



**Universidad**  
Zaragoza



**UNIVERSITAT**  
**ROVIRA i VIRGILI**

# **LAS PENALIDADES CONTRACTUALES**

## *THE CONTRACTUAL PENALTIES*

TRABAJO FIN DE MÁSTER

MÁSTER INTERUNIVERSITARIO EN DERECHO DE LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MIGUEL LEÓN ACOSTA

DIRECTORA: PROF.<sup>a</sup> TITULAR CARMEN DE GUERRERO MANSO

CÓRDOBA, 21 DE JUNIO DE 2020



## RESUMEN

En el ámbito de la contratación pública, son cada vez más numerosos los supuestos en los que el legislador prevé el uso de penalidades contractuales como herramienta de la Administración para asegurar la correcta ejecución del contrato. Sin embargo, nuestro marco normativo en materia de contratación pública no dispone expresamente de un régimen general para ellas, lo cual deja abiertas varias cuestiones en torno a su inclusión en el contrato, su eventual imposición e, incluso, a su propia naturaleza jurídica.

El presente trabajo tiene por objeto sistematizar los principales aspectos de las penalidades contractuales, abordando, en primer lugar, su naturaleza jurídica para, a continuación, adentrarnos en las principales cuestiones relativas a los hitos de la inclusión de estas en la relación contractual y su eventual imposición, distinguiéndose entre las de carácter sustantivo y formales.

**Palabras clave:** contratación pública, naturaleza de las penalidades contractuales, inclusión de penalidades contractuales, imposición de penalidades contractuales

## ABSTRACT

In public procurement, there are more and more events in which the legislator foresees the use of contractual penalties, as Public Administration's tool, to ensure the correct contract execution. However, the Spanish regulatory framework of public procurement does not have a general regimen which regulate them, which can produce doubts about issues concerning its inclusion in the tender, its eventual imposition and, even, its own legal nature.

This paper systematizes the main points of contractual penalties, handling its law nature, firstly, and discuss the main questions concerning the inclusion and the eventual imposition of them, distinguishing between substantive and formals issues.

**Keywords:** public procurement, law nature of contractual penalties, inclusion of contractual penalties, imposition of contractual penalties



## ÍNDICE

|             |   |           |
|-------------|---|-----------|
| <b>I.</b>   | <b>INTRODUCCIÓN .....</b>   | <b>1</b>  |
| <b>II.</b>  | <b>LA NATURALEZA DE LAS PENALIDADES CONTRACTUALES .....</b>   | <b>4</b>  |
| 1.          | La naturaleza coercitiva de las penalidades contractuales .....   | 8         |
| 2.          | La naturaleza indemnizatoria de las penalidades contractuales .....   | 13        |
| 3.          | La naturaleza sancionadora o punitiva de las penalidades contractuales.....   | 17        |
| <b>III.</b> | <b>LA INCLUSIÓN DE PENALIDADES CONTRACTUALES.....</b>   | <b>22</b> |
| 1.          | Las cuestiones sustantivas en el establecimiento de penalidades contractuales ...   | 23        |
| 1.1.        | Las obligaciones que pueden garantizarse mediante penalidades contractuales   | 24        |
| 1.2.        | La responsabilidad exigible al contratista en el incumplimiento.....  | 30        |
| 1.3.        | El contenido de las penalidades contractuales .....   | 32        |
| 2.          | La forma y momento en que deben incluirse las penalidades.....  | 36        |
| 2.1.        | Sobre cómo han de incluirse las penalidades: la tipificación y su justificación .   | 36        |
| 2.2.        | Sobre cuándo y dónde han de incluirse las penalidades .....   | 38        |
| <b>IV.</b>  | <b>LA IMPOSICIÓN DE PENALIDADES CONTRACTUALES .....</b>   | <b>41</b> |
| 1.          | Las cuestiones sustantivas en la imposición de las penalidades contractuales ....   | 42        |
| 1.1.        | El principio de tipicidad en sentido estricto .....   | 43        |
| 1.2.        | La satisfacción del interés general. La imposición de penalidades, la resolución contractual o la mera tolerancia ante el incumplimiento del contratista..... | 45        |
| 1.3.        | El principio de proporcionalidad .....  | 52        |
| 2.          | Las cuestiones formales de la imposición de las penalidades contractuales.....  | 55        |
| 2.1.        | La carga de la prueba del incumplimiento penalizable y de la responsabilidad del contratista en aquel .....   | 55        |
| 2.2.        | El procedimiento para la imposición de penalidades contractuales .....  | 58        |
| 2.3.        | El momento en que pueden imponerse las penalidades contractuales.....   | 62        |
| <b>V.</b>   | <b>CONCLUSIONES.....</b>  | <b>64</b> |
|             | <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>   | <b>69</b> |
|             | <b>ABREVIATURAS .....</b>   | <b>73</b> |



## I. INTRODUCCIÓN

La importancia de la contratación pública en nuestra sociedad es hoy en día indiscutible. No solo porque desde un plano de vista económico representa alrededor del 20% del PIB de España y de la Unión Europea<sup>1</sup>, sino porque, sobre todo, constituye un instrumento esencial para las entidades del sector público y, concretamente para la Administración pública en la satisfacción de los intereses generales, que le encomienda el artículo 103.1 de la Constitución Española (en adelante, CE).

Sobre esta base, los legisladores –tanto nacional como europeo– se han esforzado por conseguir una regulación que asegure que los contratos públicos respondan a los principios de necesidad e idoneidad, como exige el artículo 28.1 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), y que aquellos se adjudiquen a los licitadores que presenten la mejor oferta, bajo los principios de igualdad y transparencia, como se proclama en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y que se transpone en el artículo 132 LCSP.

No obstante, no pueden quedar aquí, en las fases de preparación y adjudicación del contrato, los esfuerzos por garantizar la correcta satisfacción de los intereses generales, confiándose sin más la ejecución del contrato al contratista adjudicatario. Por el contrario, la Administración contratante debe velar por que el contratista ejecute el contrato con escrupuloso respeto a las cláusulas que lo conformen.

Es en este contexto en el que las penalidades contractuales se erigen como una magnífica herramienta para prevenir y, en su caso, corregir los incumplimientos de las obligaciones del contratista. Figura esta de las penalidades contractuales que se inspira en la cláusula penal de los artículos 1152 a 1155 del Código Civil (en adelante, CC), como apunta el profesor GARCÍA ÁLVAREZ (2018: 1299) y confirma la jurisprudencia<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Así lo afirman, respectivamente, el Observatorio de Contratación Pública (<http://www.obcp.es/que-es-el-obcp>), de lo que se hace eco la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su Informe E/CNMC/004/18, de 7 de febrero de 2018, «Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España», y la Comisión Europea en su Informe de 22 de noviembre de 2017 (*vid.* [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file\\_import/european-semester\\_thematic-factsheet\\_public-procurement\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_es.pdf)).

<sup>2</sup> Véanse, entre otras, las SSTS 2024/1980, de 12 de junio, Cdo. 2, y 1689/2019, de 21 de mayo, FJ 22.

Atendiendo a su origen, podemos definir la penalidad contractual como ya lo hiciera el civilista CASTÁN TOBEÑAS (2008: 202) con la cláusula penal civil:

*«como aquella obligación accesoria que las partes agregan a una obligación principal, al objeto de asegurar el cumplimiento de esta, imponiendo a cargo del deudor una prestación especial (consistente, por lo general, en pagar una suma de dinero) para el caso de que incumpla su obligación o no la cumpla de un modo adecuado»<sup>3</sup>.*

Sobre su aparición en el ámbito de la contratación pública, ya se refiere a esta institución la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, con ocasión del incumplimiento por demora en los contratos de obras (Base V). A partir de esta, el legislador ha ido haciendo un uso cada vez mayor de las penalidades contractuales conforme se sucedían las leyes que han regulado la contratación pública, pasando de ser una figura residual a convertirse en una medida contemplada con carácter general para todo tipo de contratos y para un amplio abanico de obligaciones, más allá de las que constituyen propiamente la prestación objeto del contrato, con la vigente LCSP.

Sin embargo, la ampliación de supuestos en los que se prevé la imposición de penalidades contractuales no ha ido acompañada de la regulación de un marco común y estructurado, dedicado expresamente a las penalidades, que facilite la interpretación de esta figura y clarifique ciertas cuestiones básicas que plantearemos a continuación. Por el contrario, su regulación se encuentra dispersa a lo largo de la LCSP, con cada penalidad aneja a la obligación del contratista que se quiere garantizar, muestra de su condición de cláusula accesoria. A lo sumo, podrían destacarse como posible marco de referencia los artículos 192 a 194 LCSP, en concreto, el artículo 192 LCSP al que se remiten algunos preceptos. Aunque, llamativamente, estos preceptos –artículos 192 a 194 LCSP–, a excepción del artículo 192.1 LCSP, tienen el carácter de normas no básicas (Disposición Final 4.<sup>a</sup> LCSP). Condición que puede suponer importantes diferencias entre las Comunidades Autónomas dependiendo del sentido en que las regulasen, lo que no ayuda ni a la sistematización ni aplicación de las penalidades contractuales por parte de las

---

<sup>3</sup> En esta línea se expresó la STS 3177/2005, de 18 de mayo, FJ 2, que definió como «estipulaciones de carácter accesorio, debidamente plasmadas en el contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal de que se trate», definición de la que se ha hecho eco la jurisprudencia menor (*vid.* entre otras, STSJ M 8772/2019, de 2 de octubre, FJ 3).



Administraciones públicas, ni mucho menos a su comprensión por los operadores económicos con quienes contraten aquellas.

Por suerte, en este sentido, las Comunidades Autónomas no han ejercido las competencias que, en su mayoría, asumieron en sus respectivos Estatutos Autonómicos<sup>4</sup>, en lo que se refiere a la regulación de las penalidades contractuales. Estas solo han sido reguladas por las Comunidades Autónomas de Navarra, Extremadura e, incidentalmente, Castilla-La Mancha en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril de Contratos Públicos, la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable y la Ley 3/2017, de 1 de septiembre, en materia de gestión y organización de la Administración y otras medidas administrativas, respectivamente<sup>5</sup>. No obstante, debe advertirse que, en el resto de Comunidades Autónomas, el carácter no básico de los preceptos que se analizarán no tendrá mayor trascendencia práctica, pues estos, también, serán de aplicación a todas las Administraciones, en tanto el legislador autonómico ha guardado silencio (artículo 149.3 CE). Lo cual nos permite esbozar un régimen de las penalidades contractuales que sea válido para todo el territorio nacional, con las puntualizaciones que se deberán de hacer oportunamente, respecto a las citadas normas autonómicas.

Este es precisamente el propósito del presente trabajo: exponer el régimen de las penalidades contractuales haciendo un análisis ordenado y sistematizado de los aspectos principales sobre su inclusión en el contrato y su eventual imposición, y tratando de dar respuesta a cuestiones que creemos básicas, pero que no están resueltas claramente por el legislador y que tiene una importante trascendencia práctica. Para ello nos habremos de servir no solo de la LCSP y las Leyes autonómicas, sino, también, otras normas de Derecho Administrativo<sup>6</sup> y de Derecho privado<sup>7</sup>, de acuerdo con el artículo 25.2 LCSP.

---

<sup>4</sup> Sobre las competencias que han asumido las Comunidades Autónomas en materia de contratación pública, puede verse SANMARTÍN MORA (2018: 213-220), quien apunta que el ejercicio de aquellas ha sido más bien incidental sin que la mayoría de las Comunidades Autónomas haya aprobado una Ley que tuviera por objeto la regulación de la contratación pública, lo que explica en parte «la baja intensidad que ha caracterizado al debate competencial en torno a la contratación pública a lo largo de los últimos cuarenta años» que destaca TEJEDOR BIELSA (2018: 53-54).

<sup>5</sup> Leyes que merecen una valoración muy favorable, especialmente en los casos de Navarra y Extremadura en las que sí se hace un esfuerzo de sistematización enumerando todos los incumplimientos que pueden dar lugar a la imposición de penalidades en un solo precepto y les atribuyen unas reglas –mínimas– comunes.

<sup>6</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

<sup>7</sup> Principalmente el Código Civil (en adelante, CC), pero, también, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

Con este objeto, el trabajo se dividirá en tres capítulos. En el primero se discutirá la naturaleza jurídica de las penalidades contractuales, cuestión esencial para comprender esta figura y las cuestiones prácticas que le seguirán. En el segundo capítulo trataremos las principales cuestiones, sustantivas y formales, que versan sobre la inclusión de las penalidades en la relación contractual, estas son: qué obligaciones podrán garantizarse con la previsión de penalidades contractuales, qué responsabilidad se le podrá exigir al contratista por el incumplimiento de estas obligaciones y qué contenido podrán tener estas penalidades, así como, de qué manera han de incluirse y en qué momento. Y, por último, en el tercer capítulo, nos ocuparemos de las cuestiones más relevantes relativas a su imposición, es decir: los principios que deben tenerse en cuenta por la Administración contratante a la hora de imponer una penalidad, quién tendrá la carga de la prueba sobre la existencia del incumplimiento que se quiere penalizar y sobre la responsabilidad del contratista en este, el procedimiento que debe seguir la Administración contratante y, finalmente, el plazo del que dispone esta para imponer la penalidad.

## **II. LA NATURALEZA DE LAS PENALIDADES CONTRACTUALES**

Como decimos, la primera cuestión que ha de abordarse respecto a las penalidades contractuales es la determinación de su naturaleza y que constituye una cuestión central. En primer lugar, por el gran interés doctrinal que debiera despertar, dada la complejidad de la cuestión y, como veremos, la confusa jurisprudencia que ha habido al respecto<sup>8</sup>. En segundo lugar, desde un punto de vista práctico, por la indudable trascendencia de las consecuencias que se derivan de atribuirle a estas penalidades una naturaleza u otra.

Los variados pronunciamientos del Tribunal Supremo y otros tribunales inferiores resultan muy ilustrativos de la complejidad que entraña la cuestión de la naturaleza jurídica de las penalidades contractuales, ya que en ocasiones son algo confusos e, incluso, contradictorios entre sí.

