

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 5 DE FEBRERO DE 2003. CONTRATOS. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PENALIDADES IMPONIBLES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

Se recibe en esta Intervención General, procedente de la Intervención Delegada en la Consejería de ".....", consulta relativa al expediente de gasto correspondiente a la "Certificación de Liquidación de las obras del proyecto Modificado nº 1 de tratamientos selvícolas y de restauración vegetal en el monte nº del C.U.P., Término Municipal de ABC".

ANTECEDENTES

Con fecha 26-6-2002, la Intervención Delegada en la Consejería de ".....", informó desfavorablemente, al amparo de lo dispuesto en el art. 83.3.c) de la Ley 9/1990, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, la propuesta de gasto correspondiente a la "Certificación de Liquidación de las obras del proyecto Modificado nº 1 de tratamientos selvícolas y restauración vegetal en el monte nº del C.U.P., Término Municipal de ABC" tramitada mediante documento contable OK núm. 10-02-965 por un importe de 44.865,53 euros.

De los antecedentes de hecho del expediente de gasto que da lugar a la presente consulta interesa destacar los siguientes:

-El contrato de referencia, titulado "Contrato de obras de tratamientos selvícolas y restauración vegetal en el monte num. del CUP, Término Municipal de ABC", fue adjudicado el 4-11-1999, desagregándose sus actuaciones en los capítulos de "Tratamientos selvícolas", "Preparación del terreno", "Plantación", "Cerramiento perimetral" y "Colocación del cartel", estableciéndose un plazo de ejecución total de ocho meses y fijándose el día 15-10-2000 como fecha de terminación de las obras.

-Ante la necesidad de tramitar un modificado, con fecha 10-1-2000 se dicta Orden de suspensión temporal y parcial del contrato que afecta a los capítulos de "Preparación del terreno" y "Plantación", prosiguiendo las actuaciones correspondientes a los restantes capítulos y tramitándose las oportunas certificaciones.

-Aprobados el modificado (Orden 1634/00, de 14 de abril) y el nuevo Programa de trabajo (Orden 2503/00, de 19 de junio) se levanta la suspensión, reanudándose las obras el 10-6-2000. Interesa subrayar en este punto que el nuevo Programa de trabajo no altera el plazo de ejecución de ocho meses fijado en el contrato primitivo, por lo que las obras deberían concluir el mes de octubre con la ejecución del capítulo de "Plantación".

-Con fecha 19-6-2001 se levanta Acta de no recepción de las obras por no haberse ejecutado a satisfacción de la Administración las actuaciones correspondientes a los capítulos de "Plantación" y "Cerramiento".

-Del Informe suscrito por el Director de las obras anexo al Acta de disconformidad se deduce que el contratista, incumpliendo el Programa de trabajo aprobado con el contrato primitivo, realizó las plantaciones durante el periodo (febrero-marzo de 2000) de suspensión parcial que precisamente afectaba al referido capítulo. Con posterioridad, el 17-8-2000 sobrevino un incendio que arruinó el cerramiento y la mayoría de la plantación, no habiéndose practicado después del siniestro y antes de la celebración del acto de recepción actuación alguna tendente a la restauración de la

situación.

-Mediante Orden del Consejero de "....." de 1-2-2001 se ordena a la empresa adjudicataria la realización de las plantaciones en los 15 días siguientes, levantándose con fecha 11-3-2002 Acta de recepción con el resultado de conformidad.

-Con fecha 20-5-2002 se formula propuesta de gasto correspondiente a la "Certificación Liquidación de las obras del proyecto Modificado nº 1 de tratamientos silvícolas y restauración vegetal en el monte nº del C.U.P., Término Municipal de ABC" en la que se abonan las unidades del capítulo "Plantación" por un importe de 44.865,53 _.

-Al amparo de lo dispuesto en el art. 83.3.c) de la Ley 9/1990, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, la Intervención Delegada en la Consejería de "....." emite informe de 26-6-2002, desfavorable a la referida propuesta de gasto.

