción de 40 viviendas de promoción pública en dicha localidad, fijándose un plazo total de ejecución de 18 meses a computar desde la fecha de la firma del Acta de replanteo según se indica en las estipulaciones 1.1 y 4.1 del referido contrato.

Igualmente, la estipulación 4.5 establecía lo siguiente: "La demora en la finalización de los trabajos sobre los plazos parciales convenidos llevará consigo una penalización del 0,10 por mil del presupuesto de adjudicación", en tanto que "el retraso en los hitos de terminación llevará aparejada la penalización del 0,25 por mil del presupuesto de adjudicación (del total o zonas establecidas) por día natural de demora".

Con fecha 15 de diciembre de 1989, el Ayuntamiento de Noblejas acordó incoar expediente para la aplicación de la cláusula penal recogida en el contrato, habida cuenta de la existencia de un retraso en la ejecución de las obras de 184 días naturales, "sin que exista causa justificada del mismo, que es el plazo entre la fecha de finalización prevista contractualmente del 4 de febrero de 1989 y la fecha de finalización determinada por el acta de recepción provisional de fecha 7 de agosto del mismo año, resultando por tanto una cantidad de 6.094.593 ptas., que es el resultado de aplicar el 0,25 por mil y día natural por 184 días naturales al total del importe del acta de recepción provisional de las obras".

Otorgado el preceptivo trámite de audiencia a la empresa contratista, ésta presentó escrito de alegaciones en el Ayuntamiento de Noblejas, aduciendo, en primer lugar, la infracción del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en tanto que el acuerdo de 15 de diciembre de 1989 tiene un carácter de verdadera resolución y no de mera incoación del expediente; en segundo lugar, la nulidad de la cláusula 4.5 del Pliego de condiciones del concurso, al establecer unas penalidades diferentes de las previstas en el artículo 138 del Reglamento General de Contratación; en tercer lugar, que no es imputable a la empresa contratista el retraso en la terminación de la obra sino a la propia Corporación municipal al haber incurrido en una "grave y reiterada morosidad" en la expedición de certificaciones y consiguiente pago de las mismas por plazo superior a seis meses, lo que permitió a la empresa contratista acogerse a lo dispuesto en el artículo 144, párrafo último, del Reglamento General de Contratación; y, por último, que no procede aplicar penalidades cuando el contrato está ya consumado, dado que la finalidad de la cláusula penal no es otra que "estimular el cumplimiento puntual del contrato, de manera que se asegure la terminación de la obra en el plazo convenido".

A la vista del informe elaborado por la Secretaría, el Ayuntamiento de Noblejas, con fecha 30 de marzo de 1990, acordó imponer a la empresa contratista "la sanción que en concepto de deducción aprobó la Comisión de Gobierno en la sesión de 21 de diciembre de 1989", acuerdo que fue notificado a "C.L.S., S.A.", con fecha 19 de abril de 1990.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el citado acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en sentencia de fecha 28 de octubre de 1991, estimó parcialmente las alegaciones formuladas pro la empresa contratista, declarando la nulidad de la cláusula 4.5 del Pliego de Cláusulas administrativas particulares al infringir lo dispuesto en el artículo 138 del Reglamento de Contratos del Estado, y desestimando el resto de las pretensiones alegadas, particularmente y en lo que se refiere al dictamen del Consejo de Estado, puesto que "la cuestión controvertida no se deriva de una determinada interpretación del contrato suscrito por las partes,

sino de las divergencias existentes entre éstas en cuanto a la procedencia de aplicación de una penalización prevista en las estipulaciones reguladoras de aquél".

Recurrida en apelación la citada Sentencia por ambas partes contratantes, el Tribunal Supremo dictó Sentencia con fecha 14 de julio de 1997, la cual tras desestimar la infracción del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, revoca la Sentencia apelada, anula los acuerdos del Ayuntamiento de Noblejas de 15 de diciembre de 1989 y 30 de marzo de 1990 por los que se imponía una sanción de 6.094.593 ptas. al apelante, y acuerda la retroacción del expediente administrativo al momento anterior a dictarse la resolución procedente, para que sea oído el Consejo de Estado, al considerar que "la naturaleza de contrato administrativo celebrado con ese objeto entre el apelante y la Administración municipal de Noblejas, es incuestionable, y la oposición del contratista a la interpretación de las cláusulas contractuales 4.4 y 4.5 del referido anexo y a sus consecuencias jurídicas es igualmente clara e indubitada, no tratándose de una mera interpretación de textos legales -que haría innecesario el previo dictamen del Consejo de Estado- sino de cláusulas integrantes e incluidas en el propio contrato administrativo como lo son los atinentes a los plazos de ejecución de obra, retrasos en ellos, causas del retraso, suspensión de la obra y sanción aplicable, en su caso".

EXTRACTO DE LA DOCTRINA

No se precisa, para que sea exigible la intervención del órgano consultivo, que la interpretación de un contrato se plantee como la materia propia y exclusiva de un expediente (aunque no quepa descartar tal posibilidad), sino que lo usual es que surja con ocasión de la tramitación de un expediente cuyo objeto sea cualquiera de los aspectos contenidos en las estipulaciones contractuales.