Así, a modo de ejemplo, la STS 953/1979, de 5 de octubre, se refirió a la penalidad como «sanción», declarándose en las SSTS 2083/1985, de 8 de julio, y 6977/1990, de 6 de octubre, que tales penalidades eran equiparables a las sanciones administrativas por lo

---

<sup>8</sup> A pesar de ello, como destacamos, la doctrina ha prestado una atención reducida a la figura de las penalidades contractuales y, menos todavía, al problema de su naturaleza. Entre las escasas aportaciones, sobre este último *vid.* CEA AYALA (2013: 119-120), FERNÁNDEZ ASTUDILLO (2018: 1121-1122), LARA GONZÁLEZ (2018a: 1153-1155) y, destacadamente, GARCÍA ÁLVAREZ (2018: 1304-1316).

que, consecuentemente, se les aplicó el régimen propio del Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, y al mismo tiempo, encontramos otras sentencias, como la STS 8821/1988, de 15 de diciembre, en la que se rechazó la postura expresada en la sentencia apelada –que encuadraba la penalidad dentro del Derecho Administrativo Sancionador– y se concluía que las penalidades contractuales tenían la misma finalidad que la cláusula penal civil, es decir, que actúan como «sustitutivo querido por las partes a la indemnización de daños y al abono de intereses»<sup>9</sup>, lo que, por el contrario, se negó poco después en la STS 6350/1989, de 14 de noviembre. En esta se afirmó que el «resarcimiento de los daños por incumplimiento y la penalización derivada del mismo incumplimiento pueden convivir, puesto que se trata de conceptos distintos e independientes, dado que una cosa es la pena convenida y otra los daños y perjuicios». En esta misma línea, en la STS 1623/1997, de 6 de marzo, se dijo que las penalidades «constituyen un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual»<sup>10</sup>, es decir, una medida coercitiva, por lo que, pese a la « semejanza » con la cláusula penal en el ámbito civil, la penalidad contractual en el ámbito de la contratación pública no ostenta la finalidad de aquella como sustitución de la indemnización de los daños y perjuicios. Y, por si fuera poca muestra de la oscuridad de la cuestión, esta misma sentencia, aun destacando esta finalidad coercitiva, acto seguido afirmaba que la naturaleza jurídica de estas penalidades se subsume «en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración contratante»<sup>11</sup>, sin ahondar en qué quería decir tal afirmación o citar otros pronunciamientos en los que se apoyase.

En definitiva, para aclarar este confuso panorama jurisprudencial podemos concluir que el debate gira principalmente sobre la consideración de tres posibles finalidades diferentes derivadas de la imposición de penalidades: la coercitiva, la indemnizatoria o resarcitoria y la sancionadora o punitiva, lo cual no es casualidad. Y es que no ha de

---

<sup>9</sup> En este mismo sentido, aunque de forma más confusa, se expresó la STS 8449/1988, de 1 de diciembre.

<sup>10</sup> Tesis que ya podía intuirse en la STS 2287/1979, de 2 de julio, en la que se hablaba del reconocimiento de un derecho de la Administración «a asegurarse de que el incumplimiento del contratista no se produzca». Más recientemente, y con mayor expresividad, en la STS 3177/2005, de 18 de mayo, FJ 5, se dijo que las penalidades «desempeñan una función coercitiva para estimular el cumplimiento de la obligación». Aunque se mostraba algo titubeante al declarar esta finalidad de las penalidades, mencionando también su contenido indemnizatorio, reconoció que pueden «reputarse próximas a las multas coercitivas». La preocupación del Tribunal, en este caso, no se centraba tanto en determinar en sí misma la naturaleza de la penalidad, sino más bien en descartar su carácter punitivo con el fin de no aplicarle las garantías del artículo 25.1 CE.

<sup>11</sup> Afirmación que se repite, con cita de esta sentencia, en la reciente STS 1689/2019, de 21 de mayo, FJ 5.

olvidarse que, como ya dijimos y se hace notar en algunas de las sentencias citadas, la penalidad en el ámbito de la contratación pública deriva de la cláusula penal del Derecho Civil<sup>12</sup>. Teniendo ello presente, se entiende tal disparidad de pronunciamientos pues, como explicara CASTÁN TOBEÑAS (2008: 201, 204 y ss.), son diversas las finalidades que puede perseguir la cláusula penal, entre las que destaca, precisamente, la coercitiva, «consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal», la liquidatoria, como evaluación anticipada de los daños, y la «estrictamente penal», «consistente en sancionar o castigar dicho incumplimiento» a la que se refiere también como «sanción civil»<sup>13</sup>.

Este hecho, que no entraña más problemas en el ámbito civil que los relativos a determinar a qué finalidad responde la cláusula penal concreta examinada, incomoda no obstante a la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En efecto, recientemente declaró que, siendo una sola la regulación de la penalidad, «no puede ostentar diversa naturaleza dependiendo de su finalidad», aunque en esta ocasión no se detuvo a aclarar cuál era esta, sino que se remitió a la naturaleza de la cláusula penal civil, que como ya hemos visto, puede ser muy variada<sup>14</sup>.

Queda clara pues la complejidad de la tarea a la que nos enfrentamos. Pero, pese a ello, es obligado hacer un esfuerzo para tratar de esclarecer cuál es la naturaleza de las penalidades contractuales y qué peso tienen cada una de las finalidades comentadas. Como ya advertimos, la cuestión no es baladí. Al contrario, considerar a las penalidades como una sanción administrativa, como una pena sustitutiva de la indemnización por daños y perjuicios o como una medida coercitiva tiene unas consecuencias notables:

El caso más extremo en este sentido sería el de considerarlas como auténticas sanciones administrativas. Tal consideración implicaría que le fuera de aplicación el régimen administrativo sancionador, y destacadamente las garantías que los artículos 24

---

<sup>12</sup> Esta también recibe otros nombres como pena o multa convencional, como también puede comprobarse en la jurisprudencia, en especial en la más antigua. En este trabajo, por motivos de claridad y por ser la terminología empleada por el legislador, utilizaremos únicamente el término de cláusula penal.

<sup>13</sup> Si bien la distinción que hace CASTÁN TOBEÑAS entre estas tres funciones no es exactamente igual a la que se va a realizar en este capítulo, resulta igualmente de gran ayuda en la determinación de la naturaleza de las penalidades contractuales.

<sup>14</sup> STS 1689/2019, de 21 de mayo, FJ 5. Todo hace indicar que, en este caso, esta aseveración va dirigida a sostener que las penalidades no ostentan una naturaleza sancionadora, con el propósito de no aplicarles las garantías asociadas al Derecho Administrativo Sancionador.

y 25.1 de la Constitución Española (en adelante, CE) prevén frente al *ius puniendi* del Estado. Ello significaría más concretamente que se les deberían aplicar, entre otros, los principios de irretroactividad de las disposiciones desfavorables, tipicidad, reserva de ley, presunción de inocencia o la prohibición del *non bis in idem*<sup>15</sup>.

En el supuesto de que se consideraran penas sustitutivas de la indemnización por daños y perjuicios, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, esta circunstancia haría incompatible la imposición de penalidades con la reclamación de daños y perjuicios por motivos obvios. De igual manera, habría de plantearse, como más tarde haremos, si sería admisible la imposición de una penalidad superior a los daños o, por el contrario, si solo podría imponerse por un importe equivalente a los efectivamente irrogados a la Administración como consecuencia del incumplimiento contractual<sup>16</sup>. O si la penalidad y el cumplimiento de la obligación serían exigibles al mismo tiempo.

Por último, tampoco serían despreciables las consecuencias derivadas de entender la imposición de penalidades como una medida coercitiva en sentido estricto (v. gr. a modo de multa coercitiva), dado que, si esta va dirigida precisamente a que se cumpla la obligación principal, una vez que se haya cumplido no podría imponerse penalidad alguna o, de haberse impuesto, no podría hacerse efectiva ya que la causa de esta medida habría desaparecido<sup>17</sup>.

Por tanto, siendo evidente la relevancia de la determinación de la naturaleza de esta herramienta utilizada para lograr el correcto cumplimiento del contrato y vista la equívoca jurisprudencia sobre esta materia, resulta necesario examinar con cierto detenimiento la normativa vigente para dar respuesta a esta cuestión. Para ello, procederemos a analizar

---

<sup>15</sup> Precisamente la STS 6977/1990, de 6 de octubre, ya citada, confirmó la sentencia recurrida en casación, que había anulado la imposición de varias penalidades porque «mantener la sanción supondría conculcar la prohibición del *bis in idem*» (FJ 7). El caso litigioso consistió en que la Administración contratante (el Ayuntamiento de Pamplona), a la hora de calcular el importe de las distintas penalidades impuestas con ocasión de cada una de las prórrogas concedidas, sumó al tiempo correspondiente entre prórroga y prórroga el transcurrido con anterioridad desde la fecha de vencimiento, computando así doblemente los retrasos.

<sup>16</sup> En este sentido, la ya citada STS 8449/1988, de 1 de diciembre, declaró incompatibles las penalidades impuestas con el cobro de una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del cumplimiento defectuoso y por la demora en el mismo, pues ello «supondría un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración».

<sup>17</sup> En esta línea, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia 2673/2014, de 26 de marzo, FJ 4, ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia 225/2015, de 28 de enero, afirmó que las «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 [...] su finalidad es intimar el debido cumplimiento del contrato».

cada una de las finalidades que se han defendido por la jurisprudencia y estudiaremos su encaje en el marco normativo actual.

### **1. La naturaleza coercitiva de las penalidades contractuales**

Comenzaremos por la finalidad coercitiva dado que, ciertamente ha sido la finalidad menos rechazada por la jurisprudencia contencioso-administrativa<sup>18</sup>, y encaja con la concepción civilista, conforme a la cual –expresa CASTÁN TOBEÑAS (2008: 205-206)– «se la puede considerar la [finalidad] más general, normal y típica de la cláusula penal». De hecho, como indicamos en la introducción, este mismo autor (2008: 201-202) incluye esta finalidad como elemento del concepto estricto de la cláusula penal civil que define como «aquella obligación accesoria que las partes agregan a una obligación principal, al objeto de asegurar el cumplimiento de esta».

Finalidad, la coercitiva, relacionada íntimamente con el propio concepto de cláusula penal civil y penalidad contractual administrativa y, más concretamente, con el elemento de la subsidiariedad que las caracteriza, según el cual, como ya se vio, no nace tal obligación hasta tanto no se incumpla la principal. Esto compele al deudor –contratista– a cumplir la obligación principal al objeto de eludir el nacimiento de la cláusula penal y de la penalidad. Finalidad, por otro lado, muy acorde con el ámbito de la contratación pública en la que, una vez definido el objeto del contrato conforme a los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia (artículos 1.1 y 28 LCSP) y seleccionada la mejor oferta respetando los principios de igualdad, transparencia y libre competencia (artículo 132 LCSP), el objetivo más inmediato, a fin de satisfacer el interés público, es que el contratista cumpla en las formas y plazos que se pactaron. En este sentido se ha dicho que «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»<sup>19</sup>.

En efecto, esta finalidad coercitiva puede encontrar buen acomodo en algunos de los preceptos de la LCSP. Muy especialmente en el artículo 193 LCSP, relativo a la demora en la ejecución. Según su apartado 3.º, «cuando el contratista, por causas

---

<sup>18</sup> Es más, parece ser la tesis con mejor acogida en la jurisprudencia reciente. *Vid.* STS 1689/2019, de 21 de mayo, FJ 2 y siguientes.

<sup>19</sup> STSJ M 2673/2014, de 26 de marzo, FJ 4. En esta línea encontramos también, algunos años antes, la STS 3177/2005, de 18 de mayo, FJ 5.

imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar [...] por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 € por cada 1.000 € del precio del contrato, IVA excluido»<sup>20</sup>. A la vista del precepto, podrían equipararse sin mayores problemas a las multas coercitivas cuando, como en el supuesto de la demora, se aplican repetidamente hasta que finalmente el contratista contumaz se aviene a cumplir la obligación principal (STS 1689/2019, de 21 de mayo, FJ 5). En este mismo sentido, podría argüirse esta finalidad en la imposición de penalidades ante incumplimientos mantenidos en el tiempo o que son susceptibles de repetirse, bien respecto a la prestación principal del contrato (artículo 192 LCSP)<sup>21</sup> o bien respecto a obligaciones sobre las condiciones específicas en que se debe realizar la prestación (artículos 76 y 202 LCSP)<sup>22</sup>.

También podría jugar a favor de entender que la finalidad coercitiva es la predominante en esta figura el hecho de que el legislador prevea, con carácter general, como incompatibles la imposición de penalidades y la resolución del contrato (*ex* artículos 192.2 y 193.3 LCSP). Tal impedimento podría basarse en la finalidad coercitiva de las penalidades: si estas van dirigidas primordialmente a que el contratista se vea

---

<sup>20</sup> Incluso el Tribunal Constitucional, *obiter dictum*, con ocasión del análisis de los recargos tributarios, destacó este tipo concreto de penalidades como medio de estímulo para el cumplimiento del contratista (*vid.* SSTC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 5, y 141/1996, de 16 de septiembre, FJ 2).

<sup>21</sup> A modo de ejemplo se podría traer a colación el supuesto de hecho abordado en la STSJ GAL 2140/2005, de 14 de septiembre, posteriormente confirmada por la STS 1810/2008, de 29 de abril. El mismo versó sobre la imposición de penalidades por parte de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria de Galicia a «Transportes La Unión, S.A.» debido a que esta empresa, que prestaba el servicio de transporte en un Instituto de secundaria, cumplía muy deficientemente con sus obligaciones diarias de recogida y entrega de los alumnos. Según se narra en las sentencias, era habitual que los alumnos mayores llegaran hasta 20 minutos tarde a clase, mientras que los más jóvenes llegaban al instituto con demasiada antelación, denunciándose, además, otras irregularidades respecto al itinerario de los autocares que, al parecer, no seguían las rutas preestablecidas. En estos casos, podría razonarse que la imposición de la penalidad serviría para constreñir al contratista y que en lo que restase del contrato cumpliera la prestación de todos los servicios en tiempo y forma.

<sup>22</sup> El artículo 76 LCSP prevé la posibilidad e incluso la obligación (en determinados casos) de que se establezcan penalidades en los contratos y concesiones de obras y servicios y en ciertos contratos de suministros ligadas al compromiso por parte del contratista de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes. Así pues, de detectarse por parte de la Administración contratante que durante la ejecución el contratista está incumpliendo tales compromisos, podría imponerle penalidades hasta que destinase los medios personales y materiales asumidos.

Lo mismo podría argumentarse en cuanto a las penalidades vinculadas a las numerosas condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético o medioambiental, que el artículo 202 LCSP prevé que la Administración pueda establecer en los pliegos administrativos. Esto le permitiría imponer penalidades, por ejemplo, hasta que se redujese la emisión de gases de efecto invernadero hasta los niveles pactados, o hasta que contratase a personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social hasta el número convenido.

obligado a cumplir el contrato, poca lógica tendría que se impusieran a la vez que se declara su resolución<sup>23</sup>.