En dicho Informe, la Interventora estima que se ha producido un incumplimiento del Programa de trabajo y, por consiguiente, de los plazos parciales y total de ejecución del contrato por causas imputables al contratista. Habida cuenta de que la demora en la ejecución es sancionada en el art. 96 de la LCAP y en el 95 del TRLCAP con la imposición de penalidades, se solicita Informe técnico de valoración económica del incumplimiento del plazo de ejecución a efectos de determinar la cuantía de las correspondientes penalidades que deberían hacerse efectivas mediante su deducción de la certificación de liquidación o, en caso de no alcanzar dicha deducción el importe de la penalidad, mediante la ejecución de la garantía definitiva, debiendo hacerse mención expresa de esta circunstancia en la propuesta de orden de liquidación. Todo ello sin perjuicio de la posible exigencia, si a criterio del Servicio de Contratación y Jurídicos procediere, de la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

-Con fecha 20-11-2002, el Servicio de "....." de la Consejería de "....." formula escrito de contestación al Informe fiscal de 26-6-2002, en el que razonadamente se cuestiona si resulta o no conforme a derecho la imposición de penalidades en un contrato ya finalizado y recibido de conformidad. El Servicio de "....." fundamenta la improcedencia de exigir penalidades argumentando que aquéllas tienen naturaleza sancionadora, que su finalidad es *"estimular el cumplimiento tempestivo y evitar cualquier retraso en la terminación de la obra"*, de ahí que *"la pena sólo tiene razón de ser cuando es posible su cumplimiento"* y que *"una vez recepcionado el contrato se entienden terminadas las obras, correctamente ejecutadas o no y ya no es posible forzar al contratista a su cumplimiento, sino exigirle que corrija los defectos observados e indemnice en su caso los daños y perjuicios que se puedan haber producido."*

-A la vista del referido escrito, con fecha 30-12-2002, la Intervención Delegada en la Consejería de "....." eleva a este Centro directivo consulta relativa a la procedencia o no de imposición de penalidades en el expediente de gasto de referencia.

CONSIDERACIONES

El objeto de la presente consulta se centra en clarificar, a la luz de la normativa reguladora del régimen de las penalidades administrativas y de la doctrina y jurisprudencia recaídas en la materia, el concepto de penalidad, precisando bajo qué circunstancias la norma autoriza a la Administración para acordar su imposición.

I

Régimen jurídico de las penalidades.

Comenzando por el derecho positivo, el régimen de las penalidades a aplicar a este expediente se encuentra recogido en el art. 96 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por ser la norma aplicable al expediente de acuerdo con la fecha de adjudicación, Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado y normas concordantes.

De acuerdo con el artículo 96 citado, (actual art. 95 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas):

"1. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

2. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

3. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades que se establecen en la siguiente escala:

(...)

4. Cuando las penalidades por demora alcancen el 20 por 100 del importe del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

5. Esta misma facultad tendrá la Administración respecto al cumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total".

Al régimen de penalidades se refiere también, al regular la extensión de las garantías, el art. 44.a) de la LCAP [43.2.a) del TRLCAP], a cuyo tenor:

"Las garantías definitivas responderán de los siguientes conceptos:

a) De las penalidades impuestas al contratista en razón de la ejecución del contrato, en especial las comprendidas en el artículo 95, cuando no puedan deducirse de las certificaciones".

Finalmente, el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado, viene a completar el régimen de las penalidades, interesando destacar de esta regulación los siguientes preceptos:

Ultimo párrafo del art. 137, a cuyo tenor:

"(...) Cuando en el supuesto anterior de incumplimiento del plazo total por causas imputables al contratista la Administración opte por la imposición de penalidades,

concederá la ampliación del plazo que estime resulta necesaria para la terminación de las obras".

Art. 139:

"Los importes de las penalidades por demora se harán efectivos mediante deducción de los mismos en las certificaciones de obras que se produzcan. En todo caso, la fianza responderá de la efectividad de aquéllas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 358 de este Reglamento.

La aplicación y el pago de estas penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista".

Finalmente, en lo que se refiere a este particular expediente de contratación, la Cláusula 17ª, apartado 2º del Pliego de cláusulas administrativas particulares reproduce el régimen de penalidades establecido en el art. 96 de la LCAP.

Vista la regulación positiva del régimen de penalidades de la contratación administrativa, las dudas se suscitan precisamente allí donde la norma guarda silencio: el momento de la vida del contrato en que dichas penalidades deben o pueden ser exigidas, siendo forzoso, para dilucidar esta cuestión profundizar en el concepto, naturaleza y finalidad de la penalidad.

II

Concepto, naturaleza y fines de la penalidad.