Por un lado, cualquier interpretación restrictiva de los asuntos que haya de considerar incluidos en el ámbito de lo que la ley considera "interpretación" (para someterlos al trámite de consulta) está en contradicción con la función garantista que éste trámite cumple también para el contratista que se opone a la interpretación que hace la Administración (en uso de la facultad que la ley le otorga). Y, por otro lado, ese examen de la eventual contradicción entre el artículo 138 del Reglamento General de Contratación y la cláusula 4.5 sólo es la parte primera de un proceso interpretativo que, para resolver la cuestión debatida, ha de continuarse con la indagación de cual fue la voluntad de las partes; de si existió una voluntad de incluir una penalización, sobre cual sea la eficacia de esa voluntad a tenor de la forma en que quedó plasmada en el contrato y, finalmente, cual sea la cuantía legal y contractualmente aplicable.

Si se mantiene la nulidad radical y absoluta de la estipulación 4.5 teóricamente cabría hasta negar que pueda imponerse penalización alguna. Ahora bien constando también claramente en el expediente la voluntad de ambas partes de incluir una cláusula penal por retraso del plazo total, si se considera que la cuantía fijada en la estipulación 4.5 vulnera lo establecido en el artículo 138 del Reglamento General de Contratación, de modo que no pueda cuantificarse la penalización de acuerdo a la que se fija en la misma, habrá que hacerlo mediante una labor de integración de la voluntad de las partes; y, en este caso, el concepto de interpretación puede utilizarse en un sentido más amplio comprensivo de esa operación colmando la laguna que pueda hallarse en la estipulación aplicable.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 144 del mencionado texto reglamentario, la demora en el abono del precio al contratista únicamente otorga al contratista la facultad de percibir los intereses correspondientes de la cantidad adeudada si tal demora se produce por plazo superior a tres meses, y "siempre que aquél intime por escrito el cumplimiento de la obligación"; por su parte el último párrafo de dicho precepto determina que si la demora en el pago de las certificaciones superase el plazo de seis meses, el contratista "podrá solicitar de la Administración la declaración de suspensión temporal de las obras, que será concedida salvo que razones de interés público aconsejen su continuación". En este último supuesto, el contratista se halla legitimado para solicitar de la Administración una suspensión temporal de las obras, pero la petición sólo puede ser concedida si no hay razones de interés público que aconsejen la continuación de la obra. La suspensión depende por tanto, del criterio que adopte la

Administración de concurrir esas razones de interés público, no siendo consecuencia automática de la falta de pago, ni pudiéndose hacer valer como pretende el contratista, con la simple declaración unilateral de paralización de las obras

En el supuesto de que la empresa contratista hubiera entendido que concurría una causa imputable al Ayuntamiento que le impedía continuar las obras, debería haberse acogido a la estipulación 4.6 y 4.7 del contrato, solicitando del ayuntamiento la prórroga prevista en el artículo 45 de la Ley de contratos del Estado y 140 del Reglamento General de Contratación, o bien la suspensión temporal de las obras prevista en el artículo 144 de dicho Reglamento, pero sin que ello pueda entenderse cumplido con la simple comunicación unilateral del contratista de paralización de obras, con el consiguiente perjuicio para el interés público que está presente en todo contrato administrativo.

La voluntad de ambas partes es la considerar existente la cláusula contractual relativa a la imposición de penalidades para el supuesto de demora en el incumplimiento del plazo total de ejecución como lo demuestra el hecho de que así se haya pactado expresamente en el contrato y haya sido aceptado por ambas partes; en este sentido, debe tenerse en cuenta que la exigencia de dicho pacto contractual ha sido manejado de forma rigurosa por la jurisprudencia, de tal forma que la omisión en cuanto a la cuantía de la pena rechaza la posibilidad de la aplicación de ésta (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1986).

Aun admitida que tal es la voluntad de las partes contratantes, no puede considerarse ajustada a Derecho la cuantía de la penalidad que prevé la estipulación 4.5 del contrato, por cuanto la misma contraría lo dispuesto en el artículo 138 del Reglamento General de Contratación, sin que puedan admitirse a estos efectos las argumentaciones efectuadas por la Corporación municipal, en primer lugar porque el citado artículo 138 establece unas penalidades distintas a las establecidas en la cláusula contractual, y en segundo lugar porque como ha señalado el Tribunal Supremo constituye ésta una materia que no es disponible para las partes.

Procede por tanto, admitir la validez de una cláusula penal en el contrato que ha de hacerse efectiva en virtud de la voluntad de ambas partes contratantes, si bien habrá que ajustar sus límites referidos a la cuantía a lo previsto en el artículo 138 del Reglamento General de Contratos, por aplicación del principio general contenido en el artículo 1.255 del Código Civil que impide a las partes contratantes imponer cláusulas que resulten contrarias a las leyes, y por cuanto dicha materia es indisponible para la Administración y para el contratista según ha quedado razonado en esta consideración.