Esta tesis sobre la finalidad coercitiva de las penalidades también encajaría con la exigencia de la imputabilidad del incumplimiento al contratista, de la que ya hablamos en el anterior epígrafe. Podría sostenerse que las penalidades, como medidas coercitivas, no encajan con la posibilidad de que se impongan ante incumplimientos no culposos, pero sí imputables al contratista. Sin embargo, en ciertos casos pueden apreciarse los efectos coercitivos de la penalidad, incluso, cuando no hubo un incumplimiento culpable. Al respecto, es paradigmático el caso de la STS 1058/1988, de 19 de febrero. En ella se recoge un informe del Ingeniero Jefe de Inspección de las Nuevas Construcciones de la Zona Marítima del Estrecho, encargado de supervisar la ejecución del contrato objeto de litigio, en el que destacó el «carácter preferencial» que la contratista le dio al contrato celebrado con las Fuerzas Armadas, «no escatimándose ningún medio, trabajándose de manera intensiva en período de cierre de vacaciones, utilizando en profusión horas extraordinarias, etc., en resumen, adoptando una actitud generalizada muy encomiable al objeto de compensar el retraso existente». Este informe ejemplifica perfectamente los efectos de presión o coercitivos que las penalidades pueden tener sobre el contratista.

No obstante, pese a todo lo expuesto, y sin negar su finalidad coercitiva en sentido amplio, no puede afirmarse que las penalidades tengan siempre y ante todo una finalidad coercitiva en sentido estricto. No al menos en el sentido y con los efectos que se conocen de la multa coercitiva. Y es que, en primer lugar, debe hacerse notar que el carácter coercitivo, en sentido amplio, no solo puede derivarse de una medida coercitiva *stricto sensu*, como sería la multa coercitiva, sino de otras medidas de gravamen como son la indemnización o la sanción. Es claro que, siendo la penalidad, con independencia de su naturaleza, una medida de gravamen para el contratista, supone un instrumento de presión para el mismo, que tendrá un mayor interés en cumplir en tiempo y forma las prestaciones derivadas del contrato que en el caso de que no mediara la posibilidad de imponer penalidades<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Aunque, como discutiremos en el último capítulo, no parece claro que esta sea realmente la razón de la incompatibilidad que, con carácter general, se establece entre la imposición de penalidades y la resolución del contrato.

<sup>24</sup> Es precisamente en este sentido amplio en el que CASTÁN TOBEÑAS (2008: 205-206) describe la función coercitiva de la cláusula penal en el ámbito civil.



En segundo lugar y en un sentido similar, también debemos hacer notar que esta primera tesis sobre la naturaleza coercitiva de la penalidad, como se dirá, no es la única que, conforme a nuestro ordenamiento, puede explicar el contenido de los artículos 192, 193, 76 y 201 LCSP, relativos a los diferentes incumplimientos de la prestación principal y las condiciones especiales de ejecución. Es más, la tesis de la naturaleza coercitiva no tiene buen encaje respecto a los incumplimientos de los artículos 192, 76 y 201 LCSP cuando estos no son persistentes, sino meramente ocasionales y no continuados en el tiempo<sup>25</sup>. En estos casos es evidente que perderían toda fuerza coercitiva en sentido estricto pues no estarían encaminados a vencer la resistencia del contratista a cumplir de forma adecuada el contrato, sino a reaccionar ante un incumplimiento pasado<sup>26</sup>. De hecho, podemos comprobar que, en la práctica administrativa, ante los incumplimientos por demora del artículo 193 LCSP (en los que más se podría apreciar el carácter coercitivo de las penalidades contractuales), no se sigue la lógica de la multa coercitiva; práctica que, por otra parte, no se ve combatida por la jurisprudencia<sup>27</sup>.

Además, en tercer lugar, encontramos a lo largo de la LCSP otras disposiciones que difícilmente son compatibles con la finalidad coercitiva *stricto sensu* de las penalidades. Sin necesidad de agotar todas ellas, basta con contemplar el artículo 264.6 LCSP, relativo

---

<sup>25</sup> Son los casos en los que se entregan los bienes u obras acordadas con ciertas deficiencias que, no obstante, se admiten por la Administración, atendida la escasa entidad de dichas deficiencias. O también los casos en los que ya ha concluido la ejecución del contrato. En ninguno de estos supuestos existe una previsión de una futura prestación para cuya corrección se requiera la imposición de una medida como la penalidad.

<sup>26</sup> *Vid.* STS 1689/2019, de 21 de mayo, FJ 5.

<sup>27</sup> No podemos dejar de mencionar en este momento la ya citada STSJ M 2673/2014, de 26 de marzo. En ella, habiéndose destacado la finalidad coercitiva de las penalidades, en concreto, por incumplimiento por demora, se declara conforme a Derecho la Resolución de 23 de diciembre de 2010 en la que se acuerda el inicio de un expediente contradictorio para la determinación de las penalidades por la mora del contratista, que concluye con la Resolución de 11 de abril de 2011 en la que finalmente se acuerda la imposición de penalidades por mora. El problema se encuentra en que el procedimiento incoado el 23 de diciembre de 2010 se inició casi dos meses después de la finalización de la ejecución del contrato por parte del contratista, el 25 de octubre de 2010. Ello lo salva el Tribunal aduciendo que el inicio del expediente contradictorio trae causa de la Resolución de 11 de agosto de 2010, antes del cumplimiento del contratista, en la que se declaraba la mora del contratista y se acordaba una prórroga con imposición de penalidades. Como se puede comprobar, el carácter coercitivo que, en su caso, pudiera atribuirse a la penalidad, no se puede equiparar al de la multa coercitiva. De ser así, nunca hubiese cabido este pronunciamiento judicial, toda vez que el procedimiento para determinar las penalidades nació cuando estas solo podían imponerse ya sin justa causa, en tanto que el contratista ya había cumplido la prestación objeto del contrato. Su dinámica, en este caso, se acerca curiosamente más al del recargo tributario, figura ajena a cualquier ámbito contractual, pero cuya semejanza con las penalidades mencionaron, como ya indicamos, las SSTC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 5, y 141/1996, de 16 de septiembre, FJ 2.

al régimen de penalidades en los contratos de concesión de obra, que es igualmente aplicable a los contratos de concesión de servicios (artículo 293.2 LCSP).

*«Con independencia del régimen de penalidades previsto en el pliego, la Administración podrá también imponer al concesionario multas coercitivas cuando persista en el incumplimiento de sus obligaciones, siempre que hubiera sido requerido previamente y no las hubiera cumplido en el plazo fijado».*

Vemos aquí cómo el propio legislador distingue entre las penalidades y las multas coercitivas, a las que aplica su régimen común, orientando su imposición exclusivamente a combatir la persistencia del contratista en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. ¿Qué sentido tendría que el legislador previese dos medidas con el mismo contenido coercitivo y la misma naturaleza jurídica? Por si no fuera suficientemente esclarecedor este precepto, debemos citar igualmente los artículos 150.2 y 153.4 LCSP que, si bien se refieren a una fase precontractual, son igualmente reveladores. En ellos se prevé la exigencia al contratista del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en el caso de que aquel no cumpla debidamente el requerimiento de la Administración relativo a la comprobación de los requisitos necesarios para adjudicar el contrato o en el de que, habiéndose adjudicado el contrato, no llegase a formalizarlo. En ninguno de estos dos supuestos la medida tiende a forzar el cumplimiento del contratista. Por el contrario, se dice expresamente que, en el primer supuesto, «se entenderá que el licitador ha retirado su oferta» y, en el segundo, que «el contrato se adjudicará al siguiente licitador»<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Lo cual guarda toda lógica pues, tratándose de una fase precontractual y siendo el consentimiento la base, precisamente, para la formación del contrato (artículo 1262 CC), no es posible forzar a través de este medio ni de ningún otro a que preste su consentimiento, pues el contrato nacería viciado (artículo 1261 CC) y sería nulo de pleno derecho [artículos 1265 CC y 38 a) LCSP]. En este sentido, las penalidades previstas en los artículos 150.2 y 153.4 LCSP no responden a la figura civil de la cláusula penal, sino a dos figuras muy afines como son la pena o multa de arrepentimiento o multa penitencial, que se prevé en el artículo 1153 CC («el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho») y las arras penitenciales del artículo 1454 CC («si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas»), dependiendo de si se constituyó o no garantía por medio de la entrega de dinero. Tales penalidades, como decimos, no servirían para forzar a cumplir al contratista, sino que facultan a este para liberarse de la obligación principal a la que se anuda la penalidad correspondiente.

## 2. La naturaleza indemnizatoria de las penalidades contractuales

Descartada la finalidad coercitiva en sentido estricto como la finalidad predominante y, mucho menos, exclusiva de todas y cada una de las penalidades contractuales, deben analizarse otras finalidades que ayuden a determinar su naturaleza. La siguiente tesis que vamos a abordar es la de su carácter indemnizatorio, en atención a que

*«la función esencial de la cláusula penal [en el ámbito civil] –aparte de su función general coercitiva– es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal»<sup>29</sup>.*

El carácter indemnizatorio y el coercitivo estarían estrechamente relacionados en la cláusula penal del ámbito civil toda vez que, como valoración anticipada de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, ejerce una fuerza coercitiva sobre el deudor, pues esta cláusula tiene como virtud que resulte innecesario probar los daños, como destaca CASTÁN TOBEÑAS (2008: 205-206). El acreedor únicamente deberá probar el incumplimiento de la obligación principal<sup>30</sup>.

De igual manera, apoyándose precisamente en el artículo 1152 CC, referido a la cláusula penal, también la Sala Tercera del Tribunal Supremo reconoció tempranamente esta función indemnizatoria en la penalidad contractual del ámbito administrativo, y la correspondiente ventaja con la que se «evita la necesidad de demostrar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente incumplimiento» (STS 8821/1988, de 15 de diciembre, FJ3).

En este sentido, como señala GARCÍA ÁLVAREZ (2018: 1312), el legislador ha reforzado el carácter indemnizatorio de la penalidad en el ámbito de la contratación

---

<sup>29</sup> STS 1326/2016, de 30 de marzo, FJ 5, que sigue, entre otras, a la STS 41/1999, de 12 de enero, FJ 2. La base de esta afirmación se encuentra en el artículo 1152 CC, el cual establece que «en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado».

<sup>30</sup> Vid. SSTS 8131/1986, de 20 de mayo, FJ 5, y 2397/1993, de 12 de abril, FJ 6. Se exceptúa de esta forma la consolidada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo según la cual «es imprescindible probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama» (STS 148/2010, de 29 de enero, FJ 5), pues para el Tribunal Supremo el «artículo 1091 CC, en el cual se establece que “[I]as obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos” no comporta que cualquier incumplimiento contractual genere necesariamente la obligación de resarcir» (STS 4384/2010, de 15 de junio, FJ 11).

pública con la nueva previsión contenida en el artículo 194.1 LCSP<sup>31</sup>, relacionando directamente la penalidad contractual con la responsabilidad por daños del contratista frente a la Administración:

*«En los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución en que no esté prevista penalidad o en que, estándolo, la misma no cubriera los daños causados a la Administración, esta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios»<sup>32</sup>.*

Son dos las cuestiones que interesan destacar de este precepto. La primera es su ámbito de aplicación y la segunda es la compatibilidad entre la penalidad y la reclamación de daños y perjuicios que excedan de la cuantía de aquella.

En cuanto a la primera cuestión, no hay duda de que el artículo 194.1 LCSP se aplica a las penalidades de los artículos 192 y 193 LCSP, que prevén las penalidades consecuencia de los incumplimientos parciales y por demora, así como los cumplimientos defectuosos, en los que se incluyen, expresamente, no solo los relativos a la prestación principal, sino también los relativos a las condiciones especiales de ejecución de los artículos 76.2 y 202 LCSP. Igualmente, se debe de aplicar a las penalidades que se prevén específicamente para los contratos de concesión de obras y de concesión de servicio, pues el legislador remite su régimen al del artículo 192 LCSP (artículos 264.5 y 293.2 LCSP).

---

<sup>31</sup> Previsión que ha sido incorporada por primera vez en la legislación de contratos con ocasión de la LCSP.

<sup>32</sup> En igual sentido encontramos el artículo 264.2 párr. 2.º LCSP relativo a las penalidades en el contrato de concesión de obras, aplicable también al contrato de concesión de servicios (artículo 293.2 LCSP). En aquel se establece que «si la cuantía del daño causado es superior a la penalización máxima establecida en este artículo, se ampliará el límite hasta el valor del daño causado».

Debemos llamar la atención, no obstante, sobre el carácter no básico de esta norma, por lo que las Comunidades Autónomas pueden regular en sentido contrario. Y, de hecho, así ha sucedido en el caso de la Comunidad de Navarra con la citada Ley Foral 2/2018, de 13 de abril de Contratos Públicos, posterior a la LCSP, y cuyo artículo 148.1 dice expresamente que «la imposición de las penalidades previstas en los dos artículos anteriores no excluye la eventual indemnización a la Administración, *que deberán determinarse de forma independiente*». No parece que deje lugar a dudas este último inciso de que el legislador navarro ha querido sustraer de las penalidades contractuales su carácter indemnizatorio, por lo que estas tendrán una finalidad puramente coercitiva y/o sancionatoria.

Vemos aquí el grave problema de haber calificado como no básicas estas normas relativas a las penalidades, pues no tratan cuestiones puramente incidentales o de detalle, sino algo tan básico como la propia naturaleza de esta institución jurídica, que influye, como se verá a lo largo del presente trabajo en un buen número de las cuestiones que versan sobre su inclusión y, particularmente, sobre su imposición.

Más dudas podría generar su posible aplicación a las penalidades ligadas a las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral del artículo 201 LCSP, así como a las relativas a la subcontratación [artículo 215.3 b) LCSP] y al pago a los subcontratistas o suministradores (artículo 217 LCSP). Aunque la ubicación del artículo 194 LCSP, dentro de la Subsección 3.<sup>a</sup> («Ejecución de los contratos»), del Título I («Disposiciones generales sobre la contratación del sector público») del Libro II, invita a pensar que sí debe aplicarse a estos supuestos. Y más discutible aún es su aplicación a las penalidades del artículo 130.4 LCSP, relativo al incumplimiento de la obligación del contratista de informar sobre el personal que, conforme al ordenamiento vigente, debería subrogar el contratista que lo sucediese en una nueva licitación, pues su previsión se ubica en la Sección 1.<sup>a</sup> («De la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas»). No obstante, podría admitirse su aplicación dada la remisión que, en cuanto a los límites de este tipo de penalidades, hace al artículo 192 LCSP.

Las penalidades a las que –entendemos– no le son de aplicación el artículo 194 LCSP son las previstas en los artículos 150.2 y 153.4 LCSP, relativas a las obligaciones de entregar la documentación requerida por la Administración para adjudicar el contrato y formalizar el mismo, respectivamente. Son penalidades que, a diferencia del resto, se imponen en un momento anterior a la ejecución del contrato; que incluso precede a la propia inexistencia del contrato. Ello, sin embargo, no obsta para que también tengan un cierto carácter indemnizatorio, como ya reconociera el Tribunal Supremo al afirmar que «el fracaso del procedimiento de adjudicación por la falta de formalización del contrato también provoca daños a la Administración, como los producidos por el examen, aprobación y modificación del proyecto del adjudicatario y los que supone una nueva adjudicación»<sup>33</sup>. En su caso, entendemos que consecuencia sería más bien la de impedir a la Administración la reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento correspondiente que excedieren de la penalidad, precisamente por no serle de aplicación el artículo 194.1 LCSP<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> STS 5510/2012, de 27 de junio, FJ 4. Este pronunciamiento sobre la incautación de la garantía provisional fue dictado, evidentemente, antes de que siquiera se previera la inclusión de la penalidad del actual artículo 150.2 LCSP, aunque la incautación de aquella garantía ya revestía el carácter de la actual penalidad contractual.

