

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (COMISIÓN PERMANENTE)

INFORME 11/2015

Barcelona, 12 de noviembre de 2015.

Asunto: Viabilidad jurídica del establecimiento en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la obligación de las empresas contratistas de abonar los gastos derivados de la formalización en documento administrativo de los contratos públicos.

ANTECEDENTES

El alcalde del Ayuntamiento de Sitges ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la viabilidad jurídica de establecer, a través de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la obligación de las empresas contratistas de abonar los gastos derivadas de la actividad administrativa que requiere la formalización de los contratos administrativos.

El escrito de consulta indica que "esta obligación vendría al mismo tiempo regulada por una tasa mediante la correspondiente ordenanza fiscal", concretando que la cuestión sobre la que se pide la opinión de esta Junta Consultiva es "la legalidad del cobro de estos gastos de formalización por parte de la Administración y la consiguiente obligación del contratista de abonarlas, independientemente del instrumento fiscal que en su caso se utilice para su establecimiento".

El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan las entidades que integran la Administración local. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. La cuestión planteada por el Ayuntamiento de Sitges se formula en relación con el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas que rigen la licitación de los contratos del sector público, de manera que, atendiendo a sus términos literales, se encuentra referida a la interpretación de la normativa en materia de contratación pública e incardinada, pues, en el ámbito de competencia de esta Junta Consultiva **(1)**. Sin embargo, la cuestión que subyace en el fondo de la consulta es la viabilidad jurídica de la creación de una tasa –o de "el instrumento fiscal" que se considere– que grave la formalización de los contratos administrativos, de manera que "la legalidad del cobro de estos gastos de formalización por parte de la Administración y la consiguiente obligación del contratista de abonarlas" dependerá de que esté establecida por la normativa correspondiente –la fiscal– la obligación de abono de estos gastos por parte de las empresas contratistas.

Ciertamente, el escrito de consulta no plantea la posibilidad de prever en los mencionados pliegos la obligación de las empresas contratistas de abonar "los gastos derivadas de la actividad administrativa que requiere la formalización de los contratos administrativos" sin el establecimiento previo de esta obligación en el ámbito fiscal, de manera que la obligación de pago sobre la cual se solicita informe no se basaría ni

derivaría de la normativa de contratación pública ni de los pliegos de cláusulas administrativas, los cuales se limitarían únicamente a recoger una obligación impuesta por la normativa fiscal.

Partiendo de esta premisa, hay que señalar que el análisis en este informe de la cuestión planteada se efectúa desde la perspectiva de la normativa en materia de contratación pública, sin entrar a valorar, pues, la legalidad de la eventual creación de la mencionada tasa, por exceder las competencias en razón de la materia que esta Junta Consultiva tiene atribuidas.

Únicamente se considera conveniente recordar, con el fin de encuadrar la consulta formulada y considerando la mención que contiene el escrito dirigido por el Ayuntamiento de Sitges a las tasas, que el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales **(2)**, dispone lo siguiente:

“1. Las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:

A) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:
Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.
Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

2. (...)."

II. Para el análisis desde el punto de vista de la normativa en materia de contratación pública de la cuestión planteada, hay que partir de las previsiones contenidas en el artículo 156.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), mediante las cuales se establece el deber de formalización de los contratos que suscriban las administraciones públicas en un documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, y la posibilidad de la empresa contratista de solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo a su cargo los gastos correspondientes.

Considerando el contenido de este precepto, hay que concluir, de entrada, que el régimen jurídico de formalización de los contratos administrativos definido por la normativa de contratos del sector público distingue entre la formalización obligatoria de los contratos de las administraciones públicas mediante documento administrativo, sin ningún coste previsto para las empresas adjudicatarias, y la potestativa elevación en escritura pública de este contrato formalizado en documento administrativo, de carácter oneroso para las empresas contratistas –hay que entender que únicamente si son estas empresas las que la solicitan.