CONSIDERACIONES

I

Procede examinar en esta consideración el carácter preceptivo o facultativo con el que el Consejo Consultivo emite el presente dictamen. Esta consideración podría obviarse, tal y como lo hace la autoridad consultante, que en su escrito de remisión se limita a exponer que lo hace para dar cumplimiento a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo que ordena la retroacción del expediente al momento en el que procedía requerir el dictamen preceptivo del órgano consultivo competente. Sin embargo, el Consejo estima procedente exponer su criterio sobre este extremo que, aunque ya debatido y resuelto en sede judicial, es ocasión para ir formulando su doctrina relativa a cuáles sean los asuntos que hayan de ser incluidos en el ámbito de lo que la ley denomina "asuntos" o "casos" de interpretación de contratos y que por tanto hayan de ser sometidos preceptivamente a su dictamen y que hasta el presente no se habían planteado a este Consejo, siendo, por lo demás, poco frecuentes en la experiencia de otros Consejos Consultivos.

En el expediente tramitado por el Ayuntamiento de Noblejas tendente a imponer al contratista una penalidad por el retraso en la ejecución de la obra no hay una única cuestión controvertida, sino múltiples; tanto relativas al procedimiento seguido en la tramitación del expediente como al fondo del asunto: la procedencia de la imposición de penalidad por el retraso de la obra, y, en su caso, cual haya de ser su cuantía. Es cierto, conforme señala el Tribunal Superior de Justicia de

Castilla-La Mancha que existen divergencias sobre la procedencia de la penalización prevista, pero también lo es que la dilucidación de ésta implica, una interpretación del contrato; y la resolución que se adopte deriva de ella.

La controvertida cuestión de quién sea el causante del retraso es la primera que se plantea a la hora de determinar la procedencia o no de la imposición de una penalidad, pero no es en modo alguna la única; y por tanto, incluso aunque llegara a estimarse que su dilucidación no deriva de interpretaciones diversas y controvertidas del contrato, no podría sin más concluirse que no es preceptiva la intervención del órgano consultivo; por el contrario hay que ampliar el examen a las otras cuestiones controvertidas que afectan a la procedencia o improcedencia de la penalización prevista para determinar si su resolución está vinculada o no a la interpretación del contrato, y, en particular a alguna de sus cláusulas.

Procede en primer lugar señalar lo establecido en la legislación aplicable. El artículo 18 del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, establecía el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado "en los casos de interpretación y resolución, cuando el precio del contrato sea superior a cien millones de pesetas"; en parecidos términos se pronuncia el artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado, al determinar que la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los asuntos de "nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado". En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo en estos supuestos está prevista en el artículo 54, apartado d) de la Ley 7/1997, de 5 de septiembre al establecer que dicho órgano deberá ser consultado en los expedientes de "interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista", precepto éste que hay que poner en relación con el 57 del mismo texto legal, al señalar que las Corporaciones Locales de Castilla-La Mancha "solicitarán el dictamen del Consejo Consultivo, a través de la Consejería de Administraciones Públicas, cuando preceptivamente venga establecido en las leyes". Actualmente la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los supuestos de interpretación de contratos, se encuentra prevista en el artículo 60.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Así pues para determinar la naturaleza preceptiva o no del dictamen procede examinar si se ha planteado en el expediente un asunto de interpretación del contrato y si existe oposición del contratista a la realizada por la Administración y que resulte significativa a los efectos de la resolución que vaya a adoptarse.

Aún cuando pudiera resultar obvio hay que señalar que el "asunto" de la interpretación no se plantea como cuestión abstracta, sino que, como es lógico, surge en un proceso de aplicación de las estipulaciones de un contrato. No se precisa pues, para que sea exigible la intervención del órgano consultivo, que la interpretación de un contrato se plantee como la materia propia y exclusiva de un expediente (aunque no quepa descartar tal posibilidad), sino que lo usual es que surja con ocasión de la tramitación de un expediente cuyo objeto sea cualquiera de los aspectos contenidos en las estipulaciones contractuales.

En el caso objeto de este dictamen se trata de un expediente sobre penalización al contratista por causa del retraso en la ejecución de la obra.

La primera cuestión objeto de debate entre Administración y contratista se centra en determinar a quien es imputable este retraso, aunque la divergencia sobre este punto no deriva directamente de una interpretación diversa del contrato como se muestra en las consideraciones que a esta sigue.

Ahora bien aún sobre la base de que el retraso es imputable al contratista, -criterio que se mantiene en la consideración III- se plantea la cuestión de si, a tenor de las estipulaciones del contrato, procede imponer penalización y cual sea la cuantía de esta. La dilucidación de esta cuestión obliga al examen del contrato. Aquí, no solo existen divergencias sino que están

vinculadas directamente a la interpretación del contrato y en especial de su estipulación 4.5.

