Fiscalización Local

ISSN 2659-3572

Un blog sobre administración local

Las penalidades en la #contratacionpública

Publicado el 5 de agosto de 2021

ENLACE PERMANENTE DE ESTA ENTRADA

https://www.fiscalizacionlocal.es/penalidades-lcsp/

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PENALIDADES EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD VALENCIANA

Por : Marta Belda Martínez, Vicesecretaria del Ayuntamiento de Alaquàs.

La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en adelante, LCSP, prevé que la Administración contratante, frente al incumplimiento del contratista en las condiciones del contrato puede:

- resolver el contrato
- imponer penalidades

A tal efecto, la imposición de penalidades con carácter general podrá tener lugar cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- Cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del contrato.
- Incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución.

Así, el art. 192 de la LCSP , en su apartado primero, prevé que los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 de la LCSP y al apartado 1 del artículo 202 de la LCSP.

En ese sentido, el art. 192.1 de la LCSP señala que estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

En relación a dicha previsión, el apartado segundo del citado artículo 192 de la LCSP prevé que cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración contratante podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

Es de resaltar, a su vez, que la LCSP de 2.017 introdujo una serie de supuestos en el ámbito de las penalidades, tales como:

1.- La no formalización del contrato por causas imputables al adjudicatario (150 y 153 LCSP), configurada como una penalidad directa y aplicable de forma automática, como señala el Dictamen del Consejo de Estado número 1.116/2015. [1]

2.- El incumplimiento de las obligaciones de subrogación en los contratos de trabajo (130 LCSP).

3.- El incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden (202 LCSP).

4.- Infracción de las condiciones de subcontratación (215 y 217 LCSP).

Partiendo de dicho régimen, puede decirse que las penalidades en el ámbito de la contratación pública son multas coercitivas, no son sanciones, y tienen naturaleza contractual (STSJ Castilla y León nº 290/2006, de 26 de mayo – ECLI:ES:TSJCL:2006:2790 [2]). Así pues, son el medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación a modo de cláusula penal del art. 1.152 CC.

Al hilo de dicha previsión, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 14 de octubre de 2.020, nº 839/2020, rec. 151/2017 (ECLI:ES:TSJCV:2020:6630)**, [3] en relación a la naturaleza jurídica de las penalidades en el ámbito de la contratación pública, señalaba en su Fundamento de Derecho Séptimo que *«En este momento vamos a analizar la naturaleza jurídica de las «penalidades» en el ámbito de la contratación, hemos señalado en el fundamento de derecho quinto que no se trata de «una sanción» ni es aplicable el procedimiento administrativo, todo ello sin perjuicio de la obligación de dar audiencia previa antes de acordar las penalidades. Como se puso de relieve en la sentencia de esta Sala y Sección Quinta nº 891/2016, de 4 de octubre de 2016-rec 500/2014 y reiteramos en la sentencia núm. 319/2017 de 21 de marzo de 2017-rec. 221/2015, las penalidades puede imponerlas la Administración en los supuestos de «demora» en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, se trata de una fórmula para forzar al contratista al cumplimiento puntual de las obligaciones asumidas en el contrato, exige que el cumplimiento sea posible y el art. 98 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre , por el que se aprueba el Reglamento general*

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, afirma que la imposición de penalidades exige un análisis del plazo que necesita el contratista para terminar la obra o ponerse al día en los plazos y conceder el mismo. El art. 95 del RDLeg 2/2000 llevaba como rúbrica «demora en la ejecución» ratificando la interpretación que acabamos de hacer, por tanto, no es un expediente adecuado cuando la Administración detecta una anomalía la pone en conocimiento del concesionario y este cumple con el requerimiento, sin perjuicio de impugnarlo, mucho menos cuando se debe a divergencias en la interpretación de una cláusula.»

De la misma forma, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 09 de febrero de 2.005, nº 361/2005, rec. 1045/2002 (ECLI:ES:TSJCV:2005:741)** [4], manifestaba en su Fundamento de Derecho Segundo que «La jurisprudencia tiene declarado que cuando la Administración impone al contratista las expresadas penalidades no ejercita su potestad sancionadora, sino que su imposición se efectúa en el contexto de la contratación administrativa, haciendo aplicación de cláusulas contractuales aceptadas por las partes, habida cuenta que las cláusulas penales establecidas en los contratos administrativos , como ocurre en el Derecho Civil, se rigen por lo acordado entre las partes, sin que la posición privilegiada que ocupa la Administración en la contratación administrativa altere o desnaturalice las relaciones jurídicas surgidas de los pactos suscritos por los contratantes.»

