

Informe 3/2012, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Consideraciones sobre la determinación de la duración del contrato y la exigibilidad en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

I. ANTECEDENTES

La Excm. Alcaldesa del Ayuntamiento de la Puebla de Alfindén, se dirige con fecha 30 de noviembre de 2011, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

1º.- Este Ayuntamiento en el año 2005, tras la tramitación del correspondiente expediente, creó una sociedad anónima de capital íntegramente municipal, bajo la denominación de Sulpasa, Sociedad Urbanística Municipal, S.A., con objeto de llevar a cabo el desarrollo urbanístico de la localidad.

2º.- En el mes de septiembre de 2006 se suscribió un contrato de arrendamiento de servicios entre Sulpasa, Sociedad Urbanística Municipal, S.A. con una sociedad mercantil limitada, para la gestión de los servicios de la Sociedad. En ese momento estaba vigente el R.D. Legi. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3º.- En el contrato suscrito no se fijaba una duración determinada sino que se vinculaba su duración al completo desarrollo del Plan General de la localidad, incluyendo el desarrollo de la totalidad de su suelo urbanizable no delimitado y del no urbanizable afectado por el desarrollo del Plan General.

4º.- Por la Agencia Tributaria se nos ha requerido al objeto de que se proceda a la retención de las cantidades que tengamos pendiente de pago a esa mercantil por impagos de sus obligaciones tributarias.

En virtud de cuanto antecede se solicita la emisión de informe en relación con la siguiente pregunta:

1º.- Teniendo en cuenta que no se fijó fecha de duración del contrato ¿es ajustada a derecho tal duración pactada?. En caso de no serlo, ¿cómo habrá de determinarse la duración del contrato y cuáles sus posibles prórrogas?.

2º.- Si era una obligación del ofertante estar al corriente en las obligaciones tributarias y con la seguridad social como requisito previo para contratar, ¿es este requisito únicamente exigible en el momento de la contratación, o bien puede exigírsele en cualquier momento de vigencia del contrato, de suerte que si de forma sobrevenida lo incumple, sería causa de resolución del contrato?.

El 9 de diciembre de 2011 la Junta Consultiva de Contratación Administrativa requirió más información relativa al expediente, fundamentalmente con el fin de poder conocer el precio del contrato y su régimen jurídico, sin que hasta la fecha se haya recibido la documentación solicitada. No obstante lo anterior, — y bajo la premisa de que a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos de las Administraciones Públicas— pueden extraerse de la consulta planteada cuestiones de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación pública, que encuentran perfecto acomodo en el artículo 3, apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento. Por lo expuesto esta Junta se considera competente para informar acerca de lo solicitado.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 1 de febrero de 2012, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Excm. Alcaldesa del Ayuntamiento de la Puebla de Alfindén (Zaragoza) es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

II. La necesaria determinación de la duración del contrato.

Con carácter previo a efectuar el análisis del supuesto planteado y su contexto normativo, conviene precisar la opinión de este órgano consultivo acerca de la determinación de la duración de los contratos, con carácter general.

La fijación de la duración de los contratos públicos debe formar parte, necesariamente, de su contenido mínimo. Así, el apartado 1º del artículo 26 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), dispone que *«salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público deben incluir, necesariamente, las siguientes menciones: g) La duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la prórroga o prórrogas si estuvieran previstas»*.

Por su parte, el artículo 23 TRLCSP, dedicado al «plazo» de duración de los contratos, previene que éste se establezca teniendo en cuenta *«la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas»*.

La indeterminación de la duración de los contratos, entendida ésta como la indefinición de un plazo concreto de ejecución o de las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y su finalización, contraviene los principios de publicidad, libre competencia y concurrencia periódica, principios rectores de la contratación pública.

La importancia de una correcta determinación de la duración de los contratos públicos ha sido puesta de manifiesto por la Comisión Nacional de la Competencia en la «Guía sobre Contratación Pública y Competencia», publicada el 7 de febrero de 2011, en el siguiente sentido:

«La determinación de la duración idónea de un contrato resulta crucial para garantizar un nivel de competencia adecuado en las licitaciones públicas. De acuerdo con la LCSP, la duración de los contratos deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores, que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato, pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación. Para reducir ambos tipos de riesgos:

- Conviene que los contratos no puedan perdurar por largos períodos de tiempo sin ser sometidos a concurrencia,

- Deben evitarse las prórrogas sobrevenidas del plazo contractual (por ejemplo, en contratos de gestión de servicios públicos) como contrapartida por la introducción de modificaciones sustanciales del contrato, a menos que exista una razón de imperiosa necesidad, como por ejemplo un riesgo inminente de cesación del servicio.