En efecto el contratista, en el trámite de audiencia, alega la nulidad de pleno derecho de esta estipulación por considerarla contraria al imperativo y aplicable artículo 138 del Reglamento General de Contratación. La Administración consultante, en base al informe de Secretaría incorporado en el expediente, considera que la referida cláusula "se entiende puesta de acuerdo con el 138" y añade además que el pliego, y ésta estipulación 4.5, fueron aceptadas por el contratista.

En cierto modo podría mantenerse que estamos ante una interpretación de la validez de la cláusula que no exige más que determinar si está en concordancia o vulnera el artículo 138 Reglamento General de Contratación, y que tal supuesto no es estrictamente un caso o asunto de interpretación del contrato de los que exigen la intervención preceptiva del trámite de consulta. Más por un lado, cualquier interpretación restrictiva de los asuntos que haya de considerar incluidos en el ámbito de lo que la ley considera "interpretación" (para someterlos al trámite de consulta) está en contradicción con la función garantista que éste trámite cumple también para el contratista que se opone a la interpretación que hace la Administración (en uso de la facultad que la ley le otorga). Y por otro lado, ese examen de la eventual contradicción entre el artículo 138 del Reglamento General de Contratación y la cláusula 4.5 sólo es la parte primera de un proceso interpretativo que, para resolver la cuestión debatida, ha de continuarse con la indagación de cual fue la voluntad de las partes; de si existió una voluntad de incluir una penalización, sobre cual sea la eficacia de esa voluntad a tenor de la forma en que quedó plasmada en el contrato y, finalmente, cual sea la cuantía legal y contractualmente aplicable.

Si se mantiene la nulidad radical y absoluta de la estipulación 4.5 teóricamente cabría hasta negar que pudiera imponerse penalización alguna. Ahora bien constando también claramente en el expediente la voluntad de ambas partes de incluir una cláusula penal por retraso del plazo total, si se considera que la cuantía fijada en la estipulación 4.5 vulnera lo establecido en el artículo 138 del Reglamento General de Contratación, de modo que no puede cuantificarse la penalización de acuerdo a la que se fija en la misma, habrá que hacerlo mediante una labor de integración de la voluntad de las partes; y, en este caso, el concepto de interpretación puede utilizarse en un sentido más amplio comprensivo de esa operación colmando la laguna que pueda hallarse en la estipulación aplicable.

Si, por otra parte, ésta estuviera en concordancia con el mencionado precepto reglamentario, conforme interpreta el Ayuntamiento, sería íntegramente aplicable a la resolución que pretende tomar.

En conclusión, comparte este Consejo el criterio del Tribunal Supremo al señalar la preceptividad de la consulta en el expediente tramitado, por las razones expuestas en esta consideración, a tenor de las cuales existe una contradicción flagrante entre la interpretación del contrato que hacen Ayuntamiento y contratista, y de ella deriva el sentido de la resolución que se tome.

II

La imposición de las penalidades previstas en el artículo 138 del Reglamento General de Contratación del Estado, no se encuentra sujeta a un procedimiento especial fuera de la necesaria audiencia al contratista, audiencia que en el supuesto concreto fue otorgada por el Ayuntamiento de Noblejas a "C.L.S., S.A.", notificándole el acuerdo adoptado con fecha 15 de diciembre de 1989 mediante el cual se resolvió "incoar expediente de pieza separada para la aplicación de la cláusula penal recogida en el contrato", y que fue impugnado por la empresa mediante recurso de reposición interpuesto con fecha 29 de diciembre de 1989. En dicho recurso, se alega como defecto formal determinante de indefensión la infracción del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en tanto que el citado acuerdo tiene un carácter de verdadera resolución y no de mera incoación del expediente, y fue adoptado sin el previo informe jurídico de la Secretaría del Ayuntamiento.

Dichas alegaciones ya han sido objeto de un pronunciamiento judicial por parte del Tribunal

Supremo en su Sentencia de 14 de julio de 1997, estimando que "no cabe hablar de indefensión ni de ausencia de procedimiento, dado que los elementos fácticos cuya determinación se logra con la tramitación del oportuno expediente, son aquí inexistentes, ya que, repetimos, se trata de una exigencia contractual derivada directamente de la interpretación de sus cláusulas, predeterminadas de una manera fija e inmutable a los efectos aquí contemplados, no necesitando su constancia real ninguna actividad investigadora. La parte aquí apelante, en base estricta a tales cláusulas y su interpretación, ha formulado cuantas alegaciones ha tenido por conveniente en defensa de sus legítimos derechos con plena realización del principio de contradicción procedimental, por lo que en modo alguno puede hablarse de indefensión legitimadora de la pretendida anulación del acto administrativo". No procede por tanto, añadir ningún razonamiento más a lo argumentado por el Tribunal Supremo respecto al procedimiento de imposición de penalidad instruido por la Corporación municipal.