Aparte de esta obligación de asunción de gastos por parte de las empresas contratistas, establecida en el artículo 156 del TRLCSP, las únicas previsiones contenidas en la normativa de contratación pública relativas al deber de pago de gastos por parte de las empresas licitadoras o contratistas –ya no circunscritos específicamente al ámbito de la formalización de los contratos–, se encuentran contenidas en el Reglamento

General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP) y son las siguientes:

- La previsión contenida en el artículo 75 del RGLCAP y relativa a los gastos de publicidad en boletines o diarios oficiales y aclaración o rectificación de anuncios. Este precepto dispone que, excepto en los supuestos en los cuales la publicidad de los anuncios resulte gratuita, y a menos que se indique otra cosa en el pliego de cláusulas administrativas particulares, únicamente será de cuenta del adjudicatario del contrato la publicación, por una sola vez, de los anuncios de contratos en diarios o boletines oficiales y que cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación.

Además, en coherencia con esta previsión, el artículo 67.2.g del mismo RGLCAP prevé que los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben contener con carácter general para todos los contratos, entre otros, el importe máximo de los gastos de publicidad de licitación del contrato tanto en boletines oficiales, como, en su caso, en otros medios de difusión, que debe abonar la empresa adjudicataria.

- La previsión relativa al deber de las empresas contratistas de asunción de pago de gastos, contenida en el artículo 131 del RGLCAP y de acuerdo con la cual el presupuesto de licitación de estos contratos incluye, además del presupuesto de ejecución material, los gastos generales de estructura entre los cuales se encuentran las tasas legalmente establecidas de la Administración que inciden sobre el coste de las obras.

(3)

Así, considerando las previsiones de asunción de gastos por parte de las empresas contenidas en la normativa en materia de contratación pública, y partiendo de la base que en esta normativa las obligaciones de pago de las empresas están previstas expresamente, se puede afirmar, por una parte, que en el marco propiamente del procedimiento de contratación únicamente se prevé la posibilidad de establecer el deber de pago de los gastos de publicidad, ya que el resto de obligaciones de pago por parte de las empresas previstas en esta normativa se refieren a la fase de ejecución de los contratos – específicamente, los de obras– y, por lo tanto, referidas a gastos computables dentro del mismo presupuesto del contrato. Por otra parte, todas las previsiones en la normativa de contratos del sector público de asunción de gastos por parte de las empresas licitadoras y/o contratistas hacen referencia a gastos externos a el órgano de contratación – de publicidad, notarial, fiscal– y no propias de la actividad de compra de la Administración.

En más, conviene recordar que esta actividad de compra, que incluye la preparación, licitación, adjudicación y formalización de los contratos públicos, así como el seguimiento de la ejecución y su extinción, tiene como finalidad última –aparte de los objetivos o las finalidades estratégicas, de carácter social o medioambiental, por ejemplo, perseguidas adicionalmente con la contratación pública– la provisión por parte de la propia Administración o de los entes, organismos o entidades del sector público de los bienes, obras y servicios necesarios para el cumplimiento y la realización de sus fines institucionales.

En este sentido, la formalización de los contratos públicos, como elemento constitutivo del contrato que determina la perfección y, por lo tanto, su existencia, forma parte de la actividad propia que debe desarrollar la Administración para proveerse y satisfacer sus necesidades, de manera que son los beneficiarios, la ciudadanía en general, y no las empresas contratistas en particular, las cuales actúan como una especie de coadyuvantes de la Administración o del ente del sector público para la consecución de estas finalidades.

Además, los gastos que origina la formalización de los contratos en documento administrativo son, tal como se indica en el escrito del Ayuntamiento de Sitges, únicamente internos y propios de esta actividad administrativa de compra.

III. Una vez analizada la breve regulación jurídica de la formalización de los contratos públicos contenida en el TRLCSP, así como las previsiones incluidas en la normativa de contratación pública sobre el deber de pago de gastos por las empresas licitadoras y/o contratistas y el carácter de la actividad de compra que lleva a cabo la Administración, se considera conveniente hacer referencia al principio de libertad de pactos, recogido en el artículo 25 del TRLCSP, el cual dispone que "en los contratos del sector público se pueden incluir cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración".