<sup>34</sup> La penalidad aquí cumpliría una función estrictamente liquidatoria, en el sentido de que con su pago el contratista quedaría liberado en su relación contractual con la Administración contratante.

En relación con esto último, debemos abordar la segunda cuestión respecto del artículo 194.1 LCSP: la compatibilidad entre la penalidad y la reclamación de daños y perjuicios que excedan de la cuantía de esta, lo que determina una importante diferencia respecto al régimen de la cláusula penal en el ámbito civil. En efecto, conforme a la doctrina civilista mayoritaria, el acreedor no puede reclamar mayor cuantía, en concepto de daños y perjuicios, de la prevista por la cláusula penal, a menos que expresamente así se estableciese en el contrato<sup>35</sup>. En cambio, en el ámbito de la contratación pública, el legislador ha configurado la penalidad en su función resarcitoria no como una indemnización tasada y preestablecida, como advierte GARCÍA ÁLVAREZ (2018: 1312), sino más bien como una cuantía mínima que debe pagar el contratista y a la que deberán sumarse los daños y perjuicios que excedan de aquella.

Este hecho, que claramente va dirigido a garantizar la indemnización completa de la Administración, conlleva paradójicamente un inconveniente. Y es que el artículo 194.1 LCSP exige que la Administración reclame al contratista los daños y perjuicios que exceden de la penalidad, lo que comporta la obligación de la Administración de cuantificar los daños y perjuicios ocasionados. Esto impide, en principio, que la Administración pueda disfrutar de una de las ventajas de la cláusula penal, gracias a la cual el acreedor no necesita afrontar la compleja y laboriosa tarea de determinar y cuantificar los daños. La Administración, en cambio, deberá invertir un mínimo de recursos, personales y materiales para tal tarea<sup>36</sup>.

Sin embargo, el problema de más enjundia es el de cómo actuar respecto al importe en el que la penalidad pudiera exceder de los daños y perjuicio derivados del incumplimiento. En efecto, el artículo 194.1 LCSP prevé el supuesto en que los daños superen a la penalidad prevista. ¿Pero qué ocurre si aquellos son menores que esta? ¿Debe reducirse la penalidad en la cuantía que exceda a los daños? La respuesta debe ser negativa, pues, de aceptarse la posibilidad de reducir la penalidad, sustraeríamos de ella

---

<sup>35</sup> Así lo recoge FELIÚ REY (2014: 180), siguiendo a DÍEZ-PICAZO (1996: 400-401). Aunque, ciertamente, esta interpretación mermaría, o podría mermar, considerablemente la función coercitiva de la cláusula y, por supuesto, la indemnizatoria, como apunta RODRÍGUEZ TAPIA (1993: 572).

<sup>36</sup> Desde este punto de vista, creemos que una interpretación razonable de esta exigencia conforme a los principios de eficacia (artículo 103.1 CE) y eficiencia (artículo 31.2 CE) permitiría a la Administración no tener que llevar a cabo esta valoración de los daños cuando, atendidas las circunstancias, fueran manifiestamente inferiores a la penalidad que se impone.

gran parte de su virtualidad, que es liberar a las partes, especialmente, a la acreedora, del conflicto sobre la determinación de los daños<sup>37</sup>.

Sentado lo anterior, debemos preguntarnos qué naturaleza tendrá el importe de la penalidad que, en su caso, exceda de los daños y perjuicios irrogados a la Administración. No parece una respuesta satisfactoria la de atribuirle igualmente un carácter indemnizatorio, pues partimos del supuesto en que los daños han sido menores. Está claro que este plus oneroso tendría un efecto disuasorio en el contratista, que tendrá mayor interés en cumplir. Pero ello no resuelve la cuestión, ya que, como dijimos, este efecto disuasorio no es atributo de un solo tipo de medidas, como pueden ser las coercitivas. También las medidas sancionadoras tienen como fines propios los de prevención general y especial. Lamentablemente, en la legislación vigente no hay suficientes datos para dar una respuesta contundente a esta cuestión<sup>38</sup>.

### **3. La naturaleza sancionadora o punitiva de las penalidades contractuales**

La atribución a las penalidades contractuales de un carácter punitivo no ha de extrañarnos, comenzando, en primer lugar, por su propia denominación. Tampoco debe resultar extraño que, en ocasiones, se confundan con auténticas sanciones administrativas. Al fin y al cabo, de reconocérseles un cierto carácter punitivo, las penalidades cumplirían con todos los elementos definitorios de la sanción administrativa<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Además, de admitir la disputa de las partes en este aspecto, habría que cuestionarse quién tendría la carga de la prueba de los daños y perjuicios irrogados. Pues, si bien podría entenderse que es al contratista a quien correspondería la carga de la prueba por ser quien pusiera en duda la cuantía de la penalidad (de acuerdo con el principio general de que a quien alega le incumbe la prueba), también sería lógico pensar que correspondería esta carga a la Administración en la mayoría de los supuestos, de acuerdo con el principio de disponibilidad o facilidad probatoria (STS 3247/2013, de 18 de junio, FJ 3). En tal caso, la penalidad habría perdido toda su utilidad.

<sup>38</sup> Tampoco la jurisprudencia se muestra clara en este punto, lo que se evidencia, desde nuestra perspectiva, en la cuestión sobre el momento en el que se puede imponer la penalidad (*vid.* nota 28). Ni siquiera el Tribunal Constitucional ha sabido dar una respuesta del todo satisfactoria a esta misma cuestión, aunque respecto a los recargos tributarios, a los que ha relacionado con la naturaleza de las penalidades contractuales (recuérdense las ya citadas SSTC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 5, y 141/1996, de 16 de septiembre, FJ 2). En este caso, el Tribunal Constitucional les atribuye a los recargos tributarios el carácter disuasorio o sancionador dependiendo de si es excesivamente elevada su cuantía (así lo recuerda igualmente la STC 291/2000, de 30 de noviembre, FJs 9 y siguientes).

<sup>39</sup> Como definen REBOLLO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR y BUENO ARMIJO (2005: 24-25), las sanciones administrativas serían aquellas que imponen las autoridades administrativas, con un contenido aflictivo consistente en un mal, el cual ha de imponerse como un castigo, buscado directiva y deliberadamente como una respuesta a la conducta ilegal realizada y como expresión del reproche que merece esa conducta. Sobre la jurisprudencia al respecto del concepto de sanción, puede verse el análisis a cargo de REBOLLO PUIG, 2010: 57-104.

De hecho, en la práctica se pueden encontrar numerosos casos en los que la propia Administración se refiere a las penalidades como sanciones<sup>40</sup>. E incluso el propio Tribunal Supremo, en un comienzo, las consideró auténticas sanciones administrativas<sup>41</sup>. No obstante, esta temprana jurisprudencia se ha ido corrigiendo, afanándose en negar el carácter sancionador de las penalidades o, para ser más precisos, su consideración como sanciones administrativas en sentido estricto, a las que, en consecuencia, no les son de aplicación los artículos 24 y 25.1 CE ni todas las garantías que, sobre su base, ha proclamado el Tribunal Constitucional frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Son dos los fundamentos en los que se ha sustentado esta negativa reiterada a considerarlas sanciones administrativas en sentido estricto. Por un lado, se han destacado las otras dos finalidades que se persiguen con las penalidades que ya hemos estudiado (la coercitiva en sentido amplio y la indemnizatoria)<sup>42</sup>. El segundo argumento, más que negar su carácter sancionador, consiste en distinguir las penalidades de las sanciones administrativas en sentido estricto, para lo cual se alude a la relación contractual en la que nacen y se imponen.

Sin embargo, pese a estos dos intentos jurisprudenciales por situar a la imposición de penalidades fuera de las lindes del Derecho Administrativo Sancionador, la actual LCSP puede poner en cuestión estas tesis. Veamos a qué nos referimos.

Respecto a la tesis del predominio del carácter indemnizatorio o coercitivo, según los casos, en las penalidades contractuales, habría que decir en primer lugar que ello dependería de cómo se configurase la propia penalidad en el caso concreto; cuán relacionada estuviese con algunos de aquellos dos caracteres resarcitorio o coercitivo y cuán elevado fuera el exceso de la penalidad que no responde a ninguna de estas dos funciones<sup>43</sup>. En este sentido, como decimos, llama poderosamente la atención la inclusión

---

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, en la SSTS 6350/1989, de 14 de noviembre, y 3177/2005, de 18 de mayo, se comprueba cómo las penalidades que se examinaban estaban recogidas en los puntos titulados «Régimen de Sanciones» y «Régimen sancionador», respectivamente. Y, más recientemente, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (en adelante, TARCJA) tuvo ocasión de pronunciarse sobre una penalidad recogida en el pliego de condiciones en los siguientes términos: «será causa de *sanción* [...] la detención de una excesiva rotación de personal» (Resolución del TARCJA 50/2017, de 15 de marzo, FJ 7).

<sup>41</sup> SSTS 953/1979, de 5 de octubre, 2083/1985, de 8 de julio, y 6977/1990, de 6 de octubre.

<sup>42</sup> SSTS 3236/1999, de 11 de mayo, y 3177/2005, de 18 de mayo, entre otras.

<sup>43</sup> Y es que, nuevamente a la luz de la doctrina constitucional sobre los recargos tributarios (entre otras, STC 291/2000, de 30 de noviembre, FJs 9 y ss.), no sería descabellado sostener que, ante una gran



en la LCSP de algunas disposiciones relativas a penalidades que, incluso, –apunta GARCÍA ÁLVAREZ (2018: 1312)– tienen «una finalidad claramente más represiva que indemnizatoria», en contraposición con el refuerzo de la tesis del carácter resarcitorio de las penalidades que proporcionan los artículos 194.1 y 264.2 LCSP.

Nos referimos a las penalidades asociadas a las obligaciones de los artículos 130, 201, 215 y 217 LCSP. En este sentido, el artículo 130 LCSP establece con carácter preceptivo la obligación del contratista saliente de facilitar al órgano de contratación toda la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores en los que, conforme a la legislación laboral aplicable, el contratista que sucediese al actual, en un nuevo contrato, debiera subrogarse a fin de «permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida».

Por su parte, el artículo 201 LCSP establece que el incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral previstas en el Derecho internacional, el Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional y en los convenios colectivos, en la ejecución del contrato supondrá la imposición de las penalidades del artículo 192 LCSP. De igual forma, el artículo 215 LCSP somete a una serie de requisitos la posibilidad del contratista de subcontratar la ejecución de parte del contrato, cuyo incumplimiento puede suponer una penalidad de hasta el 50% del precio del subcontrato. Y el artículo 217 LCSP, finalmente, prevé la posibilidad<sup>44</sup> de que la Administración establezca la obligación del contratista de aportar la relación de subcontratistas y suministradores que participen en la ejecución del contrato, así como las condiciones relacionadas de manera directa con el plazo de pago y los comprobantes del cumplimiento de este en los plazos legalmente establecidos en la normativa aplicable<sup>45</sup>.

No negamos que estos artículos tengan un carácter indemnizatorio ni que, en consecuencia, deba aplicárseles el artículo 194.1 LCSP, como se dijo en el anterior epígrafe. Ciertamente, cualquiera de aquellos incumplimientos podría conllevar daños a la Administración. Así, por ejemplo, la falta de información sobre los contratos de

---

desproporción entre los daños derivados del incumplimiento del contratista y la penalidad impuesta, hubiera de considerarse esta como una autentica sanción administrativa.

<sup>44</sup> Esta posibilidad devendrá en obligación en los supuestos del apartado 2 del mismo artículo.

<sup>45</sup> El artículo 216 de la propia LCSP y la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en lo que le sea de aplicación.

trabajos en los que ha de subrogarse el contratista entrante (artículo 130 LCSP) supondría una elevación inesperada de los costes del contrato y un trastorno en su ejecución. Asimismo, el incumplimiento de las obligaciones laborales o medioambientales (artículo 201 LCSP) podría provocar una huelga por parte del personal contratado o una paralización de la actividad por parte de la autoridad medioambiental competente. La subcontratación de una sociedad que no tiene la aptitud requerida por la Administración (artículo 215.4 en relación con el artículo 65 LCSP) podría llevar a un cumplimiento defectuoso o un retraso en el mismo. Y el impago a los subcontratistas o suministradores del contratista (artículo 217 LCSP) podría suponer igualmente la paralización de la actividad de estos y, por ende, de la ejecución del contrato.

Pero todo ello no es óbice para no reconocer con facilidad un carácter represivo en estas disposiciones<sup>46</sup>, en las que, ciertamente, los daños que razonablemente se pueden prever son meramente hipotéticos, para supuestos extremos. Además, de producirse, responderían más bien a otro tipo de penalidades, como las relativas al cumplimiento defectuoso o al incumplimiento por demora (artículos 192 y 193 LCSP) y, aun encajando en unas u otras penalidades, estos daños podrían ser muy inferiores a la totalidad de la penalidad impuesta. La intensidad del carácter represivo dependería, en este caso, de la diferencia entre el importe de las penalidades, por un lado, y el alcance del trastorno que el incumplimiento de estas obligaciones hubiera supuesto a la ejecución del contrato y los efectivos daños que, en consecuencia, hubiera sufrido la Administración, por el otro<sup>47</sup>.

Por todo lo expuesto, el primer argumento utilizado por la jurisprudencia para negar el carácter sancionador o punitivo de las penalidades (la afirmación de su naturaleza indemnizatoria o coercitiva en sentido amplio) no da una respuesta plenamente satisfactoria a la cuestión, especialmente en el actual marco normativo. Más acertada parece la segunda línea jurisprudencial que enunciamos más arriba. Esta partiría de

---

<sup>46</sup> Un dato muy revelador a este respecto es que el artículo 201 LCSP prevé que, ante la aplicación, por parte del contratista, de condiciones salariales inferiores a las reconocidas en los convenios colectivos aplicables, se impondrán las correspondientes penalidades, cuando tal aplicación haya sido «grave y dolosa», elemento este último más cercano al Derecho sancionador.