Por otra parte, y con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo que suscita el expediente sometido a dictamen debe determinarse cuál es la posición que mantiene el Ayuntamiento contratante respecto a las mismas. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que si bien la Corporación municipal ha retrotraído el expediente con el objeto de solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo y a fin de dar el debido cumplimiento al pronunciamiento del Tribunal Supremo, tal retroacción podría haber determinado la adopción de una nueva propuesta de resolución en razón al fallo de la Sentencia dictada en primera instancia; sin embargo, ello no ha sido así, habiéndose remitido el expediente en los mismos términos que determinaron la oposición del contratista a la imposición de la penalidad, y los posteriores recursos en sede jurisdiccional. Debe entenderse por tanto que la voluntad del Ayuntamiento contratante es la de imponer la penalidad en la cuantía expresada en el expediente instruido al efecto, como también lo demuestra el hecho de haber recurrido en apelación la Sentencia de la primera instancia.

III

Con el objeto de delimitar las cuestiones de fondo que son objeto del presente dictamen conviene precisar en primer lugar cuál es el marco normativo esencial que regula la contratación administrativa llevada a cabo por la Corporación.

Resulta de aplicación en primer lugar, a la contratación de las Corporaciones Locales, lo previsto en el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, el cual establece en su artículo 111 que las Entidades Locales pueden "concertar los contratos o pactos que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración", reconociendo a continuación el párrafo 2 del artículo 112, el carácter administrativo de los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras, que se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por dicho texto legal y sus disposiciones reglamentarias. Teniendo en cuenta esta última previsión y dada la fecha de adjudicación del contrato objeto del presente dictamen, resulta igualmente de aplicación lo establecido en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, y supletoriamente y en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda de dicho texto reglamentario, "las disposiciones aplicables a la Administración General del Estado y, en su defecto, los preceptos pertinentes de Derecho privado", esto es la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, y su Reglamento de desarrollo aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre.

De acuerdo con este marco legislativo esencial, procede detenerse en primer término en la causa que determinó la imposición de la penalidad por parte del Ayuntamiento de Noblejas, esto es el retraso en la ejecución de las obras, y las consecuencias que de él se derivan dependiendo de si es imputable a la Administración o a la empresa contratista.

El plazo, o elemento temporal de la ejecución de las prestaciones del contrato ha tenido tradicionalmente un tratamiento especial en los contratos administrativos. Así, si bien en la teoría general del contrato se le asigna al término un carácter no constitutivo o accidental, salvo que en la obligación se indique expresamente lo contrario, quedando por tanto sometido a lo que determine la libre voluntad de las partes (artículo 1.255 del Código Civil), en el Derecho

administrativo, dicho elemento aparece revestido de unas peculiaridades propias, derivadas de la prosecución del interés público, como presupuesto mismo de la actuación administrativa, y de la peculiar posición de la Administración respecto a la Ley. Establece así el artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado, que "el contratista está obligado a cumplir los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva del contrato y el general para su total realización", regulando a continuación unos efectos distintos según que el retraso sea o no imputable al contratista; así, si este incumplimiento es imputable al contratista la Administración cuenta con dos alternativas discrecionales previstas en el artículo 137 del Reglamento General de Contratación, resolver el contrato, o imponer penalidades, teniendo en cuenta además que la constitución en mora del contratista no necesita de previo requerimiento o interpelación por parte la Administración; por el contrario si el retraso fuera producido por motivos no imputables al contratista, corresponde a la Administración conceder la oportuna prórroga, si aquél ofreciera cumplir sus compromisos en un período de tiempo mayor.

En el supuesto planteado, admitiendo la empresa contratista que se produjo un retraso en la terminación de las obras de construcción, entiende ésta que el mismo es imputable a la Corporación al incurrir ésta en mora en la expedición de certificaciones y abono de las mismas por plazo superior a seis meses, lo que le "dio derecho" a paralizar totalmente las obras, aduciendo a estos efectos lo dispuesto en el último párrafo del artículo 144 del Reglamento de Contratos del Estado. Sin embargo, y de acuerdo con el Fundamento de Derecho cuarto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 28 de octubre de 1991, tal alegación no puede ser admitida por cuanto la demora en el abono del precio por parte de la Administración contratante, no otorga al contratista la facultad o derecho de paralizar las obras.

En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 144 del mencionado texto reglamentario, la demora en el abono del precio al contratista únicamente otorga al contratista la facultad de percibir los intereses correspondientes de la cantidad adeudada si tal demora se produce por plazo superior a tres meses, y "siempre que aquél intime por escrito el cumplimiento de la obligación"; por su parte, el último párrafo de dicho precepto determina que si la demora en el pago de las certificaciones superase el plazo de seis meses, el contratista "podrá solicitar de la Administración la declaración de suspensión temporal de las obras, que será concedida salvo que razones de interés público aconsejen su continuación". En este último supuesto, el contratista se halla legitimado para solicitar de la Administración una suspensión temporal de las obras, pero la petición sólo puede ser concedida si no hay razones de interés público que aconsejen la continuación de la obra. La suspensión depende por tanto, del criterio que adopte la Administración de concurrir esas razones de interés público, no siendo consecuencia automática de la falta de pago, ni pudiéndose hacer valer como pretende el contratista, con la simple declaración unilateral que efectuó en su escrito de fecha 15 de marzo de 1989 comunicando a la Administración que "no le queda otra solución que paralizar la obra".