En relación con este principio, que ha sido analizado en múltiples ocasiones, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, hay que recordar, por lo que hace específicamente a sus límites, que no ampara la posibilidad de establecer en los pliegos de cláusulas previsiones que "contradigan" lo que establece el TRLCSP **(4)**, así como tampoco la de establecer la asunción por parte del contratista de gastos que no le corresponden **(5)**. En cambio, los pliegos de cláusulas sí pueden incluir obligaciones impuestas y consecuencias derivadas o accesorias de otra normativa **(6)**.

En todo caso, no parece que la cuestión relativa al hecho de que se puedan imputar en la empresa contratista los gastos derivados de la actividad administrativa que requiere la formalización de los contratos tenga que responder en virtud de este principio de libertad de pactos, ya que, como se ha indicado en la consideración jurídica anterior, la obligación de pago de los gastos mencionados deriva de la previsión correspondiente en la normativa fiscal y no de una previsión en los pliegos sobre la base de este principio.

Además, hay que señalar que los pliegos pueden incluir –como, de hecho, hacen, por ejemplo, los pliegos de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobados por el Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre – **(7)** una cláusula que establezca la obligación del contratista de satisfacer los gastos de la formalización del contrato, la cual hay que entender referida a la obligación de abonar los gastos de la elevación a escritura pública del contrato formalizado en documento administrativo, en los términos que lo prevé el TRLCSP. Sin embargo, si mediante la norma correspondiente se estableciera otra obligación económica de las empresas contratistas en relación con la formalización de los contratos, esta previsión de los pliegos de cláusulas habría de entenderse referida también a dicha obligación.

IV. Por otra parte, desde el punto de vista de la normativa en materia de contratación pública, hay que tener en cuenta que el establecimiento de la obligación planteada por el Ayuntamiento de Sitges en su escrito de petición de informe –incardinada, además, en el procedimiento de contratación pública y no en la fase de ejecución del contrato, de manera que se pudiera computar este gasto en la propia oferta de las empresas–, se puede considerar una medida contraproducente para la facilitación del acceso de las empresas en general, y de las PYME en particular, a la contratación pública y, por lo tanto, no alineada con la estrategia marcada por el derecho comunitario, y asumida por nuestro derecho interno, en materia de contratación pública.

Así, hay que recordar **(8)** que en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE, se establece, ya en su considerando segundo, que la contratación pública ejerce un papel clave en la Estrategia Europa 2020, como uno de los instrumentos basados en el mercado que se deben utilizar para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos y que, con esta finalidad, se deben revisar y modernizar las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, con la finalidad, entre otras, de "facilitar en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública".

En esta misma línea, en el considerando 124, afirma la importancia de fomentar la participación de las PYME en la contratación pública, considerando su potencial de cara a la creación de ocupación, el crecimiento y la innovación, a través de las disposiciones pertinentes de la propia Directiva y de iniciativas a escala nacional; y que las disposiciones que establece deben contribuir a que se alcancen mejores resultados en relación con la participación de las PYME en el valor total de los contratos que se adjudiquen.

Resulta ilustrativo de la importancia que la Directiva 2014/24/UE otorga al fomento de la participación de las PYME en la contratación pública el hecho de que prevea expresamente, en el artículo 83, que el informe de supervisión que establece que los estados miembros deben enviar a la Comisión Europea deba comprender "el nivel de participación de las PYME en la contratación pública" –entre otros contenidos de relevancia tal como la información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de las normas de contratación pública **(9)**.