<sup>47</sup> A este respecto, resulta muy interesante el dato de que el legislador, con la aprobación de la LCSP, ha triplicado la cuantía de las penalidades diarias por incumplimiento por demora, pasando de 0,20 € por cada 1.000 € del precio del contrato (artículo 212.4 TRCLSP) a 0,60 € por cada 1.000 € (artículo 193.3 LCSP).

admitir el carácter represivo o punitivo de las penalidades, pero distinguiéndolo del carácter sancionador de las sanciones administrativas en sentido estricto.

En esta línea argumental, el Tribunal Supremo no entra a discutir si las penalidades poseen o no un cierto carácter sancionador, sino que centra sus esfuerzos en distinguirlas de las sanciones administrativas en sentido estricto. Su fundamento lo encontramos en que tales penalidades no constituirían una manifestación del *ius puniendi* del Estado, dirigidas a castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la Ley<sup>48</sup>. Más bien, el ejercicio de las prerrogativas que ostenta la Administración, como el de la autotutela declarativa, iría encaminado a garantizar los derechos de la Administración contratante como parte del contrato, sin que tal posición privilegiada altere o desnaturalice la relación surgida de la convención aceptada por los contratantes<sup>49</sup>.

Sobre esta base, el Tribunal Supremo ha venido rechazando reiteradamente en los últimos años el carácter sancionador en sentido estricto de las penalidades contractuales, hasta el punto de declarar esta cuestión como «común y pacífica», rechazando, por consecuencia, las garantías de los artículos 24 y 25.1 CE<sup>50</sup>.

Queda por saber, no obstante, si ésta consolidada jurisprudencia se rectificará una vez más ante el tenor de las nuevas disposiciones. Y es que las penalidades de los artículos 150.2, 153.4, 193.2, 201 y 217.2 LCSP vienen tipificadas directamente por la Ley, incluso en su cuantía en el caso de los tres primeros artículos citados<sup>51</sup>. Por tanto, poco puede negociar el contratista sobre este punto, más que avenirse y aceptarlas, si es que quiere contratar con la Administración, igual que le sucede a la persona que aspira a ser funcionario público, que acepta sin más el régimen disciplinario que disponga el

---

<sup>48</sup> Véase la STS 8163/1988, de 21 de noviembre, FJ 4, a la que siguieron las SSTS 1129/1990, de 10 de febrero, FJ 1, 3177/2005, de 18 de mayo, FJ 5, y, más recientemente, 611/2012, de 13 de febrero, FJ 4.

<sup>49</sup> STS 7286/1991, de 26 de diciembre, FJ 3.

<sup>50</sup> STS 1689/2019, de 21 de mayo, FJ 5.

<sup>51</sup> Ello ha llevado a GARCÍA ÁLVAREZ (2018: 1313) a equipararlas con auténticas sanciones administrativas, aunque precisamente respecto a estas tres penalidades, que son reflejo de figuras civiles clásicas como las penas convencionales, las arras penitenciales y las cláusulas penales de demora, se antoja desproporcionado que se les opongan todas las garantías que implica el Derecho Administrativo Sancionador, como, por ejemplo, el principio de presunción de inocencia.

legislador, cuya inclusión dentro del Derecho Administrativo Sancionador, con todas sus garantías, está ahora fuera de toda duda<sup>52</sup>.

En cualquier caso, la inaplicación del Derecho Administrativo Sancionador no deja indefenso al contratista ante los excesos de la Administración contratante al imponerle una penalidad. Por el contrario, con algunos de los principios más elementales del Derecho de obligaciones, como el *pacta sunt servanda*, o el consentimiento como base de todo vínculo obligacional puede llegarse a resultados muy similares a los que tendríamos de aplicarse el artículo 25 CE, como se comprobará en el siguiente epígrafe.

A la vista de lo expuesto a lo largo de este epígrafe, queda patente la complejidad que entraña la determinación de la naturaleza de las penalidades, a lo que no parece haber ayudado mucho el legislador con las novedosas disposiciones de la actual LCSP que, exceptuando los artículos 194.1 LCSP y 264.2 LCSP, tienen unos matices sancionadores que hacen cuestionar la jurisprudencia actual. A pesar de ello, podemos concluir provisionalmente que, conforme a la legislación vigente: (1) las penalidades contractuales poseen, ante todo y con carácter general, un carácter indemnizatorio, (2) al que se le suma un carácter sancionador en lo que exceda la penalidad de los daños efectivamente derivados del incumplimiento contractual, (3) pudiendo contener igualmente un carácter coercitivo en sentido estricto según se configure la penalidad, (4) teniendo todas estas funciones un efecto disuasorio, coercitivo en sentido amplio o de presión sobre el contratista; (5) sin que pueda afirmarse de manera apriorística cuál de ellas predomina sin analizar cada penalidad concreta<sup>53</sup>.

### **III. LA INCLUSIÓN DE PENALIDADES CONTRACTUALES**

Aclaradas, dentro de lo posible, las funciones que cumple o puede cumplir la previsión e imposición de penalidades contractuales, nos encargaremos a continuación de exponer los principales aspectos, sustantivos y formales, en los dos momentos esenciales

---

<sup>52</sup> De hecho, respecto a estas penalidades, y del mismo modo que ocurre en el Derecho disciplinario aplicable a los empleados públicos, cabría admitir ciertas matizaciones o modulaciones en algunos de los principios generales aplicables en el ámbito administrativo sancionador, lo que, lejos de negar su naturaleza sancionadora, vendría justamente a confirmarla. Así, podrían ser razonables, como exigencia lógica de la estructura jurídica de los contratos, algunas modulaciones a los principios de reserva de ley o de tipicidad.

<sup>53</sup> En definitiva, ocurre con las penalidades en la contratación pública lo mismo que DÍAZ PAIRÓ (1945) describió en su momento con las cláusulas penales civiles: «se produce tal multitud de hipótesis en la vida práctica, que solo frente a cada una de ellas cabe determinar de manera concreta y precisa qué función tiene y predomina en la cláusula estipulada en cada caso» (citado por CASTÁN TOBEÑAS, 2008: 205).

en las penalidades contractuales: su establecimiento o inclusión en la relación contractual y su eventual imposición, una vez producido el incumplimiento de la obligación principal.

En el presente capítulo nos ocuparemos de la previsión de penalidades en el contrato que tiene lugar, como es lógico, en la fase de preparación del contrato, distinguiendo las cuestiones sustantivas y las cuestiones de forma.

## **1. Las cuestiones sustantivas en el establecimiento de penalidades contractuales**

Las principales preguntas que nos deben plantearse a la hora de preparar el contrato, en lo que respecta a las penalidades, y que abordaremos a continuación son: 1) qué obligaciones pueden garantizarse mediante esta cláusula accesoria; 2) qué tipo de responsabilidad puede exigirse al contratista por el incumplimiento de la obligación garantizada; y 3) qué penalidades pueden imponerse, esto es, cuál puede ser su contenido.

A tal fin, conviene destacar, con carácter previo, un aspecto troncal en la legislación de contratos del sector público y, específicamente, de la preparación de estos: la libertad de pactos (artículo 34.1 LCSP). De acuerdo con este principio, «en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración»<sup>54</sup>. Lo que viene a ser la traslación del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC: «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

Esta libertad de pactos supone en el ámbito de la contratación, en cierta medida, una inversión de la clásica vinculación positiva que, con carácter general, tiene la Administración a la ley<sup>55</sup>. Esta no solo podrá hacer aquello que expresamente le permita el ordenamiento, sino todo lo que no lo contravenga<sup>56</sup>. En este sentido, la Administración,

---

<sup>54</sup> Con la misma literalidad ya encontrábamos el artículo 25.1 de la LCSP/2007 y del TRCLSP, así como el artículo 4 de la LCAP y del TRLCAP, en este caso, con un ámbito subjetivo circunscrito únicamente a las Administraciones públicas.

<sup>55</sup> Sobre la vinculación positiva al ordenamiento pueden verse, entre otros, REBOLLO PUIG y LÓPEZ BENÍTEZ (2017: 134 y ss.).

<sup>56</sup> La referencia expresa al interés público y a los principios de la buena administración viene a reforzar, más que proclamar, su papel como límites a la libertad de pactos, toda vez que la satisfacción del interés general (artículo 103.1 CE) y los principios de buena administración [artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)] son pilares de nuestro ordenamiento jurídico.

en principio, contaría con la autonomía que disfruta cualquier otro particular, teniendo presente que la voluntad de la Administración siempre ha de dirigirse a satisfacer el interés general (artículo 103.1 CE) y con la enorme diferencia práctica de que, mientras el Derecho privado y, especialmente, el civil, es eminentemente dispositivo, en la legislación de contratos del sector público abundan los preceptos de carácter imperativo, respecto a los que no cabe más excepción que la expresamente prevista en la propia Ley<sup>57</sup>.

### **1.1. Las obligaciones que pueden garantizarse mediante penalidades contractuales**

Como ya se definió, la penalidad contractual constituye una cláusula accesorias que resulta exigible una vez se incumple la obligación principal que se trata de reforzar. En el capítulo anterior, ya mencionamos, todas las obligaciones que el legislador ha previsto que pueden o deben garantizarse con la previsión y eventual imposición de penalidades. Toca ahora ordenarlas y describirlas brevemente con el objeto de hacernos una idea de las posibilidades de las que goza la Administración para reforzar el cumplimiento de las obligaciones que corresponden al contratista. Para ello, conviene distinguir dos grandes categorías: a las que denominaremos «precontractuales» y «contractuales» en función de que sean anteriores o posteriores al perfeccionamiento del contrato. Las primeras serían aquellas dirigidas, precisamente a perfeccionar el contrato, mientras que las segundas integrarían propiamente el contenido obligacional contractual del contratista.

Dentro de las obligaciones precontractuales se identifican dos, las contenidas en los artículos 150.2 y 153.3 LCSP. La primera de ellas consiste en que el licitador que presentó la mejor oferta facilite a la Administración contratante, en el plazo de 10 días a contar desde el requerimiento de esta última, la documentación necesaria al efecto de que se le adjudique el contrato, a saber: 1) la documentación justificativa de reunir los requisitos del artículo 140 a) y c) LCSP; 2) la documentación justificativa de disponer de los medios

---

Ni siquiera la referencia a este último como límite es totalmente imprescindible en un Estado de Derecho como el español (artículo 1.1 CE) en el que todas las personas y poderes públicos están sujetos al ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE), incluida, por supuesto, la Administración pública (artículo 103.1 CE). Sobre los principios de buena administración al hilo de la contratación pública véase WIC GALVÁN (2018: 296-297).

<sup>57</sup> Como puntualizan CANALES GIL y HUERTA BARAJAS (2018: 80-81), con apoyo en la STS 7487/2003, de 25 de noviembre, y como es común, por otro lado, al ámbito de la contratación, ya sea pública o privada, «solo se puede pactar lo que es derecho dispositivo, no las normas de *ius cogens*».

a que se hubiese comprometido a destinar a la ejecución del contrato conforme el artículo 76.2 LCSP; y 3) la relativa a haber constituido la garantía definitiva procedente.

Por su parte, la segunda obligación consistiría en que, una vez adjudicado el contrato, el licitador adjudicatario lo formalice en el plazo correspondiente, esto es, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de la adjudicación, en caso de que dicha adjudicación no sea susceptible de recurso especial conforme el artículo 44 LCSP o, si este fuera posible, dentro de los 5 días siguientes al requerimiento del órgano de contratación, tras comprobar este último que ningún licitador a interpuesto dicho recurso o que, habiéndose interpuesto, el órgano competente para resolverlo lo ha desestimado.

Como dijimos en el capítulo anterior, la inclusión de las penalidades contractuales respecto a este tipo de obligaciones no tendría, a nuestro entender, tanto la finalidad de que el licitador cumpla con sus obligaciones, sino más bien la de prevenir que presente una oferta a la licitación de la que luego no responda y, en su caso, castigar dicha conducta y resarcir los perjuicios que le haya ocasionado a la Administración contratante.

En contraposición a estas, encontramos las obligaciones contractuales, dentro de las cuales podríamos distinguir tres tipos: en primer lugar, aquellas que constituyen la propia prestación objeto del contrato (construir un aulario, unas viviendas de protección oficial, prestar el servicio de transporte escolar, etc.); en segundo lugar, las relaciones sobre las condiciones, generales y especiales, en que debe ejecutarse el contrato (con un determinado personal, haciendo uso de productos *ecofriendly*, empleando a personas en paro, etc.); y en tercer lugar, otras obligaciones –de carácter instrumental– de información y colaboración con la Administración durante el desarrollo del contrato.

En cuanto a las obligaciones consistentes en la prestación objeto del contrato, baste con decir en este punto que su regulación de las penalidades ligadas a su incumplimiento se encuentra comprendida, de forma ordenada, en los artículos 192 y 193 LCSP, en los que se contempla la imposición de penalidades para los tres tipos de incumplimientos posibles al respecto, es decir, el cumplimiento defectuoso de la prestación principal, el incumplimiento parcial de la misma y el incumplimiento por demora.

No tiene esa suerte de orden, en cambio, la previsión de penalidades relativas a los incumplimientos de las condiciones, generales y especiales, de ejecución de la prestación.

Por el contrario, su regulación se encuentra dispersa a lo largo de la LCSP. Concretamente en los artículos 76.2, 201, 202.3, 215.3 y 217.

Comenzando por las obligaciones generales que establece directamente el legislador, respecto a las cuales se prevé la posible imposición de penalidades, se encuentran: en primer lugar, aquellas referidas al respeto de la normativa aplicable en materia medioambiental, social y laboral (artículo 201 LCSP)<sup>58</sup>; en segundo lugar, la de subcontratar únicamente a aquellas personas que tengan aptitud suficiente para ejecutar la parte objeto del subcontrato, que no se hallen incurso en prohibición de contratar conforme el artículo 71 LCSP [*ex* artículo 215.2 b) LCSP], y que cumplan con las condiciones especiales de ejecución de carácter social y medioambiental que se hayan exigido al contratista (*ex* artículo 202.4 LCSP)<sup>59</sup>; y en tercer y último lugar, la de pagar a los subcontratistas y suministradores que participen en la ejecución del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 216 LCSP y en la Ley 3/2004, de 29 de noviembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (artículo 217.1 párr. 2.º LCSP). Con la previsión de la eventual imposición de penalidades respecto a estas obligaciones el legislador pretende evitar en lo posible que, por un lado, se infrinja el ordenamiento jurídico en el seno de un contrato público y, por otro lado, que se falsee la competencia en la licitación, reduciendo el precio del contrato en detrimento de las condiciones laborales de los trabajadores, de las subcontratas o suministradores, o incluyendo en la oferta subcontratistas con un buen prestigio para mejorarla, sin que luego se lleguen a contratar, entre otros ejemplos.

Por lo que respecta a las condiciones especiales de ejecución que la Administración contratante puede establecer, asociando a ellas unas penalidades, podemos identificar: en

---

<sup>58</sup> Obligación y penalidad que se introducen con la LCSP, transponiendo lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, con el propósito de dar una visión estratégica a la contratación pública, fruto de la conocida como Estrategia Europa 2020 (Comunicación de la Comisión Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, de 3 de marzo de 2010). De esta manera, la contratación pública pasa a ser una herramienta al servicio de las Administraciones para alcanzar los fines que le son propios, destacadamente los de carácter social. *Vid.* HERNÁEZ SALGUERO (2018: 1192 y ss.) y GIMENO FELIÚ (2018: 53-59).

<sup>59</sup> A esta obligación habría de añadirse que si en la licitación, por exigencia de la Administración, se hubieran especificado las empresas subcontratistas y las partes de la ejecución en las que intervendrían, el contratista no podrá subcontratar a otras, ni a aquellas para partes distintas de la ejecución, sin el consentimiento de la Administración contratante [artículo 215.2 c) LCSP]. Y, de manera similar, en los contratos de carácter secreto o reservado o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales, el contratista deberá tener autorización expresa del órgano de contratación [artículo 215.2 d) LCSP] a fin de que este pueda valorar la idoneidad de los respectivos subcontratistas.



primer lugar, la obligación de que el contratista se comprometa a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales y personales que se fijan como suficientes (artículo 76.2 LCSP)<sup>60</sup>; en segundo lugar, la obligación de realizar la prestación conforme a las condiciones de carácter social, laboral y medioambiental que hubiese establecido la Administración contratante, tales como emplear a personas en situación de riesgo de exclusión social o con dificultades de inserción laboral o utilizar medios respetuosos con el medio ambiente (artículo 202 LCSP)<sup>61</sup>; y, por último, la Administración, atendidas las características del contrato y solo en algunos de ellos, puede establecer como obligación que ciertas tareas que se consideren críticas sea directamente ejecutadas por el contratista, no pudiendo hacer uso de la subcontratación para estas tareas [artículo 215.2 e) LCSP].

Por último, dentro de las obligaciones contractuales, han de citarse las relativas a informar y colaborar con la Administración contratante. Estas tienen por finalidad, principalmente, facilitar al órgano de contratación la comprobación del cumplimiento de las obligaciones a las que nos hemos referido. Particularmente, sobre el cumplimiento de las condiciones de subcontratación [artículo 215.2 b) y c) LCSP] y del pago a los subcontratistas y suministradores (artículo 217.1, párr. 2.º LCSP). Pero, también, existe una obligación de colaboración por parte del contratista más allá de la propia ejecución del contrato. Es la consistente en informar al órgano de contratación sobre los contratos de trabajo en los que habría de subrogarse un nuevo contratista, de procederse a licitar un nuevo contrato (artículo 130.1, párr. 2.º LCSP). El objeto de esta obligación, como decimos, no es asegurar el correcto cumplimiento del contrato actual, sino el de preparar uno nuevo con la información más exacta posible sobre los costes laborales que debería asumir el contratista adjudicatario del siguiente contrato.

Ante el amplio elenco de obligaciones cuyo incumplimiento permite la posibilidad de imponer penalidades son dos las cuestiones que nos planteamos. En primer lugar, si, a pesar de la gran cantidad de obligaciones que se prevén en la LCSP, es posible incluir penalidades que refuercen otras obligaciones distintas. Y, en segundo lugar, qué margen de disposición tiene la Administración sobre la previsión o no de estas penalidades o, en

---

<sup>60</sup> Se trata de una norma de carácter no básico (Disposición Final 4.ª LCSP), aunque no se encuentra en las normas autonómicas ningún pronunciamiento al respecto, por lo que debemos entender se aplica a todo el territorio nacional (*ex* artículo 149.3 CE).

<sup>61</sup> Son solo algunos ejemplos del largo listado que se recoge en su apartado 2.º, de *numerus apertus*, que complementan lo dispuesto en el artículo 201 LCSP con el fin de reforzar esa visión estratégica que debe tener la contratación pública (*vid.* nota 59).

otras palabras, si podría ésta renunciar a incluir esta cláusula accesoria confiando en que el contratista cumplirá puntualmente sus obligaciones contractuales.

En lo que se refiere a la primera cuestión, la respuesta debe ser, en nuestra opinión, afirmativa, con ciertas matizaciones. Es verdad que podría interpretarse que el hecho de que el legislador haya especificado en todas estas obligaciones descritas la posibilidad de imponer penalidades significa, a contrario sensu, que el legislador no quiere que se establezcan penalidades en relación con otras obligaciones. Así, por ejemplo, no podría ser objeto de penalidad el incumplimiento de las condiciones que el artículo 214 LCSP impone al contratista sobre la cesión del contrato. E, incluso, sería cuestionable la imposición de penalidades por la falta de colaboración con el órgano de contratación en la comprobación de las condiciones de ejecución que fueran exigibles de acuerdo con los arts. 76, 201 y 202, toda vez que no se especifica en estos artículos que la negativa a informar sobre estos aspectos sea susceptible de penalidad<sup>62</sup>.

Sin embargo, no apreciamos en el marco normativo actual la voluntad del legislador de restringir el uso de esta cláusula accesoria. No se encuentra a lo largo de las diferentes normas en materia de contratos del sector público una mínima referencia en tal sentido, ni, menos aún, una disposición en la que se prohíba la previsión de penalidades respecto de una obligación concreta. Más bien, en su caso, diríamos que su voluntad es la contraria, atendiendo al uso progresivo de esta figura por parte del legislador, ampliándose con cada nueva norma los supuestos en que se prevé expresamente la imposición de penalidades. A ello debe sumarse el hecho de que, en muchos de estos supuestos, la enumeración de las obligaciones susceptibles de penalidad no es exhaustiva, sino ejemplificativa<sup>63</sup>. En línea con esta postura, encontramos el artículo 264.1 LCSP el cual, lejos de agotar todas las obligaciones penalizables respecto al contrato de concesión de obras<sup>64</sup>, amplía de largo el elenco de obligaciones que hasta ahora habíamos contemplado:

---

<sup>62</sup> Aunque, ciertamente, en estos supuestos no sería descabellado equiparar la negativa a informar al incumplimiento mismo de las respectivas obligaciones.

<sup>63</sup> El ejemplo más claro es el del artículo 202.2 LCSP y el extenso listado de fines que el legislador sugiere perseguir con las obligaciones de carácter medioambiental, social y laboral.

<sup>64</sup> Aplicable igualmente al contrato de concesión de servicios de acuerdo con el artículo 293.2 LCSP.

*«Deberán considerarse penalizables [entre otros] el incumplimiento total o parcial por el concesionario de las prohibiciones establecidas en esta Ley, la omisión de actuaciones que fueran obligatorias conforme a ella»<sup>65</sup>.*

A la vista de todo lo expuesto, y con base en la libertad de pactos a la que ya hemos aludido anteriormente (artículo 34.1 LCSP), debemos concluir que, en principio, la Administración puede prever penalidades en caso de incumplimiento de obligaciones distintas a las que se han descrito más arriba<sup>66</sup>, entre ellas, las relativas a la cesión del contrato (artículo 214 LCSP). Lo que no quiere decir, sin embargo, que sea conforme a Derecho la previsión de una penalidad por el incumplimiento de cualquier obligación ni en cualquier caso.

No puede olvidarse que la libertad de pactos está subordinada al respeto del ordenamiento jurídico, lo cual obligará a examinar la conformidad a Derecho de cada una de las penalidades que se quieran incluir en la relación contractual correspondiente. Así, resulta cuanto menos discutible que se previese la posibilidad de imponer una penalidad por no reponer o ampliar la garantía definitiva cuando esta se hubiese visto reducida como consecuencia de una indemnización por daños y perjuicios o, precisamente, por la imposición de una penalidad (artículo 109.2 LCSP), o bien por incumplir la obligación que, en su caso, tuviese el contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos (artículo 202.1, párr. 3.º LCSP). Y es que, en ambos supuestos, el legislador ha previsto la consecuencia de tales incumplimientos: la resolución del contrato, sin que se aluda a la posibilidad de imponer penalidades, como sí se hace en otros preceptos (véanse artículos 76.2 y 202.3 LCSP)<sup>67</sup>.

En cualquier caso, el respeto al ordenamiento jurídico se traduce, particularmente, en atender a los principios rectores de la contratación pública<sup>68</sup>, entre los que debemos destacar el principio de proporcionalidad y sus subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), así como el principio de concurrencia. La validez

---

<sup>65</sup> No parece razonable entender que este precepto suponga una excepción al régimen general en el sentido de que en el resto de contratos no se permita prever penalidades para obligaciones distintas a las previstas, sino que, en las concesiones de obras y de servicios, *deberán* (en todo caso) considerarse penalizables los incumplimientos de las obligaciones que establezca la LCSP.

<sup>66</sup> En esta línea se expresa, aunque refiriéndose al TRLCSP, GARCÍA ÁLVAREZ (2018: 1302).

<sup>67</sup> Además, podría argüirse la incompatibilidad de estas dos opciones (la imposición de penalidades y la resolución del contrato) sobre la base de los artículos 192.2 y 193.3 LCSP.

<sup>68</sup> Un análisis ordenado de estos principios puede verse en FERNÁNDEZ ASTUDILLO (2018: 87-103).

de la penalidad dependerá, no solo de que la propia cláusula accesoria respete todos estos principios, sino que los respete igualmente la obligación principal que se trata de garantizar con la penalidad. En esta línea se expresan los artículos 76.3 y 202.1 LCSP cuando dicen respectivamente que «la adscripción de los medios personales o materiales [...] razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación» y que las condiciones especiales de ejecución de carácter social, ético o medioambiental deberán estar «vinculadas al objeto del contrato» y «no sean directa o indirectamente discriminatorias».

La segunda cuestión que nos planteábamos, sobre la posibilidad de renunciar a la imposición de penalidades, con carácter previo a la ejecución del contrato, es sin duda más sencilla y la respuesta debe ser esta vez negativa. Y es que respecto de muchas de las obligaciones que hemos visto, si no la mayoría, la LCSP establece imperativamente que se prevea en el contrato la imposición de penalidades en caso de su incumplimiento. En efecto, son claros los términos en los que se expresan los artículos 150.2 y 153.4, así como los artículos 192.2, 193.3, 314.4, 201, párr. 3.º, 217.2, 130.3 LCSP («se le exigirá el importe», «dará lugar a la imposición de penalidades», «la imposición de penalidades (...) será obligatoria para la Administración», «contemplará necesariamente»). Por tanto, estas disposiciones deben entenderse como normas *ius cogens*, sobre las cuales no cabe pacto en contrario. La Administración solamente podrá decidir sobre la inclusión de las penalidades asociadas al cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del contrato (artículo 192.1 LCSP), a las condiciones especiales de ejecución de los artículos 76.2 y 202 LCSP, de las relativas a la subcontratación, así como de las obligaciones relativas a los pagos a subcontratas y suministradores del artículo 217.1 LCSP cuando no se trate de un contrato de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los 5 millones de euros, y siempre cuando el importe de la subcontratación sea igual o superior al 30% del precio del contrato, en cuyo caso, la previsión de penalidades deviene obligatoria (apartado 2.º).

### **1.2. La responsabilidad exigible al contratista en el incumplimiento**

La siguiente cuestión que debemos plantearnos es la relativa al sistema de responsabilidad que va a regir para el caso de que se produzca el incumplimiento susceptible de penalidad. Es decir, cuándo va a responder el contratista ante un incumplimiento de alguna de sus obligaciones. ¿Nuestro ordenamiento exige que haya culpa para imponer una penalidad?

¿Es posible una responsabilidad objetiva? ¿Cabe la posibilidad de que se pacte que el contratista responda en todo caso, incluso en supuestos de fuerza mayor?

Son varios los datos que ayudan a esclarecer la cuestión. El primero de ellos es que, como ya se expuso, no nos encontramos en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, sino en el ámbito contractual en el que, en su caso, la penalidad correspondiente puede jugar una función punitiva, y en el que son las partes las que pactan la responsabilidad de cada una. Este es justamente el segundo dato que ha de tenerse en cuenta: la libertad de pactos que rige en la contratación pública (artículo 34.1 LCSP), con las matizaciones que ya se hicimos. Por tanto, no será *conditio sine qua non* que concurra culpa para que el contratista deba responder por un incumplimiento contractual, sino que dependerá de la voluntad de las partes.

En esta línea se expresó el Tribunal Supremo en las sentencias 8821/1988, de 15 de diciembre, FJ 3, 7286/1991, de 26 de diciembre, FJ 3 y 3236/1999, de 11 de mayo, FJ 6:

*«la cláusula penal, en un contrato civil o administrativo, generalmente no ha de suponer necesariamente –salvo previsión de esta exigencia–, la exigencia de culpa, sino que puede presentar la expresión de una responsabilidad económica de carácter objetivo, voluntariamente aceptada por la parte a quien perjudica».*

En efecto, no se aprecia ningún indicio en el actual marco normativo que haga pensar que se requiera culpa para imponer una penalidad al contratista. Más bien al contrario, como apunta el Tribunal Supremo. En este sentido, son ilustrativos los artículos 153.4, 192.2 y 193.3 LCSP en los que se podrá imponer una penalidad al contratista, por no formalizar el contrato, ejecutarlo solo parcialmente o ejecutarlo incurriendo en mora, respectivamente, siempre y cuando el incumplimiento sea «imputable» al contratista. No se emplea en estos artículos el término de culpa, al contrario del supuesto de incautación de la garantía definitiva en caso de resolución del contrato, para lo cual se requiere el incumplimiento «culpable» del contratista (artículo 213.3 LCSP). No parece que esta distinción terminológica sea un descuido fruto de una técnica legislativa defectuosa, como sí se aprecia en otros supuestos. Más aún si tenemos en cuenta que esta diferencia entre los términos empleados para la imposición de penalidades y la incautación de la garantía

definitiva por resolución del contrato está presente en nuestro ordenamiento desde 1965 (artículos 45 y 53 LCE), sin que el legislador haya hecho modificación alguna al respecto.

Además, reforzando esta idea, puede mencionarse el artículo 71.2 c) LCSP, en el cual se establece como causa de prohibición de contratar el haber sido objeto de una penalidad por el incumplimiento de alguna cláusula esencial del contrato, cuando tal incumplimiento estuviera calificado como infracción grave, «concurriendo [además] dolo, culpa o negligencia en el empresario».

A la vista de todo ello, debe afirmarse que no es necesaria la concurrencia de culpa para la imposición de penalidades, sino que podrá pactarse una responsabilidad objetiva. De hecho, parece que este último debe ser el régimen de responsabilidad a falta de previsión expresa, más aún si se tiene en cuenta el principio de riesgo y ventura, que se proclama en el artículo 197 LCSP. Siendo así, el contratista, salvo pacto en contrario, deberá responder de todo incumplimiento que corresponda a una de sus obligaciones, excepto en los casos en que concurra fuerza mayor (*ex* artículo 197 y 239 LCSP), dicho de otro modo, el contratista responderá de todo incumplimiento que fuera «evitable» (STS 8821/1988, de 15 de diciembre, FJ 3), aunque la evitación del incumplimiento requiriese una diligencia mayor a la del empresario medio<sup>69</sup>.