La interpretación efectuada de dicho precepto se evidencia aún más, si lo comparamos con la regulación actual contenida en el artículo 100.5 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995, el cual determina que "si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión"; el cambio de redacción de este precepto, en contraste con la contenida en el referido artículo 144, revela que nos encontramos ante una facultad del contratista que no requiere acuerdo de la Administración, por lo que de acuerdo con la doctrina más reciente, el artículo 100 del mencionado texto legal, "pretende dar verdadera virtualidad a la voluntad del contratista, sin necesidad de que medie un acuerdo expreso de suspensión de la Administración, pues en otro caso perdería la eficacia que pretende alcanzar" (en este sentido se pronuncia Ernesto García-Trevijano Garnica en su trabajo "Ejecución de los contratos administrativos. Especial referencia a la ejecución y extinción del contrato de obras", publicado en la obra "Derecho de los Contratos Públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas", coordinado por Benigno Pendas García. Edit. Praxis, Barcelona, 1995, pág. 544; y Angel Ballesteros Fernández, en la obra "contratos de las Administraciones Públicas", de El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados", Madrid, 1997, Tomo I, pág. 559).

De acuerdo con la legislación aplicable al contrato que nos ocupa, procede concluir en primer término, que el retraso en la ejecución de las obras es imputable al contratista y no al Ayuntamiento de Noblejas, debiendo tenerse en cuenta a estos efectos que según prescribe el artículo 56 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, no le está permitido al contratista interrumpir el cumplimiento del contrato, "por ningún motivo, ni aún por demora en el pago".

La interpretación jurisprudencial llevada a cabo por Tribunal Supremo sobre este aspecto ha sido concluyente, señalando que se trata de una norma aplicable a todos los contratos administrativos, en aplicación singular de la prerrogativa de la decisión unilateral y ejecutoria con que cuenta la Administración pública para resolver las cuestiones litigiosas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos de los contratos administrativos, "prerrogativa que implica para el contratista la imposibilidad legal de interrumpir por un acto propio el cumplimiento del contrato, ni aun en el caso de que la Administración no cumpla las obligaciones asumidas, pesando sobre aquél la carga de acudir a ésta para exigir el cumplimiento del contrato, o la resolución del mismo cuando fuere legalmente posible, cuyo fundamento se encuentra en la indispensable tutela del interés público" (Sentencia de 4 de julio de 1990, R.J. Aranzadi 5966). En parecidos términos se pronuncia la Sentencia de 7 de febrero de 1994 (R.J. Aranzadi 1011), señalando que "el retraso en el pago por parte de la Administración es algo que deben prever todos los contratistas al contratar con la misma, proveyéndose de la tesorería suficiente para, no obstante la demora, poder llevar a cabo las obras en el plazo convenido, por cuanto el espíritu del viejo artículo 41 del Pliego de Condiciones de 1903, recogido en el artículo 56 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, evidentemente está presente el artículo 144 del vigente Reglamento General de Contratación del Estado, de cuya exégesis se desprende que la mora de la Administración en el pago sólo obliga al pago de intereses por su parte, sin que la misma excluya la del contratista en el plazo de ejecución".

En segundo término, y en el supuesto de que la empresa contratista hubiera entendido que concurría una causa imputable al Ayuntamiento que le impedía continuar las obras, debería haberse acogido a la estipulación 4.6 y 4.7 del contrato, solicitando del Ayuntamiento la prórroga prevista en el artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado y 140 Reglamento General de Contratos, o bien la suspensión temporal de las obras prevista en el artículo 144 de dicho Reglamento, pero sin que ello pueda entenderse cumplido con la simple comunicación unilateral del contratista de paralización de obras, con el consiguiente perjuicio para el interés público que está presente en todo contrato administrativo. En este mismo sentido se ha pronunciado numerosa doctrina del Consejo de Estado señalando que "el contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses cuando procediera. Pero en ningún caso le es dable abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público ínsito en todo contrato administrativo" (dictámenes número 55.606/1990 de 13 de diciembre, 573/1993, de 17 de junio, y 1.465/1994, de 28 de julio).

IV

Razonado en la anterior consideración que la causa del retraso en la ejecución de las obras es imputable al contratista, la siguiente cuestión que debe ser objeto de dictamen es la de si procede imponer o no una determinada penalidad.

Conforme se ha señalado en la primera consideración, el examen de dicha cuestión exige detenerse en el clausulado del contrato con el fin de dilucidar si su contenido se adecua a la voluntad de las partes contratantes, y en caso contrario determinar cuál haya de ser dicha voluntad de acuerdo con los principios generales que sobre la interpretación de los contratos establecen los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil.

A efectos de imposición de penalidades en el caso concreto, resulta aplicable lo previsto en la estipulación 4.5 del contrato formalizado entre el Ayuntamiento de Noblejas y la empresa contratista, a tenor de la cual "el retraso en los hitos de terminación llevará aparejada la penalización del 0,25 por mil del presupuesto de adjudicación (del total o zonas establecidas) por

día natural de demora". Ahora bien, dicha cláusula contractual ha sido objeto de impugnación por parte del contratista, argumentando que la misma es nula de pleno derecho por infracción del artículo 138 del Reglamento General de Contratación del Estado, en relación con el artículo 112 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local, que determinan la imposición de unas penalidades distintas a la contenida en la estipulación contractual.