En el ámbito del derecho interno, se pueden señalar a estos efectos las modificaciones introducidas al TRLCSP por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización, relativas a la reducción del plazo para la devolución o cancelación de garantías para las PYME; a la sustitución de la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos por

una declaración responsable en la cual las empresas licitadoras indiquen que cumplen las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración; a la reducción del plazo de demora en el pago para que el contratista pueda optar a la resolución contractual si se trata de una PYME; y a la comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores, entre otros **(10)**.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta, por una parte, que las consecuencias que se han señalado respecto del establecimiento de la obligación de pago de los gastos de formalización de los contratos se producirían con más intensidad en el caso de división en lotes del objeto de los contratos –que, de acuerdo con la Directiva 2014/24/UE y en la línea ya apuntada de facilitar el acceso de las PYME a la contratación pública, será la regla general– y, por otra parte, que los gastos de la actividad administrativa que las empresas tuvieran que asumir en concepto de formalización de los contratos, se entiende que las incluirán en el importe de su oferta, repercutiéndolas, por lo tanto, en el gasto de la propia Administración.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

1. El régimen jurídico establecido por la normativa de contratos del sector público únicamente prevé que las empresas contratistas se hagan cargo de los gastos de formalización de los contratos en los casos de elevación a escritura pública del documento administrativo contractual, a solicitud de éstas.
2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos del sector público pueden incluir cláusulas en las cuales se recojan obligaciones impuestas por otras disposiciones normativas.
3. Desde el punto de vista de la normativa de contratación pública, el establecimiento del deber de pago por parte de las empresas de los gastos de formalización de los contratos puede comportar un obstáculo al acceso de las empresas en general, y de las PYME en particular, a la contratación pública y, por lo tanto, constituye una medida que no confluye con las directrices establecidas por la normativa comunitaria en esta materia y asumidas por nuestro derecho interno.

(1) De acuerdo con lo que prevé el Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, ya mencionado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya es el órgano consultivo específico en materia de contratación pública y ejerce, entre otras, la función de resolver consultas de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en esta materia.

(2) Este precepto recoge la definición de tasa recogida en el artículo 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, según la redacción dada por la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, circunscrita, lógicamente, al ámbito del dominio público local y de los servicios públicos y actividades administrativas de competencia local.

(3) Las juntas consultivas de contratación administrativa del Estado (informes 56/2004, de 12 de noviembre de 2004; 1/2003, de 28 de febrero de 2003; 26/1999 de 30 de junio y 51/1999, de 21 de septiembre) y de la Comunidad Autónoma de Aragón (Recomendación 1/2011, de 6 de abril) se han pronunciado sobre los posibles costes o gastos a asumir por las empresas contratistas. Estas juntas consultivas han rechazado la posibilidad de imputar al contratista determinadas gastos, como son los que se acreditan para la elaboración de proyectos, para los honorarios de dirección de la obra, para la elaboración del estudio de seguridad y salud en el trabajo y para los honorarios del coordinador de seguridad y salud en el trabajo porque, entre otros motivos, entienden que estos gastos no se pueden incluir en el concepto de gasto general del presupuesto de obra, en la medida en que no incidan sobre el coste de las obras, es decir, son gastos

propios de la ejecución del contrato, ni de otras derivadas de las obligaciones contractuales. Estas juntas consultivas también han rechazado la posibilidad de imputar los costes mencionados a las empresas contratistas porque han considerado que son gastos que corresponde asumirlos a la Administración, tanto si lleva a cabo las actividades correspondientes a través de sus propios técnicos como si no –por ejemplo, en relación con los gastos de dirección del técnico de director de la obra, señala que debe asumirlas la Administración ya que la actuación que desarrolla el director de obra "está dirigida a cumplir su función como representante de la Administración, no como empleado del contratista".

(4) En el Informe 17/08, de 28 de julio de 2008, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado afirma la inadmisibilidad de establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación por parte de los suministradores de sustituir gratuitamente los productos suministrados que hayan alcanzado la fecha de caducidad antes de su efectiva utilización, dado que la normativa de contratos del sector público dispone –actualmente en el artículo 292.4 del TRLCSP– que "una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, ésta es responsable de su gestión, uso o caducidad" y, no habiendo pronunciamiento en la Ley sobre la posibilidad de excluir esta previsión, el principio de libertad de pactos no ampara.

(5) En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 1269/2013, de 15 de julio de 2013, se enjuicia si el contenido de unas cláusulas mediante las cuales se traslada a la empresa contratista la asunción de los gastos de honorarios de la dirección facultativa e inspección de las obras y de coordinación y dirección de la seguridad y salud son contrarias al ordenamiento jurídico o si se pueden incardinar en el ámbito del principio de libertad de pactos. El Tribunal concluye que no se pueden incardinar en el ámbito de este principio porque los gastos trasladados a la empresa contratista no le corresponden, ya que los profesionales que deben llevar a cabo las funciones respectivas los debe asumir la propia Administración en su condición de promotora y propietaria de la obra, porque las tareas serán llevadas a cabo por sus propios técnicos o por otro personal dependiendo profesionalmente de la propia Administración.

(6) En el Informe 14/10, de 23 de julio de 2010, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado afirma que, al amparo del principio de libertad de pactos, no existe inconveniente para que se puedan establecer consecuencias jurídicas derivadas de incumplimientos legales en el ámbito de la relación contractual, aunque sean diferentes y no estén previstas en la legislación sectorial correspondiente ni en la legislación contractual, siempre que ambas legislaciones no prevean un tratamiento jurídico diferente o prohíban expresamente esta posibilidad. Asimismo, también se afirma que no hay inconveniente, al amparo de aquel principio, para admitir que los pliegos establezcan obligaciones accesorias relacionadas con el cumplimiento de otras normas jurídicas diferentes a las contractuales o vincular al incumplimiento de estas normas consecuencias jurídicas sobre la relación contractual.

(7) También, por ejemplo, el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras, adjudicados por procedimiento abierto y de acuerdo con diversos criterios de adjudicación, del Gobierno de Aragón establece en la cláusula 2.5.2.5, relativa a los gastos exigibles al contratista, que son de su cuenta, además de los gastos de los anuncios y de los tributos correspondientes a la licencia de obras y de actividad, los gastos de formalización del contrato.

(8) Las previsiones de la Directiva 2014/24/UE relativas a las PYME ya ha sido analizada por esta Junta consultiva en el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, sobre previsiones con incidencia en materia de PYMES de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE; y análisis de su aplicabilidad.

(9) Son múltiples las menciones a la Directiva 2014/24/UE sobre el acceso de las PYME a la contratación pública y en ellos se hace alusión a una amplio abanico de acciones, tanto a llevar a cabo como a evitar, como "preservar las posibilidades de acceso al mercado de las PYME" (considerando 59, en relación con la agregación y la centralización de las compras y la necesidad de supervisarla esmeradamente para evitar una excesiva concentración); "aumentar las posibilidades de participación de las PYME" (considerando 66, en relación con los sistemas dinámicos de adquisición a gran escala); "adaptar la contratación pública a las necesidades de las PYME y facilitar la participación de las PYME" (considerando 78, en relación con el aliento a los poderes adjudicadores a utilizar el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos y a dividir los contratos en lotes); no "crear obstáculos indebidos" o "obstáculos injustificados" en el acceso o la participación de las PYME en la contratación pública

(considerandos 80 y 83, en relación con los plazos de presentación de proposiciones y a los requisitos de capacidad económica financiera, respectivamente); limitar las cargas administrativas que constituyen un obstáculo importante para la participación de las PYME en la contratación pública (considerando 84, relativo al uso de un documento europeo único de contratación); y simplificar y facilitar los intercambios de documentos en beneficio de las PYME en particular (considerando 87, en relación con el sistema e-certis).

(10) Esta Ley contiene un capítulo dedicado a medidas para impulsar la contratación pública con emprendedores, en el cual se prevén, según se indica en su exposición de motivos, "medidas para eliminar obstáculos en el acceso de los emprendedores a la contratación pública, de manera que ésta pueda actuar como una auténtica palanca a la expansión y consolidación de empresas", así como para reducir las cargas administrativas que deben soportar las empresas en los procedimientos de contratación administrativa.