La penalidad en la contratación administrativa se conceptúa como una pena convencional de carácter sancionador reconocida en el seno de una relación contractual de supremacía especial y no general, que como tal habrá de regirse por las normas reguladoras de las obligaciones y, en especial, de los contratos sinalagmáticos.

De forma unánime, doctrina y jurisprudencia consideran que la penalidad administrativa participa de la naturaleza de la pena convencional regulada en el art. 1.152 del Código Civil, definida como *"una convención principal, que se integra por la promesa de realizar una prestación ordinariamente pecuniaria y que se establece para el caso de que una de las partes no cumpla lo prometido"* (T.S.-S. de 17-10-1957) o como *"la prestación, generalmente consistente en el pago de una suma de dinero que el obligado se compromete a satisfacer (...) en el supuesto de que incumpla o cumpla defectuosamente su obligación. Por ejemplo, el contratista se obliga a pagar una suma de dinero por cada día que retrase la entrega de la obra que se obligó a construir."* (L.Díez-Picazo y A. Gullón, Sistema de Derecho Civil, Vol.II).

Sobre el concepto de penalidad administrativa ha profundizado el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26-12-1991, estableciendo que *"la cláusula penal, en un contrato civil o 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, que las partes contemplaron al contratar y recíprocamente se aceptan (...)".*

En cuanto a la finalidad de la cláusula penal en la esfera civil, la jurisprudencia ha precisado que *"no se limita exclusivamente a fortalecer, garantizar o asegurar el cumplimiento de una obligación principal, ni a sustituir ésta por una simple indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses predeterminados cuantitativamente en el contrato, sino que su verdadero objeto está constituido por un conjunto de funciones armónicamente coordinadas, entre las que,*

además de las anteriormente expresadas, ocupa un lugar preeminente, como su propio nombre indica, y salvo pacto en contrario, la estrictamente punitiva" (T.S.-S. de 29-4-1965), o que "Nuestro ordenamiento jurídico admite esa triple finalidad de la cláusula penal, asignándole una función liquidatoria, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, (...) una misión liberatoria (...) y una función verdaderamente penal"(T.S.-S. de 21-2-1969) consistente en "sancionar o castigar dicho incumplimiento o cumplimiento inadecuado, atribuyéndosele consecuencias más onerosas para el deudor que las que normalmente lleva aparejada la infracción contractual" (T.S.-Ss. de 22-10-1990 y de 7-3-1992), de hecho, "En sentido estricto la cláusula penal faculta al acreedor para pedir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena -pena cumulativa-" (J.L. Albácar López, "Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia", Tomo VI, Arts. 1.088 a 1.444).

Llegado este punto debe precisarse que no todas las finalidades propias de la pena convencional de la esfera civil coinciden con las de las penalidades administrativas. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6-3-1997, afirmando, en relación con la referida función liquidatoria, que la penalidad no ostenta en la contratación administrativa *"las finalidades que cumple en la esfera civil de pena convencional que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios (artículos 1.152.1º y 1.153.2º del C.C." (C.E.-Dictamen núm. 42.537, de 28 de febrero de 1980), ya que, a tenor de lo dispuesto en el art. 139 del RCE, "la aplicación y pago de estas penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista". Sin embargo, este precepto debe ser interpretado en consonancia con lo dispuesto en el art. 114.4 de la L.C.A.P. (113.4 del T.R.L.C.A.P.), el cual, refiriéndose a los efectos de la resolución, establece que "Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada".*

Del tenor literal de la Ley se deduce que en la contratación administrativa la pena convencional, exigida en forma de penalidad o de incautación de garantía definitiva, persigue, en primer término, una función penal y secundariamente también resarcitoria -aquí existiría cierto grado de semejanza con la esfera civil-, en el supuesto de que como consecuencia del incumplimiento se hubiesen ocasionado daños y perjuicios, ya que en estos casos la incautación de la garantía satisfaría una doble finalidad: punitiva y resarcitoria, sin perjuicio de que en el caso de no alcanzar la garantía incautada la cuantía a liquidar en concepto de indemnización de daños y perjuicios, procediese exigir una indemnización adicional.