Ante tal impugnación, el Ayuntamiento de Noblejas argumentó en primer lugar, que el pliego de condiciones del contrato fue aceptado expresamente por el contratista desde el momento en que presentó su oferta, y ha entendido que la penalidad contractual ha sido "puesta de acuerdo con la redacción del propio artículo 138 del Reglamento General de Contratación del Estado en su aplicación al ámbito de la Administración Local". Igualmente, en el escrito de alegaciones formulado como parte apelante ante el Tribunal Supremo, aduce en relación con el importe de la penalización, que debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 82.7 del Reglamento General de Contratos, el cual preceptúa que los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán contener entre otros extremos "especial mención de las penalidades administrativas que sean de aplicación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 138 de este Reglamento, así como de las que excepcionalmente puedan establecerse", añadiendo que dada su trascendencia a los efectos de la penalidad impuesta, "debe tenerse en cuenta que en el presente contrato, por el objeto del mismo, concurrían especiales circunstancias de interés social derivadas de la necesidad de viviendas económicas en la localidad".

Teniendo en cuenta la posición mantenida por ambas partes contratantes respecto a la imposición de la penalidad, procede efectuar los siguientes razonamientos.

En primer lugar la voluntad de ambas partes es la considerar existente la cláusula contractual relativa a la imposición de penalidades para el supuesto de demora en el incumplimiento del plazo total de ejecución como lo demuestra el hecho de que así se haya pactado expresamente en el contrato y haya sido aceptado por ambas partes; en este sentido, debe tenerse en cuenta que la exigencia de dicho pacto contractual ha sido manejado de forma rigurosa por la jurisprudencia, de tal forma que la omisión en cuanto a la cuantía de la pena rechaza la posibilidad de la aplicación de ésta; tal es la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de junio de 1986 (R.J. Aranzadi 3616), en un supuesto en que se había documentado el contrato en un modelo impreso y se había omitido rellenar en la cláusula penal tipo el espacio correspondiente a la cuantía de la pena, señalando al efecto que este hecho "revela la intención de las partes de no considerar causa de penalización la demora del contratista en la terminación de las obras, [...]" deducción, que se refuerza "por la consideración legal de que, si nos hallamos en presencia de una cláusula que pueda ofrecer dudas, indudablemente atribuibles a quien confeccionó el Pliego en su adaptación al presente caso concreto, las mismas no pueden interpretarse a favor de la parte causante de la oscuridad [...]"

En segundo lugar y aun admitida que tal es la voluntad de las partes contratantes, no puede considerarse ajustada a Derecho la cuantía de la penalidad que prevé la estipulación 4.5 del contrato, por cuanto la misma contraría lo dispuesto en el artículo 138 del Reglamento General de Contratación del Estado, sin que puedan admitirse a estos efectos las argumentaciones efectuadas por la Corporación municipal, en primer lugar porque el citado artículo 138 establece unas penalidades distintas a las establecidas en la cláusula contractual, y en segundo lugar porque como ha señalado el Tribunal Supremo constituye ésta una materia que no es disponible para las partes.

En efecto, con el fin de estimular al contratista para que termine la obra puntualmente, el Reglamento General de Contratación regula unas penalidades cuyo establecimiento no obedece al principio dispositivo de las partes. La Administración no tiene autonomía para configurar tal cláusula pues su contenido es reglado, tanto en orden en la imposición de la penalidad como a su cuantía y liquidación, estableciendo el artículo 138 de dicho texto reglamentario una graduación de las penalidades en atención al presupuesto total o parcial de la obra y según que el plazo incumplido sea el total o uno parcial de la misma, por lo tanto y ante el silencio de la normativa de régimen local al respecto, debe entenderse aplicable el cuadro de sanciones previstos en la

legislación estatal, no pudiendo el Ayuntamiento contratante, como ha señalado el Tribunal Supremo, inventarse un cuadro de sanciones "porque esta materia no entra dentro de aquellas que pueden ser configuradas libremente por las partes. De manera que la cláusula ha de ser tenida por no puesta, y por aplicable en sustitución de la misma lo prevenido en el precepto citado de la legislación del Estado" (Sentencia de 10 de abril de 1987, R.J. Aranzadi 4257).