Por último, a la vista particularmente de los artículos 197 y 239 LCSP que acabamos de citar, debe rechazarse la posibilidad de que el contratista responda incluso en los casos de fuerza mayor, aunque ello se permita en el ámbito civil (*ex* artículo 1105 CC), pues la voluntad del legislador en este aspecto parece clara y, de hecho, razonable, no pudiendo trasladarse al contratista todo el riesgo de la ejecución del contrato.

### **1.3. El contenido de las penalidades contractuales**

Queda finalmente por tratar cuál puede ser el contenido de la penalidad y qué extensión podrá tener. Con respecto a su contenido, ha de decirse que, en el ámbito del Derecho civil, la cláusula penal puede consistir en una obligación de hacer, aunque en la

---

<sup>69</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo se expresó contundentemente en su sentencia 1129/1990, de 10 de febrero, FJ 1, manteniendo que «es característica acusada de los contratos administrativos el que se entiendan celebrados a riesgo y ventura del contratista, tratando de defender este principio la inmutabilidad del *contractus lex*, salvo en los casos de fuerza mayor; de donde se sigue la consecuencia de que esa cláusula entraña que el contratista conoce cómo en el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento posible y dañoso, y corre el albur que todo ello implica sabiendo de su posibilidad y de la esperanza de que no suceda».

práctica se configure comúnmente como una obligación dineraria, como apunta CASTÁN TOBEÑAS (2008: 201-202). Pero ¿puede preverse una penalidad que consista en una obligación de hacer o de dar, distinta del pago de un dinero? ¿Podría establecerse en un contrato, en el marco de la crisis de la Covid-19, que la contratista, de no suministrar en el tiempo en la calidad fijada los Equipos de Protección Individual objeto del contrato, estuviera obligada a entregar un mayor número de EPIs de los pactados inicialmente?<sup>70</sup>.

A la luz del actual marco normativo, parece que debemos rechazar esta posibilidad pese a la libertad de pactos de la que en principio disfruta la Administración. No cabe desde luego respecto a las obligaciones de facilitar la documentación necesaria para la adjudicación del contrato ni la de su formalización (artículos 150.2 y 153.4 LCSP) en las que se indica que la Administración exigirá el *importe* del 3% del presupuesto base de licitación<sup>71</sup>. Tampoco en el supuesto de un incumplimiento por demora respecto del cual el artículo 193.3 LCSP especifica la cantidad dineraria que deberá satisfacer el contratista por cada día de retraso. Y lo mismo ha de decirse de las penalidades que se estipulen en un contrato de concesión de obras o de servicios pues se dispone expresamente que estas penalidades serán «de carácter económico» (artículos 264.2 y 293.2 LCSP).

Algo más de juego podría dar la redacción del artículo 192 LCSP, especialmente, su apartado 2.º del que nada se puede inferir sobre este extremo. Sin embargo, una lectura sistemática de la LCSP nos lleva a la misma conclusión alcanzada respecto a los otros artículos que se acaban de tratar. Y es que, como se verá en el último epígrafe del trabajo, las dos únicas formas de pago de la penalidad que prevé el artículo 194.2 LCSP es su deducción de los pagos futuros que debieran abonarse al contratista o de la garantía definitiva que, en su caso, se hubiese constituido. Por tanto, no habría forma de hacer efectiva la penalidad de no ser una cantidad dineraria. Es evidente que el legislador ha pensado únicamente en esta opción a la hora de redactar este artículo.

---

<sup>70</sup> Piénsese que las diferentes Administraciones competentes estimasen que necesitan un mayor número de equipos de protección individual del que van a contratar, pero que no tienen capacidad presupuestaria para adquirir más, o no pueden conseguir ese número de equipos en un plazo razonable. No sería descabellado en este supuesto que se estipulase tal penalidad como la de obligarse a entregar un mayor número de EPIs. Aunque, ciertamente, esto puede plantear problemas prácticos: ¿sería eficaz exigir un mayor número de equipos de protección individual si el contratista no ha entregado aún aquellos a los que se comprometió?

<sup>71</sup> Además, en estos casos, en los que precisamente no se termina de perfeccionar el contrato, de acuerdo con el artículo 36.1 LCSP, no tendría lógica que se pudiese obligar al licitador a realizar una prestación más allá del pago de una cantidad dineraria.

Bien es cierto que no deja de ser llamativo que el propio artículo 194.2 LCSP se refiera expresamente a las penalidades «previstas en los dos artículos anteriores» (sobre los incumplimientos de la prestación principal, a los que deben añadirse los relativos a las condiciones especiales de ejecución de los artículos 76.2 y 202 LCSP en tanto el artículo 192.1 los recoge explícitamente). Sin embargo, ello no influye en la conclusión, pues el artículo 192 es el marco de referencia al que se remiten la mayoría de los preceptos que prevén penalidades (artículos 76.2, 130.4, 201, 202.3 LCSP), sin olvidar el tenor literal del resto de preceptos de los que aún no hemos hablado. Así, por ejemplo, el artículo 215.3 hace referencia a que la penalidad podrá ser de hasta el 50% del precio del subcontrato y el artículo 217.1, párr. 2.º dispone, en línea con el artículo 194.2 LCSP, que la garantía definitiva responderá de la penalidad. En definitiva, por muy útil que pudiera resultar una penalidad consistente en cosa distinta al pago de una cantidad dineraria, no parece que tal medida tenga cabida en nuestro actual ordenamiento jurídico.

La segunda pregunta que nos hacíamos versa sobre la extensión que puede tener la penalidad, esto es, qué margen de actuación tiene la Administración para decidir sobre su *quantum* a la hora de incluir la penalidad en la relación contractual.

Como ya nos debe resultar natural, la Administración no disfruta de plena libertad para fijar la extensión de la penalidad que desee. Por el contrario, existen ciertos límites. El primero de ellos y más elemental es el ya mencionado principio de proporcionalidad. Una vez concluido que la previsión de una penalidad es idónea y necesaria para garantizar la obligación principal de que se trate, es imprescindible llevar a cabo una ponderación entre lo que se pretende garantizar (teniendo en cuenta los fines que puede perseguir la penalidad: coercitivo, indemnizatorio y sancionador) y los efectos restrictivos que la cuantía de la penalidad puede tener en la concurrencia en la licitación, así como el mal que debe soportar el contratista de imponérsele finalmente la penalidad. En este sentido, el artículo 192.1 LCSP advierte que las penalidades «deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento» al igual que el artículo 264.2 señala que «se establecerán en los pliegos de forma proporcional al tipo de incumplimiento y a la importancia económica de la explotación». Es decir, deberá fijarse una cuantía de tal forma que la penalidad sea útil para el fin que se previó, sin que al contratista le resulte más beneficioso el hacer frente a ella que realizar la obligación que se trata de asegurar, pero sin que ello suponga gravar en exceso su incumplimiento.



Además de este límite general, aportando algo más de seguridad jurídica, el legislador como regla general ha marcado unos límites máximos, por encima de los cuales –podríamos decir– se entiende que la penalidad sería desproporcionada y, por tanto, no conforme a Derecho. Estos límites se recogen principalmente en el artículo 192.1 LCSP a los que se remiten los artículos 76.2, 130.4, 201 y 202.3 LCSP<sup>72</sup>. Cada una de las penalidades que se asocian a las obligaciones que se recogen en estos preceptos «no podrán ser superiores al 10% del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50% del precio del contrato». Por su parte, el legislador ha establecido un límite máximo específico a las penalidades asociadas a las obligaciones en materia de subcontratación, que podrán alcanzar el 50% del precio del subcontrato [artículo 215.3 a) LCSP]. Y, asimismo, también se fijan unos límites específicos para los contratos de concesión de obras que dependen de si el incumplimiento tiene lugar en la fase de construcción o en la fase de explotación. En el primer caso, «el límite máximo de las penalidades a imponer no podrá exceder del 10% del presupuesto total de la obra», mientras que en el segundo supuesto se establece un límite máximo anual el cual «no podrá exceder del 20% de los ingresos obtenidos por la explotación de la obra pública durante el año anterior» (artículo 264.2 LCSP); límite este último que es de aplicación igualmente a los contratos de concesión de servicios (artículo 293.2 LCSP)<sup>73</sup>.

Por último, hemos de mencionar cuatro penalidades en las que el legislador no se ha limitado a fijar unos topes máximos, sino que ha establecido directamente su *quantum*. Primero, las precontractuales de los artículos 150.2 y 153.4 LCSP, que se fijan en el 3%

---

<sup>72</sup> Resulta muy llamativo que, si bien con la LCSP se ha dado mayor seguridad jurídica al contratista en el caso de las penalidades por cumplimiento defectuoso al fijar los referidos límites en el artículo 192.1 LCSP, nada se menciona en el apartado 2.º de este artículo sobre el incumplimiento parcial de la prestación objeto del contrato, lo que plantea serias dudas sobre la aplicación de los límites que se indican en el apartado 1.º en este supuesto de incumplimiento.

Por otro lado, también debe reseñarse lo que creemos que es una errata en el artículo 76.2 LCSP que se remite precisamente al apartado 2.º del artículo 192 LCSP cuando es el apartado 1.º de este último artículo el que menciona al artículo 76.2 LCSP, junto con el artículo 202 LCSP, lo cual tiene mucha más lógica dado ambos preceptos –artículo 76.2 y 202 LCSP– se refieren a condiciones especiales de ejecución.

<sup>73</sup> Por su parte, como ya anunciamos al comienzo de este trabajo, los legisladores autonómicos de Navarra y Extremadura, han optado por reunir todos los incumplimientos penalizables y fijar una escala según sean leves, graves o muy graves, tipificando la extensión de la penalidad en cada uno de los casos: hasta el 1% las leves, del 1% hasta el 5% las graves y del 5% al 10% las muy graves, del precio de adjudicación, en el caso de Navarra, y del precio del contrato, IVA excluido, en el caso de Extremadura, (artículos 146.3 de la Ley Foral de Navarra 2/2018 y 16.4 de la Ley 12/2018 de Extremadura) pudiendo alcanzar la penalidad, en el caso de Navarra el 20% del precio de adjudicación, si se tratan de incumplimientos de las condiciones especiales de carácter social, medioambiental o social. Sin duda, opción esta que entendemos mucho más conveniente por la facilidad para su comprensión por parte de todos los sujetos implicados.

del presupuesto base de licitación, IVA excluido; en segundo lugar, la penalidad relativa al (doble) cumplimiento defectuoso del contrato de elaboración de proyectos de obras del artículo 314.4 LCSP, que supone el 25% del precio del contrato; y, por último, la penalidad con mayor repercusión, con diferencia, en la práctica administrativa: la relativa al incumplimiento por demora, cuyo importe es de 0,60 € diarios por cada 1.000 € del precio del contrato, IVA excluido, si bien es cierto, que en este último caso el legislador admite una variación de esta cuantía «cuando atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique»<sup>74</sup>.

## **2. La forma y momento en que deben incluirse las penalidades**

Abordadas en los dos subepígrafes anteriores las cuestiones sustantivas principales sobre la inclusión de penalidades en la relación contractual, deben analizarse en el presente subepígrafe dos cuestiones formales de igual importancia y estrechamente relacionadas entre sí: cómo, cuándo y dónde han de incluirse las penalidades contractuales.

### **2.1. Sobre cómo han de incluirse las penalidades: la tipificación y su justificación**

Para resolver estas cuestiones debemos partir, en primer lugar, del elemento más básico de toda relación contractual, ya sea privada o pública: el consentimiento de las partes contratantes (artículos 1254, 1258, 1259 y 1261 y ss. CC). Estas solo quedarán obligadas respecto de los pactos, cláusulas y condiciones en las que hayan prestado un verdadero consentimiento. Sobre esta base, la redacción de las penalidades que se quieran introducir en la relación contractual deberá ser precisa, clara e inequívoca de tal forma que el contratista pueda conocer qué incumplimientos darán lugar a las penalidades de que se traten y cuáles serán las cuantías que en cada caso deberá afrontar<sup>75</sup>. Requisito este

---

<sup>74</sup> Una parte de la doctrina, (*vid.* LARA GONZÁLEZ, 2018b: 1163), entiende que, al no especificarse el sentido de la variación que habilita el legislador, la distinta cuantía fijada por la Administración puede ser tanto superior como inferior. Sin embargo, se nos antoja realmente difícil sostener que la correcta ejecución del contrato requiera de la previsión de una penalidad inferior a la preestablecida, cuando precisamente la fuerza de esta medida reside en la cuantía a la que, en su caso, deberá hacer frente el contratista. A lo sumo, se podría tratar de defender que reducir la cuantía supondría una mayor concurrencia de licitadores y que, de esta manera, podría contratarse con una mejor empresa de la que se haría de no reducir la penalidad; argumento que, insistimos, creemos tiene difícil acogida en el marco normativo actual.

<sup>75</sup> Un ejemplo un tanto burdo de lo que aquí se dice es el supuesto de hecho examinado en la STS 6977/1990, de 6 de octubre, en el que el Ayuntamiento de Pamplona impuso una penalidad por incumplimiento por demora por parte de «Construcciones y Contratas, S.A.» con base en una cláusula contractual la cual solo

de la tipificación que se extiende, incluso, a la graduación de los incumplimientos relativos a una misma obligación. El contratista deberá conocer no solo los incumplimientos de qué obligaciones conllevarán una penalidad, sino los supuestos en los que esos incumplimientos serán considerados como leves o graves, sin que tal determinación pueda postergarse al momento en que ya se haya producido el incumplimiento<sup>76</sup>.

No se recoge en la LCSP mención alguna al respecto en lo referente a la inclusión de penalidades más allá de lo previsto en el artículo 264.1, relativo a los contratos de concesión de obras y de servicios (artículo 293.2 LCSP), en el que se exige que en los pliegos se distinga entre los incumplimientos de carácter leve y grave<sup>77</sup>. Sin embargo, no ha de olvidarse que, precisamente, en los casos en los que nada se prevea en la LCSP ni en las normas de Derecho administrativo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil, entre las que se encuentran los ya citados artículos 1254, 1258 y 1261 y ss.

---

y únicamente contenía, cumplimentada a mano, la cifra de 20.000 sin ningún otro dato más, lo que llevó al Tribunal a declarar la cláusula por no puesta.