Por su parte, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 18 de mayo de 2.016, nº 476/2016, rec. 675/2013 (ECLI:ES:TSJCV:2016:3642)** [5], incide en su Fundamento de Derecho Cuarto en que » Por tanto, en cuanto a la naturaleza jurídica del acto que analizamos, la primera conclusión que se obtiene es que aún cuando el propio Pliego denomine infracción y procedimiento sancionador, no estamos ante un procedimiento de esta naturaleza sino ante cláusulas penales contractuales, que ya han sido objeto de análisis por esta misma Sala, Sección Tercera, así en la sentencia de 2.1.99, recaída en recurso contencioso-administrativo 3466/1995 , que reproduce los criterios establecidos a su vez en la sentencia de 24.1.94 en recurso contencioso-administrativo 1965/93 señalábamos:

«De otro lado, nuestro ordenamiento jurídico no define en general las sanciones administrativas, habiendo sido consideradas por la doctrina como «cualquier mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal, a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora». A la vista de esta definición, en relación con el presente supuesto, podemos observar, en primer lugar, que no se trata de un mal infringido por la Administración a un administrado en cuanto a tal, sino como parte en un contrato determinado suscrito con ella; en segundo lugar, no se trata de una conducta ilegal, al no ser contraria al ordenamiento jurídico, sino a los pactos contenidos en el contrato, en tercer lugar, el procedimiento tras el que se impone la sanción ha sido asimismo pactado por las partes, es decir, libremente aceptado por ambas inicialmente; en cuarta lugar, la finalidad no es puramente represora y en este apartado, vendría a coincidir con otra institución propia del Derecho Administrativa, la multa coercitiva, ya que se trata, mediante la imposición de la sanción, de doblegar la voluntad del obligado a fin de obtener el cumplimiento de las cláusulas contractuales incumplidas, participando también las sanciones de autos de la característica propia de la multa coercitiva

de la inaplicación del principio non bis in ídem que rige sin embargo en las sanciones administrativas. De todo ello, podemos concluir que no estamos en presencia de una sanción administrativa, sino de una sanción contractual del artículo 228 del Reglamento, ya citado. En este sentido, conviene también señalar que la Jurisprudencia ha estimado entre otras, sentencia del tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 1.991) que «la Administración no ejercita, en los casos de penalizaciones basadas en las cláusulas contractuales penales su potestad sancionadora, sino en el contexto de la contratación administrativa, haciendo aplicación de cláusulas contractuales asumidas por las partes, apareciendo el ejercicio de la penalidad o penalidades acordadas insertas en el marco propio de la contratación administrativa, donde, como ocurre en el derecho civil, las cláusulas penales establecidas en las contratos, a pesar de esa denominación, se rigen por las normas reguladoras de las obligaciones y en especial por las de los contratos sinalagmáticas, sin que la posición privilegiada que ocupa la Administración en la contratación administrativa altere a desnaturalice las relaciones jurídicas surgidas de la convención aceptada por las contratantes». Sigue diciendo la sentencia que «La exigencia o aplicación de una penalidad contractualmente asumida no significa que se haya de situar la Administración en el plano del derecho administrativo sancionador ni que se ejercite la potestad sancionadora, sino que pura y simplemente se da o se exige el derecho de una de los contratantes respecto del otro de unas previsiones contractuales contenidas en el contrato, poniendo en marcha los mecanismos contractualmente aceptados para el ejercicio de tal derecho, porque la cláusula penal, en un contrato civil a administrativo, generalmente no ha de suponer necesariamente salvo previsión de esta exigencia) la existencia de culpa, sino que puede representar la expresión de una responsabilidad económica de carácter objetivo, voluntariamente aceptada por la parte a quien perjudica, como mecanismo jurídico de corrección de los posibles incumplimientos contractuales».

Y tras este análisis, destacábamos que:

» Sentado este criterio y abordando la cuestión relativa a la posibilidad de su reclamación posteriormente a la recepción de las obras del contrato, compartimos la respuesta negativa que han venido dando otros TSJ, así, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 140/2012, de fecha 26 de marzo de 2014 [6] (ECLI:ES:TSJM:2014:2673), establece al respecto:

«…como ya ha declarado esta Sección, entre otras, en Sentencia de 2 de marzo de 2011 , las penalidades son de carácter económico y consisten en la fijación de una cantidad a pagar por el contratista, en función del tiempo de demora y del importe del contrato, conforme a una escala que se contiene en el artículo 95.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000 , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas referida normativa. De forma similar se pronunciaban los artículos 96 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y 45 de la Ley de Contratos del Estado de 18 de abril de 1965 y los artículos 137 y 138 del Reglamento de 25 de noviembre de 1975 y se pronuncia el artículo 196 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público .

La imposición de penalidades es utilizada en la contratación administrativa como medio coercitivo o de presión al contratista, que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de las obligaciones contractuales dentro del plazo prefijado, buscando así la terminación de la obra en el tiempo previsto, por lo que

reiteradamente se ha entendido, y así también lo ha dicho esta Sala en Sentencias de 16 de Septiembre del 2009 y 11 de Junio del 2010 , que tales penalidades pueden imponerse una vez que el contratista incurra en mora durante la ejecución del contrato pero no una vez finalizada la obra, ya que como hemos expuesto su finalidad es intimar el debido cumplimiento del contrato y corregir los eventuales incumplimientos contractuales y no castigar conductas, al no tener estas penalidades naturaleza estrictamente sancionadora, por lo que perderían dicha finalidad.»

La de 14 de mayo de 2008 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña establece:

«Como ya ha declarado esta Sala, las penalidades que prevé el artículo 96 LCAP **constituyen un mecanismo que tiene la finalidad de constreñir al contratista al debido cumplimiento de sus obligaciones dentro del plazo prefijado, asegurando así la terminación de la obra en el tiempo previsto.** Se trata de una posibilidad alternativa a la resolución del contrato, puesto que la Administración puede optar entre una y otra, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, pero lo que no cabe es la imposición de penalidades por demora cuando ya ha terminado la ejecución de las obras, puesto que en tal caso queda desvirtuada la finalidad de la institución, que no es otra que la de compeler al contratista para que cumpla debidamente sus obligaciones contractuales, como se desprende del citado artículo 96 LCAP . Así la sentencia de 18 de junio de 2001 (al cabo de diez meses de extenderse el acta de recepción) y en la de 6 de junio de 2005 (había transcurrido totalmente el plazo de garantía). Idéntica «ratio» concurre en el caso de autos.

Ello no significa, como es lógico, que la Administración no pudiera resarcirse de los daños y perjuicios que le hubiere causado la demora, como asílo permite el artículo 65.d) LPCat, pero no por esta vía anómala como parece haber pretendido».»

Puede apreciarse, por tanto, cómo el TSJ de la Comunidad Valenciana incide en que las penalidades en el ámbito de la contratación pública no tienen naturaleza de sanción administrativa como tal, sino que es una fórmula prevista legalmente para forzar al contratista al cumplimiento puntual de las obligaciones asumidas en el contrato administrativo.

En cuanto al procedimiento para su imposición, no se precisa en la Ley el procedimiento de imposición, por lo que debe ser el Pliego de cláusulas administrativas particulares por los que se rija la licitación el que fije un procedimiento sumario con un plazo de alegaciones breve (5 días naturales) . A tal efecto, se iniciará a propuesta del responsable del contrato, y el acuerdo de imposición se adoptará por el órgano de contratación (art.194.2 LCSP).

Así, el Pliego de cláusulas administrativas particulares diferenciará:

a) Las infracciones muy graves, graves y leves.

b) Establecerá un régimen de penalidades ajustado, proporcionalmente, a la gravedad del incumplimiento.

c) Como consecuencia de conductas reiteradas, preverá la resolución del contrato.

Asimismo, el Pliego de cláusulas administrativas particulares debe regular cómo van a cobrarse dichas penalidades: Mediante descuento del pago siguiente, de la garantía o retención de la garantía si no fuese suficiente (artículos 194.2 LCSP y 99 RGLCAP)

Por su parte, no les es aplicable el instituto de la caducidad, ya que según la **Sentencia del Tribunal Supremo de 21 mayo 2019, que resuelve recurso de casación nº 1372/2017 (**ECLI:ES:TS:2019:1689) y señala, en suma:

a) No responden al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino que es una facultad de coerción para la correcta prestación contractual.

b) No estamos ante un procedimiento administrativo autónomo, sino ante trámites, decisiones e incidencias dentro del procedimiento de ejecución del contrato público.

c) No les es de aplicación los artículos de la LPACAP: 21.3.a) y 25.1.b.

Por último, el informe de la JCCA del Estado número 08/2012 [7], entendió aplicable por analogía el periodo de 3 meses desde incumplimiento para iniciar procedimiento imposición penalidades y resolver el mismo en el plazo de 3 meses desde su iniciación (art. 61.2 RDLeg 3/2011, actual 72.7 LCSP)

Enlaces citados

Direcciones de los enlaces incluidos en el texto.

[1] https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-1116

[2] https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d40cbca24d1383a1/20060713

[3] https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b0fdb194e243c392/20201130

[4] https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0eecc1bf26e7c68b/20050512

[5] https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cb40aa56e9593a6b/20161018

[6] https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2327747e47e2acaf/20140410

[7] https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes%202012/Informe%208-2012%20jcca.pdf

ENTRADA ORIGINAL

https://www.fiscalizacionlocal.es/penalidades-lcsp/

Fiscalización Local · ISSN 2659-3572