- Incluso cuando las prórrogas se encuentren justificadas y su posibilidad esté establecida en los pliegos del contrato, solo debe recurrirse a ellas como mecanismo verdaderamente excepcional, para evitar el riesgo de que

otorgamientos sucesivos de prórrogas al contratista lleven a un cierre del mercado por largos y potencialmente indefinidos períodos de tiempo.

- En particular, en los casos de contratos de concesión de obra pública y gestión de servicios públicos, se debe justificar el plazo elegido en función de parámetros objetivos, directamente relacionados con el período de la amortización de las inversiones necesarias para la ejecución del objeto del contrato o de los activos vinculados al contrato.

- Las previsiones normativas en materia de plazos contractuales se han de concebir como plazos máximos, que no deben ser agotados necesariamente».

Por su parte, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), determina con gran detalle el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (artículo 67) estableciendo entre sus elementos esenciales *«el plazo de ejecución o duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración que serán acordadas de forma expresa».*

La consulta planteada hace referencia a un contrato privado de arrendamiento de servicios suscrito en septiembre de 2006 por la empresa municipal Sociedad Urbanística Municipal, S.A. (SULPASA), para la gestión de servicios de la Sociedad.

SULPASA, sociedad anónima de capital íntegramente municipal, había sido creada en el año 2005 con objeto de llevar a cabo el desarrollo urbanístico de la localidad.

Tal y como en el escrito de consulta se apunta, el contrato objeto de análisis se celebró estando vigente el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), siendo de aplicación las previsiones de dicha norma legal que, no obstante, en virtud del

principio de primacía, deberán ser interpretadas conforme a la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de Contratos Públicos, dado que el plazo de transposición —1 de febrero de 2006— había finalizado a la fecha de celebración de este contrato (en el supuesto de encontrarse la cuantía del mismo dentro de los umbrales comunitarios) o, en otro caso, conforme a los principios comunitarios (publicidad y concurrencia) previstos en la Disposición Adicional Sexta TRLCAP y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable a los contratos no cubiertos de 1 de agosto de 2006.

En cualquier caso, el hecho de que la duración del contrato no esté precisada impide conocer cuál es el valor estimado del contrato y, en consecuencia, si queda cubierto o no por la Directiva, pudiendo quedar alterado el procedimiento de adjudicación y la publicidad a la que debió someterse.

De igual forma, al no conocer el precio del contrato, no es posible determinar el grado de aplicación del derecho comunitario y las disposiciones del TRLCAP a este contrato celebrado por una entidad de derecho privado, que dada su naturaleza es poder adjudicador, (en función de su cuantía sería aplicable el artículo 2, o la Disposición Adicional Sexta TRLCAP).

Tampoco puede excepcionarse la aplicación de la normativa contractual pública al negocio jurídico —privado— objeto de consulta, a pesar de denominarse «arrendamiento de servicios», por cuanto la naturaleza de esta prestación es la propia del contrato de consultoría y asistencia regulada en el artículo 196 TRLCAP, a través de la cual el contratista lleva a cabo, *«en colaboración con la Administración y bajo su supervisión el asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter»*.

Así pues, el plazo de vigencia máximo de este tipo de contratos de «asesoramiento» era de dos años, pudiendo ampliarse por dos años más en el supuesto de preverse prórroga (artículo 198 TRLCAP).

En el supuesto planteado, no se determinaba la duración del contrato, si bien se vinculaba su vigencia al completo desarrollo del Plan General de la localidad.

Resulta evidente que no es ajustada a derecho tal duración pactada, puesto que posee una apreciable indeterminación, contraria a las normas referenciadas a lo largo de este informe. Por sí misma la falta de mención en el pliego de condiciones del plazo de duración del contrato hubiera podido determinar su anulación, al tratarse de uno de los elementos esenciales que configura su contenido mínimo. Pero, llegado a este punto en el que el contrato continúa desplegando sus efectos, la cuestión es ¿cómo deberá establecerse la duración del contrato y sus posibles prórrogas?

La duración máxima legal es inalterable y, además, las prórrogas deben estar expresamente previstas en el contrato, sin que puedan hacerse efectivas en otro caso.

Para determinar la duración del contrato, si ésta no estuviera adecuadamente establecida, deberá estarse a lo recogido en otras cláusulas contractuales (artículo 1285 Código Civil) —presupuesto y precio, fundamentalmente— que permitirán interpretar el plazo de ejecución del contrato, plazo que en ningún caso podrá superar el máximo previsto legalmente.

En el supuesto concreto planteado, al no haber sido proporcionados los datos suficientes, esta Junta no puede ni debe pronunciarse expresamente sobre si el contrato ha finalizado, en cuyo caso debería ser denunciado y, si resulta necesario, licitado nuevamente.

III. El cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social como requisito previo para contratar, y posibilidad de su establecimiento como causa de resolución de los contratos del sector público.

El cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social se configura, tradicionalmente, como requisito previo para contratar, de modo que

tanto el TRLCAP (artículo 20) como el TRLCSP (artículo 60) configuran el incumplimiento de estas obligaciones como una prohibición de contratar.

Esta Junta ya tuvo ocasión de pronunciarse en un supuesto similar en su Informe 16/2010, de 1 de diciembre, en el siguiente sentido:

«La segunda cuestión que se plantea se refiere a los efectos del incumplimiento de la citada obligación de mantener contratados en su plantilla un porcentaje de trabajadores minusválidos durante la fase de ejecución del contrato —es decir, si se produce una prohibición de contratar sobrevenida—. Conviene recordar que el criterio general es que las prohibiciones se constatan al momento de adjudicación y que las causas de las mismas en fase posterior no se proyectan sobre el contrato que se ejecuta. Para conseguir que dicho incumplimiento operase como causa de resolución sería necesario que tal previsión se incorporase de forma expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, señalando tal incumplimiento como causa de resolución del contrato. Es cierto que el artículo 206 LCSP no la recoge expresamente como causa de resolución de los contratos, pero puede incluirse como tal en el Pliego en la medida que el citado artículo permite que se incorporen como causas de resolución de un contrato el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

En consecuencia, solo si se incorporase en los pliegos o en el contrato el no mantenimiento del cupo de trabajadores con discapacidad establecido legalmente como una obligación esencial en toda la ejecución del contrato, podría llegar a constituir causa de resolución del mismo».

Lo expuesto es aplicable a los incumplimientos en materia tributaria y con la Seguridad Social en la fase de ejecución del contrato.

No hay que perder de vista, además, que en este supuesto nos encontramos ante un contrato privado, al que no le son de aplicación automática las normas previstas en la legislación contractual en materia de resolución de contratos, aunque nada impide que —en aplicación del principio de libertad de pactos

artículo 1255 del Código Civil y 4 TRLCAP— pueda reputarse válida e incorporarse a los pliegos que rigen la licitación el incumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social como causa de resolución contractual, si bien siempre «*deberá tenerse presente, a estos efectos, el carácter excepcional que tienen las normas jurídico-privadas de orden público (ius cogens)*», tal y como apuntó la Abogacía del Estado en su Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las Fundaciones del Sector Público Estatal, Sociedades Mercantiles del Estado y Entidades Públicas Empresariales dependientes de la Administración General del Estado.

III. CONCLUSIONES

I. La fijación de la duración de los contratos públicos debe formar parte, necesariamente, de su contenido mínimo. La duración máxima legal es inalterable y, además, las prórrogas deben estar expresamente previstas en el contrato, sin que puedan hacerse efectivas en otro caso.

Para determinar la duración del contrato, si ésta no estuviera adecuadamente establecida, deberá estarse a lo recogido en otras cláusulas contractuales — presupuesto y precio, fundamentalmente— que permitirán interpretar el plazo de ejecución del contrato, plazo que en ningún caso podrá superar el máximo previsto legalmente.

II. El cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social es un requisito previo a la contratación, cuyo incumplimiento constituye una prohibición para contratar que se constata en el momento de la adjudicación, sin que las causas de las mismas en fase posterior se proyecten sobre el contrato que se ejecuta. Resulta posible la incorporación en los pliegos que rigen la contratación, como causa de resolución del contrato, del incumplimiento sobrevenido a la

formalización del contrato de las obligaciones impuestas por la legislación vigente en materia tributaria y con la Seguridad Social.

Informe 3/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 1 de febrero de 2012.