De igual forma tampoco resulta admisible la interpretación que efectúa la Corporación en relación con el artículo 82.7 del Reglamento General de Contratos, en primer lugar porque contraría la interpretación que con carácter previo ha hecho la Administración contratante en el sentido de que la estipulación contractual está puesta de acuerdo con el artículo 138 del Reglamento General de Contratos; en efecto, la Corporación pretende imponer una penalidad pero no en la cuantía prevista en el citado precepto reglamentario, sino en la que determina el contrato, solución que no resulta compatible con la imposición de una penalidad no solamente distinta en su cuantía sino también en su contenido a las previstas en dicho precepto reglamentario como se desprende del tenor literal del artículo 82.7 que se refiere a otras penalidades que "excepcionalmente puedan establecerse". En segundo lugar, la lectura de este último precepto en relación con el 138 pone de manifiesto que es el Gobierno quien determina la cuantía de las penalidades aplicables y sólo por él podrían ser modificadas mediante la norma adecuada, en tanto que a la Corporación municipal sólo le corresponde, de acuerdo con el citado artículo 82.7, incluir en el pliego de cláusulas administrativas la mención relativa a las penalidades que sean de aplicación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 138, teniendo en cuenta que la introducción de otras posibles penalidades atendiendo a circunstancias excepcionales, hubiera demandado la necesaria acreditación de las mismas, lo cual no se ha llevado a cabo en el supuesto concreto, ni con carácter previo a la contratación, ni en la formalización misma del contrato administrativo.

Resulta pues de aplicación en cuanto a la cuantía de la penalidad aplicable la prevista en el mencionado artículo 138 del Reglamento General de Contratación del Estado; ello se pone además de manifiesto si atendemos a la voluntad del contratista que aún admitiendo a efectos dialécticos que la demora en el plazo de terminación de las obras fuera de seis meses, ha alegado que la cuantía aplicable en todo caso sería la prevista en dicho precepto reglamentario y no en la cláusula contractual.

En razón a lo expuesto procede admitir la validez de una cláusula penal en el contrato que ha de hacerse efectiva en virtud de la voluntad de ambas partes contratantes, si bien habrá que ajustar sus límites referidos a la cuantía a lo previsto en el artículo 138 del Reglamento General de Contratos, por aplicación del principio general contenido en el artículo 1.255 del Código Civil que impide a las partes contratantes imponer cláusulas que resulten contrarias a las leyes, y por cuanto dicha materia es indisponible para la Administración y para el contratista según ha quedado razonado en esta consideración.

V

Establecido el plazo de ejecución de las obras en 18 meses, a contar desde la firma del acta de replanteo, según consta en las estipulaciones 1.2 y 4.1 del contrato, las mismas deberían haber finalizado el día 4 de febrero de 1989; por lo tanto, y dado que la fecha de recepción provisional de las obras tuvo lugar con fecha 7 de agosto de 1989, los días de retraso ascienden a un total de 184. Constituye éste en consecuencia, el cómputo de días que hay que tener en cuenta a efectos de imposición de la penalidad aplicable, y sin que de él haya que descontar el tiempo de retraso que el contratista estima justificado al haber paralizado las obras por impago de certificaciones, puesto que como ya se ha razonado en la Consideración III, el impago de certificaciones de obra no justifica la paralización unilateral de las mismas por parte del contratista.

De igual forma, tampoco pueden ser admitidas las alegaciones que efectúa el contratista respecto a la aplicación de la penalidad sobre el presupuesto de la obra pendiente de ejecutar a partir del día 7 de febrero de 1989, y sobre la no procedencia de la misma cuando el contrato está ya consumado. A estos efectos hay que señalar que si bien como aduce el contratista, la finalidad de tales penalizaciones es la de estimular el cumplimiento puntual del contrato, de manera que se

asegure la terminación de la obra en el plazo convenido, de ello no se deriva que las mismas no puedan ser impuestas sobre el plazo final de ejecución como ocurre en el supuesto planteado; es más la lectura del artículo 138 del Reglamento General de Contratos evidencia que las mismas puedan ser impuestas en atención al incumplimiento del plazo total de las obras o de uno parcial, en cuyo caso dichas penalidades se graduarán con carácter general "en atención al presupuesto total o parcial" de la obra, y esta misma conclusión cabe extraer de las normas que establece el mismo precepto en cuanto al cálculo de las penalidades, al señalar que las derivadas del incumplimiento de los plazos parciales "no son acumulables entre sí, ni tampoco a las que pudieran corresponder por incumplimiento del plazo total, excepto las debidas a incumplimiento de plazos parciales que corresponden a las recepciones provisionales previstas en el artículo 170 de este Reglamento, que quedarán firmes y definitivas". No constando en el expediente remitido que se haya apreciado demora en los plazos parciales de ejecución previstos en la estipulación 4.4 del contrato, y habiéndose acreditado el incumplimiento del plazo total en 184 días a contar desde la fecha de recepción provisional, procede imponer la penalidad correspondiente al presupuesto total de la obra, por incumplimiento del plazo final de ejecución.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

"Que, habida cuenta del retraso producido en el plazo total de ejecución de las obras de construcción de 40 viviendas sociales en el término municipal de Noblejas (Toledo), imputable a la empresa contratista "C.L.S., S.A.", la penalidad que procede imponer a ésta es la resultante de aplicar la cantidad de 25.000 pesetas por cada uno de los 184 días de retraso, de acuerdo con la interpretación efectuada en la Consideración IV".

Este es nuestro dictamen, que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento.