

CONTRATO DE OBRAS

6/09 DIFERENCIA ENTRE EL PLAZO DE DURACIÓN Y EL PLAZO DE EJECUCIÓN

En el informe se analizan las consecuencias que se derivan de la diferencia entre el plazo de duración y el plazo de ejecución de los contratos administrativos. En especial se examina el caso en que la empresa contratista continúa «de facto» ejecutando el contrato pese a haber expirado el plazo y sin que la Administración, pudiendo legalmente hacerlo, lo haya prorrogado ¹.

La Abogacía del Estado ha examinado su petición de informe sobre el Acuerdo por el que se autoriza hasta el 30 de mayo de 2009 la prórroga para la terminación de las obras «Autovía Ruta de la Plata (A-66) de Gijón a Sevilla. Tramo: Río Duero-Zamora (S). Provincia de Zamora».

De la documentación remitida resultan los siguientes

ANTECEDENTES

I. El referido contrato se adjudicó el 29 de agosto de 2005, en la modalidad de abono total del precio, con un plazo de ejecución de treinta y siete meses y diez días.

II. Tras dos modificaciones del contrato, el plazo para la terminación de las obras quedó fijado en el 30 de noviembre de 2008.

III. El 30 de noviembre de 2008 no había terminado la ejecución de la obra contratada. Pese a ello, antes de la expiración de este plazo no fue acordada su prórroga (ni la pidió el contratista ni la decretó la Administración).

IV. En la situación descrita parece que continúa ejecutándose en la actualidad el referido contrato, si bien en febrero de 2009 se propone la

¹ Informe emitido el 18 de marzo de 2009 por D. Rafael Domínguez Olivera, Abogado del Estado Jefe en el Ministerio de Fomento.

remisión del contrato al Consejo de Ministros para que acuerde una prórroga en el plazo de ejecución de las obras hasta el 30 de mayo de 2009.

V. Con ocasión de la tramitación previa al acuerdo del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Hacienda observó en su informe que «parece haber expirado el plazo vigente para la finalización de las obras, según el literal de la propuesta, el 30 de noviembre de 2008».

VI. El Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento solicita de esta Abogacía del Estado que emita informe sobre la posibilidad o no de prorrogar el contrato en la situación descrita.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Con carácter previo resulta procedente hacer una aclarar el diferente régimen aplicable al plazo de duración y al plazo de ejecución de los contratos administrativos.

Es doctrina general en materia de contratos que el plazo puede fijarse:

a) Como plazo de duración: En este caso, el tiempo opera como elemento definitorio de la prestación, de manera que, expirado el plazo, el contrato se extingue necesariamente [por ejemplo, en contratos de servicios celebrados por un período determinado tales como limpieza, mantenimiento, etc].

b) Como plazo de ejecución: En este supuesto, el tiempo opera como simple circunstancia de la prestación. Por ello, el contrato no se extingue porque llegue una determinada fecha, sino cuando se concluye la prestación pactada. El caso típico es el contrato de obra, que sólo se cumple cuando se entrega la obra (con independencia de si el plazo se prorroga o no).

El artículo 67.2.e) del RCAP exige que el pliego de cada contrato aclare qué tipo de estos dos plazos es el aplicable:

«Artículo 67. Contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares

2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos:

e) Plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración que serán acordadas de forma expresa.»

De esa distinción entre plazos se derivan también diferentes efectos:

a) La prórroga del plazo de duración se otorga con el fin de que el contratista ejecute otra vez, por un nuevo período, la prestación contratada. A ella se refieren el artículo 23 de la LCSP (de aplicación general) además de en otros preceptos de la LCSP específicos para algunos tipos de contratos (por ejemplo, el artículo 279 de la LCSP, para los contratos de servicios)

El artículo 23 de la LCSP establece:

«Artículo 23. Plazo de duración de los contratos.

1. Sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos del sector público 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.

2. El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.

3. Los contratos menores definidos en el artículo 122.3 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.»

b) El plazo de ejecución se prorroga con el fin de que el contratista consiga terminar la prestación todavía inacabada.

En este caso, no se concede propiamente al contratista un nuevo período para que repita en el tiempo la prestación pactada, sino que se le otorga una ampliación del plazo inicialmente concedido.

La prórroga del plazo de ejecución se regula, para los contratos de obras, en el artículo 197 de la LCSP, que a su vez es desarrollado por el artículo 100 RCAP:

«Artículo 100. Petición de prórroga del plazo de ejecución.

1. La petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días desde aquel en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo prorrogado al tiempo realmente perdido.

Si la petición del contratista se formulara en el último mes de ejecución del contrato, la Administración deberá resolver sobre dicha petición antes de los quince días siguientes a la terminación del mismo. Durante este plazo de quince días, no podrá continuar la ejecución del contrato, el cual se considerará extinguido el día en que expiraba el plazo previsto si la Administración denegara la prórroga solicitada, o no resolviera sobre ella.

2. En el caso de que el contratista no solicitase prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades que establece el artículo 95.3 de la Ley o, en su caso, las que se señalen en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para proceder a la resolución del contrato.»

En consecuencia, conforme al artículo 100 del RCAP:

– El plazo de ejecución puede prorrogarse a instancia del contratista o de oficio por la Administración.

– En todo caso, la prórroga del plazo de ejecución sólo puede acordarse mientras está vigente el propio plazo.

II. Ya se trate del plazo de duración o con plazo de ejecución, en la doctrina y la jurisprudencia se ha acuñado la expresión «*prórroga tácita*» para referirse a la siguiente situación: Pese a haber expirado el plazo (sin que la Administración, pudiendo legalmente hacerlo, lo haya prorrogado), la empresa contratista continúa «de facto» ejecutando el contrato.

Sirva como ejemplo para un contrato de servicios (con plazo de duración), el Informe 24/04, de 7 de junio de 2004, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, relativo a un contrato de servicios en cuyo pliego figuraba la siguiente cláusula: «*Se entenderá prorrogado automáticamente el plazo de vigencia si por ninguna de las partes se denuncia el contrato con una antelación mínima de tres meses a su vencimiento*». Ante ello, la Junta Consultiva declara: «*En cuanto a la posibilidad de prórrogas tácitas (...) hay que señalar que las mismas serían admisibles conforme a la legislación anterior, pero que una vez entrada en vigor la LCAP deben ser rechazadas*».

Y sirva como ejemplo, para un contrato de obras (con plazo de ejecución) la situación descrita por el Consejo de Estado en el Dictamen 444/1994: «*Se afirma en la propuesta que el plazo de ejecución previsto en el contrato, aun computando la prórroga solicitada por el primitivo contratista, había transcurrido en la fecha en la que el cesionario se hizo cargo de las obras. Por ello, y a pesar de la ausencia de acuerdo formal de la Administración fijando una nueva fecha de terminación, debe entenderse que ésta concedió tácitamente una prórroga para la terminación de las obras de duración proporcional al volumen de obra que restaba*».

6/09 por ejecutar (un 68,7%), de acuerdo con el criterio de proporcionalidad previsto en la legislación de contratos».

Desde la modificación introducida en la LCAP por la Ley 53/1999, de 28 diciembre, nuestra legislación de contratos públicos prohíbe la prórroga tácita de los contratos pero, es importante destacarlo, sólo respecto de los contratos con plazo de duración.

En concreto, el artículo 67 de la LCAP (aplicable al contrato que nos ocupa, dada la fecha de su adjudicación, aunque similar en esto al vigente artículo 23.2 de la LCSP), establece:

«Artículo 67. Expediente de contratación.

1. A los contratos cuya adjudicación se rige por la presente Ley precederá la tramitación del expediente de contratación que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, con precisión del plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes.»

Como se observará, el precepto transcrito prohíbe la prórroga tácita del «*plazo de duración*» de los contratos y nada dice expresamente para los contratos con «*plazo de ejecución*».

En opinión de esta Abogacía del Estado, esa distinción legal obedece al diferente tratamiento que merece la prórroga tácita según si afecta a un contrato con plazo de duración o de ejecución:

a) Contratos con plazo de duración.

En el informe 2064/07, de 18 de septiembre de 2007, esta Abogacía del Estado analizó las consecuencias de una situación de prórroga tácita que afecta a un contrato de servicios (con plazo de duración), cuyo plazo inicial había expirado sin que antes se hubiera acordado su prórroga. En el citado informe se sostuvo lo siguiente:

– El artículo 109 de la LCAP (ígual el artículo 204 de la LCSP) establece que «los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución». En contratos que, como es el caso, tienen señalado un plazo de duración, el cumplimiento se produce cuando termina el plazo.

– Al haberse extinguido el plazo inicial del contrato, y con él el propio contrato:

- No puede ya acordarse una prórroga. En el Dictamen 32/97, emitido por la Abogacía General del Estado para un contrato de concesión (con plazo de duración) se declara que «la prórroga debe solicitarse, e incluso acordarse o denegarse, mientras está vigente el plazo inicialmente previsto».

• Tampoco puede reanudarse el contrato extinguido mediante la convalidación. Se dijo entonces:

«El artículo 156 de la Ley General Presupuestaria ampararía, por tanto, la convalidación de las obligaciones que hayan sido ya contraídas por el Estado con la Fundación (...) como consecuencia de ésta venir realizando prestaciones a la Administración pese a haberse extinguido el contrato.

Sin embargo, lo que no se estima jurídicamente posible es que, por la vía de la convalidación, el Consejo de Ministros decida o autorice la prórroga de un contrato que, legalmente, ya está extinguido y no puede por ello ser prorrogado.»

b) Contratos con plazo de ejecución.

También para estos contratos rige el artículo 204 de la LCSP: «Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución».

Sin embargo, la diferencia está en que, en los contratos con plazo de ejecución, cuando expira el plazo inicial pactado sin que todavía se haya realizado totalmente la prestación pactada:

– No puede considerarse extinguido el contrato por cumplimiento, puesto que estos contratos sólo se cumplen cuando se realiza la prestación pactada (con independencia de si se esto ocurre antes o después de la fecha inicial señalada en el contrato).

– Sí podría quedar extinguido el contrato por resolución (fundada en el incumplimiento del plazo imputable al contratista) pero para ello sería necesario tramitar el correspondiente expediente de resolución.

III. Aplicadas las consideraciones anteriores al caso que nos ocupa (la propuesta de prórroga para la terminación de las obras «Autovía Ruta de la Plata (A-66) de Gijón a Sevilla. Tramo: Río Duero-Zamora», resulta lo siguiente:

1. Pese a que ha expirado el plazo previsto en el contrato sin que la Administración haya acordado su prórroga, el contrato no se ha extinguido, puesto que la obra definida en el proyecto no ha terminado de ejecutarse.

2. Si el incumplimiento del plazo pactado fuera imputable al contratista (para apreciar esta circunstancia habría que disponer del expediente de contratación), la Administración podría incoar un expediente para la resolución del contrato, quedando así extinguido el contrato. La facultad de instar la resolución del contrato, en este caso, es de ejercicio potestativo (conforme al artículo 112 de la LCAP y 207 de la LCSP).

3. Cualquiera que sea la causa del incumplimiento del plazo si, como parece deducirse de los hechos, el propósito de la Administración y el contratista es que continúe la ejecución del contrato, no parece jurídicamente posible prorrogarlo al amparo del citado artículo 100 del RCAP;

6/09 pues este precepto exige que en todo caso la prórroga se acuerde mientras está vigente el plazo de ejecución pactado.

En consecuencia, se ha producido en el contrato una situación atípica (no regulada en la Ley) para la que esta Abogacía del Estado sugiere proceder del siguiente modo:

- Considerar que se está ante una de las «*incidencias en la ejecución*» a las que «*con carácter general*» se refiere el artículo 97 del RCAP, y aplicar el procedimiento genérico que en él se regula: Ello permitiría al órgano de contratación, previa audiencia del contratista, informe de esta Abogacía del Estado e informe de la Intervención Delegada; dictar una resolución en la que se fije el 30 de mayo de 2009 como nuevo plazo para la terminación de las obras).

- Como se ha razonado, tal acuerdo tendría por objeto la fijación de un nuevo plazo para el contrato, y no, por tanto, una prórroga del plazo anterior (que es el acuerdo que, aplicando el artículo 100 del RCAP y antes de haber expirado el plazo, debería haberse dictado por la Administración si es que tenía el propósito de que la empresa contratista continuara la ejecución del contrato).

Por ello, y a salvo el criterio que sobre este aspecto pueda mantener la propia Intervención, esa fijación de un nuevo plazo (que se adopta al haberse omitido el acuerdo de prórroga regulado en el artículo 100 y la consiguiente fiscalización de éste) podría subsumirse en la «*omisión de fiscalización*» regulada en el artículo 156 de la Ley General Presupuestaria (que obliga al sometimiento del asunto al Consejo de Ministros para que adopte la resolución procedente).

4. Cualquiera que sea la decisión que se adopte, el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto obliga a (en su día, puesto que el contrato se adjudicó en la modalidad de abono total del precio) pagar al contratista el importe de la obra ejecutada; abstracción hecha de las irregularidades formales que se han producido en cuanto a la prórroga.