Recapitulando, la penalidad administrativa sirve a una finalidad fundamentalmente punitiva y hasta cierto punto resarcitoria; lógicamente, la penalidad surtirá plenos efectos en la medida en que la Administración acuerde su imposición en el momento más congruente para la consecución de todas esas finalidades; así, de ser exigida durante la ejecución del contrato, la imposición de la penalidad desplegaría efectos coercitivos, conminando al contratista al cumplimiento tempestivo del contrato, de ser exigida una vez consumado el incumplimiento del plazo total del contrato, la penalidad quedaría desprovista de ese potencial coercitivo, mas no por ello su imposición dejaría de servir a su preeminente finalidad punitiva y, en su caso, resarcitoria.

Dicho esto, el que no se cumpla alguna de las finalidades para las que la penalidad ha sido concebida no autoriza a la Administración a la no exigencia de aquella puesto que, como a continuación se analizará en el tercer considerando, la norma no reconoce a la Administración margen alguno de discrecionalidad.

Indisponibilidad de la imposición de penalidades.

Todo incumplimiento en el plazo de ejecución del contrato lleva aparejada la imposición ope legis de una pena convencional, dependiendo la modalidad de pena a imponer -penalidad o incautación de garantía definitiva- de la respuesta -cumplimiento forzoso o resolución- adoptada por la Administración contratante ante el incumplimiento.

En efecto, constatado el incumplimiento, la Ley apodera a la Administración -la "autoriza"- para, alternativa o indistintamente, exigir, el cumplimiento del contrato o acordar su resolución, de suerte que, en el supuesto de optar por su continuidad, procede imponer las penalidades expresadas en el art. 96 de la L.C.A.P. (95 T.R.L.C.A.P.) y, para el caso de preferir la resolución, incautar la garantía definitiva ex art. 114 de la L.C.A.P. (113.4 T.R.L.C.A.P.). El margen de discrecionalidad que la norma reconoce a la Administración se circunscribe a la elección de la fórmula jurídica -continuidad o resolución- más idónea para preservar el interés general, previa ponderación de las circunstancias concurrentes y de la magnitud del incumplimiento, mas esta discrecionalidad se agota en el ejercicio de dicha opción, siendo regladas e imperativas las actuaciones administrativas que suceden a dicho incumplimiento culposo.

Sobre la indisponibilidad de la imposición de penalidades, ha escrito Juristo Sánchez, que *"En el contrato de obra pública, la pena convencional no obedece al principio dispositivo de las partes. La Administración no tiene autonomía para configurar la cláusula convencional, pues su contenido es reglado, tanto en orden a la imposición de la penalidad como a su cuantía y liquidación."*

Esta tesis se encuentra asimismo respaldada por la doctrina del Consejo de Estado, Dictamen núm. 37.094, de 25 de junio de 1970, en el que a propósito de la incautación de una fianza por incumplimiento culposo del contratista se razona que *"la pérdida de la fianza en los contratos administrativos no representa una situación alternativa de la obligación del contratista -"arras penitenciales"-, sino que constituye una obligación penal de naturaleza sancionadora por el incumplimiento (...)."*

Partiendo del carácter reglado de esta actuación administrativa, la imposición de la pena procederá previa constatación de la concurrencia de los requisitos exigidos en la norma, a saber: haber el contratista incurrido en mora respecto del plazo total o parcial si el incumplimiento de estos últimos induce a presumir el incumplimiento del plazo total (art. 96 L.C.A.P.), sin necesidad de interpelación o intimación previa para que se constituya la situación jurídica de mora.

IV

La recepción de la obra no obsta la imposición de penalidades.

Esta aseveración se encuentra respaldada por el Informe 6/2001, de 3 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, referido a un supuesto de hecho semejante al que suscita la formulación de esta consulta y en el que se cuestionaba la viabilidad jurídica de imponer penalidades por incumplimiento del plazo total de ejecución de un contrato de obras no obstante haberse pagado todas las certificaciones, haber finalizado las obras y haberse formalizado la recepción.

Rebatiendo todas las alegaciones esgrimidas por la empresa contratista, la Junta Consultiva considera ajustada a derecho la imposición de dichas penalidades en atención a una serie de razonamientos que por lo demás vienen a reforzar las conclusiones alcanzadas en los anteriores considerandos:

-Las penalidades pueden exigirse, al amparo de lo establecido en los artículos 96 de la L.C.A.P. y 95 del T.R.L.C.A.P., durante la ejecución del contrato o finalizado éste. A tales fines precisa la interpretación que debe darse al último párrafo del artículo 137 del R.G.C.E., en el que se establece que cuando la Administración opte por la imposición de penalidades *"concederá la ampliación del plazo que estime resulta necesaria para la terminación de las obras"*. La funcionalidad de este precepto no sería limitar la aplicación del art. 95 a los contratos pendientes de ejecución, sino complementar el precepto legal disponiendo que en tales supuestos la Administración está obligada a conceder una ampliación suficiente del plazo de ejecución que permita la terminación de las obras.

-La formalización de la recepción de las obras no obstaculiza la exigencia de penalidades, ya que se trata de *"un acto formal de conformidad con la prestación realizada, pero no puede suponer subsanación de defectos que hayan podido detectarse en la ejecución del contrato y que no afecten al resultado de la prestación en si misma considerada como en este caso el plazo o como también podrían ser cuestiones de competencia, capacidad o relativas a las garantías, etc."*. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 4-7-1984, en la que se establece que con el trámite de la recepción definitiva no *"se cierran las posibilidades defensivas de la Administración y de los contratistas para la exigencia de responsabilidades derivadas del mal cumplimiento de las obligaciones pactadas (...)"*.

-De la premisa de la naturaleza sancionadora de la penalidad no se deriva que sólo sea posible imponer penalidades cuando el contrato se encuentre pendiente de ejecución.

Así, se razona en el Informe:

"(...) Por último, se aduce que la imposición de penalidades no procede, ya que las mismas tienen por finalidad la ejecución de las obras. Tal afirmación genérica también debe ser descartada, pues, aparte de que la mayoría de los preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas tienden a garantizar la ejecución de los contratos, las penalidades previstas en el artículo 95 de la Ley tienen una finalidad clara sancionadora y compensatoria de los perjuicios sufridos por la Administración por el retraso en el cumplimiento de los contratos (...)."

CONCLUSIONES

- 1.- La penalidad regulada en el art.96 de la L.C.A.P. (95 del T.R.L.C.A.P.) participa de la naturaleza de la pena convencional definida en el art. 1.152 del C.C. y, como tal, puede ser definida como la prestación, consistente en el pago de una suma de dinero que el contratista se compromete a satisfacer en el supuesto de incumplir en plazo de ejecución total o, en su caso, parcial de un contrato administrativo.

En el ámbito de la contratación administrativa, prevalece la finalidad punitiva o sancionadora de la penalidad, si bien también se le reconoce una función liquidatoria en el supuesto de producirse daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento.

- 2.- El art. 96 de la L.C.A.P. (95 del T.R.L.C.A.P.) apodera a la Administración contratante para que, en el supuesto de incumplimiento por causa imputable al contratista del plazo de ejecución total y, bajo determinados condicionantes, parcial de un contrato, opte indistintamente por su resolución o por imponer penalidades en la forma y cuantía fijadas por la Ley. Sin embargo, el margen de discrecionalidad que la norma reconoce a

la Administración se circunscribe a la elección de la fórmula jurídica -continuidad o resolución del contrato- más idónea para preservar el interés general, siendo regladas e imperativas las actuaciones administrativas que suceden a dicho incumplimiento, de manera que si optase por la continuidad forzosamente deberá exigir penalidades conforme a los criterios establecidos en el art. 96.3 de la L.C.A.P. (95.3 del T.R.L.C.A.P.).

- 3.- La imposición de penalidades por demora en la ejecución del contrato no queda enervada porque se haya producido la recepción del contrato habida cuenta de que ésta constituye un acto formal de conformidad con la prestación realizada que no subsana posibles incumplimientos producidos en la ejecución del contrato sin incidencia sobre el resultado de la prestación convenida (plazo, competencia, capacidad, garantías).
- 4.- No obstante todo lo anterior, el momento más idóneo para la imposición de la penalidad debe ser durante el plazo de ejecución del contrato, ya que en esta fase la imposición de la penalidad desplegaría efectos coercitivos, conminando al contratista al cumplimiento tempestivo del contrato. Por el contrario, de ser exigida una vez consumado el incumplimiento, la penalidad quedaría desprovista de ese potencial coercitivo, mas no por ello su imposición dejaría de servir a su preeminente finalidad punitiva y, en su caso, resarcitoria.