En contrapartida, tampoco se puede exigir la invalidez de la penalidad, sobre la base de este requisito de tipicidad, por el hecho de que la cláusula contractual no presente una extraordinaria minuciosidad y grado de detalle. En este sentido, la STS 611/2012, de 13 de febrero, FJ 6, declaró conforme a Derecho la obligación de Trasmediterránea, S.A., contratista del servicio de líneas de interés público entre la fachada peninsular y Ceuta y Melilla, consistente en que pernoctase un buque atracado en el Puerto de Ceuta todos los días, sin que se especificase qué franja horaria debía considerarse «noche». Esta falta de concreción podría jugar, en su caso, respecto al principio de tipicidad en sentido estricto. Es decir, que el supuesto del que deriva la imposición de la penalidad, así como su cuantía, sean subsumibles en la cláusula contractual que tipificó en su momento la penalidad, como veremos en el epígrafe siguiente.

<sup>76</sup> Sobre esta base, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su resolución 50/2017, de 15 de marzo, declaró no conforme a Derecho una cláusula del pliego en la que se disponía que «las penalidades económicas se gradúan en leves, graves y muy graves, en función de la entidad económica del incumplimiento, de los perjuicios causados a los distintos centros objeto del servicio de vigilancia, tanto a su personal, como al público o al mobiliario y enseres, a la reiteración de los requerimientos realizados a la adjudicataria, así como a la reincidencia». El Tribunal administrativa no consideró suficiente este buen número de criterios para determinar la gravedad del incumplimiento, expresando que «los pliegos deben especificar, si así se gradúan, los supuestos en los que incumplimiento o el cumplimiento defectuoso es leve, grave o muy grave, sin que la misma pueda quedar al arbitrio exclusivo del órgano de contratación». Lo cual puede ser cuestionable, pero que da buen ejemplo de la rigurosidad que persigue en el establecimiento de las penalidades.

<sup>77</sup> Por contra, los legisladores de Navarra y Extremadura han incluido en sus correspondientes normas la exigencia de que se califiquen en los propios pliegos los incumplimientos leves, graves y muy graves, atendiendo a criterios como el grado de negligencia del contratista, relevancia económica de los perjuicios derivados del incumplimiento y la reincidencia del contratista (artículos 146.2 de la Ley Foral 2/2018 y 16.2 de la Ley 12/2018, respectivamente), lo cual es sin duda digno de alabanza, por la ayuda que supone para la Administración en su labor de redactar el contrato y, sobre todo, por la seguridad jurídica que aporta a los contratistas.

CC, en los que se consagra el consentimiento de las partes contratantes como un elemento fundamental e indispensable de todo contrato.

Además de este requisito fundamental de la tipificación, debe hacerse referencia al deber de la Administración de justificar por qué entiende necesaria la inclusión de las penalidades respectivas. Se trata de un requisito básico que se extiende a toda actuación administrativa en la que se ejerzan potestades discrecionales [artículo 35.1 i) LPAC], que igualmente se exige en el ámbito de la contratación pública (artículo 116.1 LCSP) y que sirve como instrumento de fiscalización del funcionamiento de la Administración. En nuestra opinión, la Administración debería justificar en el expediente de contratación [ex artículo 116.4 e) LCSP] siquiera de forma sucinta la inclusión de las penalidades tanto respecto de los supuestos en los que desplegarían eficacia, como respecto a la cuantía en la que se han fijado cada una de ellas<sup>78</sup>, teniendo presente, además, los efectos potenciales que dicha inclusión tiene sobre la concurrencia de los licitadores.

## **2.2. Sobre cuándo y dónde han de incluirse las penalidades**

En segundo lugar, en lo que se refiere a las cuestiones del cuándo y dónde, juegan un papel destacado los principios de igualdad y no discriminación y confianza legítima. El primero, como uno de los principios más elementales tanto en nuestro Derecho nacional (artículo 14 CE), como en el Derecho de la Unión Europea [artículos 20 y siguientes de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)] y que tiene su reflejo en materia de contratación pública en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE y en el artículo 1.1 LCSP en el que se transpone aquel. El segundo principio –confianza legítima– de origen alemán, fue acogido por la jurisprudencia comunitaria y más tarde por la española, hasta ser consagrado finalmente en nuestro ordenamiento en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [actual artículo 3.1 e) LRJSP], como explica MUÑOZ MACHADO (2016: 144-146), y que se extiende al ámbito de la contratación pública por mor del artículo 25.2 LCSP.

---

<sup>78</sup> En esta línea, se manifestó en su momento la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid en su Informe 6/2004, de 9 de junio, la cual condiciona dicha inclusión a que su necesidad «se justifique debidamente en el expediente».

En virtud de estos dos principios, no solo el contratista que resulta adjudicatario, sino todos los licitadores deben conocer de manera precisa, clara e inequívoca los casos en los que podrá imponérseles una penalidad y el contenido de esta, con el fin de que puedan valorar el objeto del contrato, así como las consecuencias, al menos potenciales, de resultar adjudicatarios del mismo. No sería conforme a Derecho la posibilidad de que la Administración, una vez adjudicado el contrato, incluyese una penalidad. En primer lugar, porque ello pondría en riesgo el principio de igualdad, dado que no se podría asegurar si la Administración hubiera actuado de la misma forma de haber sido otro licitador quien hubiera resultado adjudicatario. Y, en segundo lugar, porque vulneraría la confianza legítima que el licitador depositó en la Administración, toda vez que aquel presentó su oferta sobre la base de unas cláusulas y condiciones entre las que no aparecería la penalidad correspondiente.

Por tanto, el momento en que debe incluirse las penalidades que quiera establecer la Administración contratante debe ser el de la fase de preparación del contrato, y el pliego de cláusulas administrativas particulares donde deben recogerse todas y cada una de estas penalidades, con la excepción de las que, según vimos, el propio legislador ha tipificado por completo (artículos 150.2, 153.4, 193.3 y 314 LCSP)<sup>79</sup>. Como bien es sabido, los pliegos y, especialmente, los de cláusulas administrativas particulares son considerados como la ley o leyes del contrato, como nos recuerda BERNAL BLAY (2018: 957-959). No solo son parte integrante del contrato, sino que este debe ajustarse al contenido de aquellos (artículo 122.4 LCSP), sin que se puedan modificar posteriormente salvo para subsanar un error material, de hecho o aritmético (artículo 122.1 LCSP) ni incluir en el contrato derechos u obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos (artículo 35.2 LCSP), precisamente para preservar los principios de igualdad y de confianza legítima de los que venimos hablando<sup>80</sup>.

Por ello, el legislador se ha preocupado de indicar, en relación a cada una de las penalidades previstas por ley, que deben de incluirse en los pliegos y, concretamente, en

---

<sup>79</sup> Al estar plenamente definidas por la LCSP, son directamente vinculantes a las partes contratantes, de acuerdo con los artículos 25.2 y 188 LCSP.

<sup>80</sup> Asimismo lo destaca SÁNCHEZ CARMONA (2018: 802), con apoyo en el Informe 32/12 de la Junta Consultiva Estatal, de 27 de junio de 2014. Y en esta misma línea, el Tribunal Supremo declaró como inadmisibles la imposición de una penalidad prevista no en los pliegos de cláusulas administrativas, sino en «unas circulares emanadas por la superioridad [la Administración], como reglas de orden interno» (STS 2024/1980, de 12 de junio).

los pliegos de cláusulas administrativas particulares [artículos 76.2, 122.3, 130.4, 192.1, 193.3 párr. 2.º, 202.3, 215.3, 217.1 párr. 2.º, 250.1 k) y 264 LCSP]. En este punto, cobra especial interés la nueva redacción del artículo 192.1 LCSP en la que se elimina la posibilidad recogida en el antiguo 212.1 TRCLSP de incluir las penalidades respectivas en «el documento contractual»; y se reemplaza por la alusión al «documento descriptivo», que sustituye a los pliegos en los procedimientos de adjudicación del dialogo competitivo, que tampoco podrá ser modificado con posterioridad (artículos 116.3 y 174.1 LCSP). Al respecto, debemos subrayar que esta referencia al documento contractual se mantiene, sin embargo en la redacción del artículo 76.2 LCSP (antiguo 64.2 TRLCSP), lo que a la vista de lo argumentado, se debe a un *lapsus* del legislador y no a una decisión deliberada, más aún si tenemos en cuenta que el propio artículo 192.1 LCSP incluye en su redacción las penalidades relativas a las obligaciones de este artículo 76.2 LCSP<sup>81</sup>.

Por último, en lo que respecta al *quando*, debemos aún atajar dos interrogantes más. En primer lugar, si, pese a lo dicho, cabría incluir en la relación contractual una penalidad con posterioridad a la aprobación de los pliegos con base en los artículos 204 y 205 LCSP, relativos a las modificaciones contractuales. Y, en segundo lugar, si la Administración contratante puede anticiparse a la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares e incluir directamente en los pliegos de cláusulas administrativas generales determinadas penalidades.

Respecto al primer interrogante, debemos distinguir los artículos 204 y 205 LCSP, pues las modificaciones del primero corresponden a aquellas expresamente recogidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuya validez, además exige que estén formuladas de «forma clara, precisa e inequívoca» [artículo 204.1 a) LCSP]. Por tanto, es perfectamente viable la previsión de una penalidad o su ampliación garantizando una obligación que ha sido incluida de acuerdo con el artículo 204 LCSP. Por el contrario, no puede sostenerse la misma conclusión de las modificaciones realizadas con base en el artículo 205 LCSP, que no están previstas en los pliegos. Y es que estas modificaciones deben ser «estrictamente indispensables» [artículo 205.1 b) LCSP], lo que no es compatible con la inclusión o ampliación de una penalidad atendiendo a su condición de

---

<sup>81</sup> Conclusión que se ve reforzada por la eliminación igualmente de la posibilidad que se establecía en el antiguo artículo 118.2 TRLCSP (actual 202.3 LCSP) de establecer penalidades relativas a las condiciones especiales de ejecución de carácter medioambiental, social o laboral en «el contrato», a las cuales también se refiere expresamente el artículo 192.1 LCSP.

cláusula accesoria. El hecho de que sirva para reforzar la obligación principal no puede llevar a concluir que sea «indispensable». Por tanto, debe reiterarse que la inclusión de penalidades habrá de realizarse antes de la adjudicación, en los pliegos de cláusulas administrativas.

Respecto al segundo interrogante –la inclusión de penalidades en los pliegos de cláusulas administrativas generales–, ha de decirse que, en tanto cláusulas o condiciones tipo, no parecen ser los más idóneos donde recoger las penalidades, toda vez que, como vimos en los epígrafes anteriores, deben responder al principio de proporcionalidad, teniendo en consideración los fines y circunstancias concretos. No obstante, no puede obviarse que el propio legislador ha tipificado la penalidad correspondiente al incumplimiento por demora con carácter general, en cualquier contrato administrativo (artículo 193.3 LCSP). Por tanto, resultaría desproporcionado a nuestro entender que, con el fin de racionalizar los procesos de contratación pública, la Administración contratante no pudiese prever para contratos de un objeto análogo la inclusión de determinadas penalidades, lo que, además, concuerda con lo dispuesto en el artículo 66.2 a) RLCAP<sup>82</sup>; aunque, dado que la doctrina mayoritaria niega la naturaleza normativa de estos pliegos, las penalidades en ellos previstas deberán recogerse en el propio contrato para que surtan efectos jurídicos<sup>83</sup>.

#### **IV. LA IMPOSICIÓN DE PENALIDADES CONTRACTUALES**

Una vez preparado el contrato, habiendo incluido en los pliegos las penalidades precisas para reforzar el cumplimiento de las correspondientes obligaciones, y adjudicado aquel, el ahora contratista debe ejecutar el contrato en los términos que prescriban las normas aplicables (artículo 25.2 LCSP) y los pliegos o el documento descriptivo que los sustituya (artículos 188 y 189 LCSP).

En el presente capítulo se analizará cómo debe actuar la Administración contratante ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones del contratista tipificadas como

---

<sup>82</sup> Según este, los pliegos de cláusulas administrativas generales se referirán a los efectos del contrato relativos, entre otros, a la «ejecución del contrato y *sus incidencias*».

<sup>83</sup> Así lo apuntan, aunque sin referirse concretamente a las penalidades contractuales, GARCÉS SANAGUSTÍN y PALOMAR OLMEDA (2018: 390).

penalizables, para lo cual seguiremos el mismo esquema empleado en el capítulo anterior, distinguiendo entre las cuestiones sustantivas y las formales o procedimentales.

Pero antes, debemos destacar la naturaleza de la imposición de penalidades, pues esta influirá en mayor o menor medida en todas aquellas cuestiones que procederemos a estudiar. La imposición de penalidades es una prerrogativa de la Administración, la cual constituye una manifestación de la autotutela declarativa, conformada por los principios de ejecutividad (artículo 38 LPAC) y de presunción de validez (artículo 39.1 LPAC) de los actos administrativos<sup>84</sup>. Ello con independencia de que se le reconociera esta condición expresamente y con carácter general en las anteriores regulaciones en materia de contratos (véanse LCE y artículos 60.1 LCAP, 59.1 TRLCAP, 194 LCSP/2007 y 210 TRLCSP) y sin perjuicio de que pueda discutirse si actualmente es subsumible la imposición de penalidades en el actual artículo 190 LCSP, en el que se enumeran las prerrogativas de la Administración contratante. Las consecuencias de su inclusión o no en este precepto las analizaremos en el último epígrafe del presente capítulo. Lo que nos interesa ahora es destacar esta condición como prerrogativa de la imposición de penalidades, que, por otro lado, se evidencia en el artículo 194.2 LCSP y, definitivamente, en el artículo 216.1 h) LCSP, que expresamente reconoce tal cualidad a la imposición de penalidades, aunque lo haga en relación con el contrato de concesión de obras<sup>85</sup>.

De esta manera, la imposición de penalidades, como prerrogativa, se presenta como una facultad exorbitante de la Administración que tal y como expresa GONZÁLEZ IGLESIAS (2018: 134), constituye una excepción a la igualdad de las partes en el contrato. Por consiguiente, deberá ejercerse de acuerdo con los principios reglas y límites que correspondan en cada caso a fin de que su ejercicio no sea consecuencia del puro voluntarismo de la Administración contratante, sino que responda a lo que dicten las normas aplicables y a lo establecido en el contrato, con el fin último de satisfacer los intereses generales (artículo 103.1 LCSP).

## **1. Las cuestiones sustantivas en la imposición de las penalidades contractuales**

Si en el momento de la inclusión de penalidades ya se determinaron en mayor o menor medida los incumplimientos susceptibles de penalidad, el sistema de

---

<sup>84</sup> Sobre estos principios elementales de la actividad administrativa, véase REBOLLO PUIG, 2017: 166-172.

<sup>85</sup> Reconocimiento que ya plasmó en los artículos 232.1 h) LCSP/2007 y 249.1 h) TRLCSP.



responsabilidad del contratista y el contenido de la penalidad correspondiente a cada incumplimiento, en este momento toca concretar todos estos elementos en atención a los hechos acontecidos. Para ello deben destacarse los principios que orientarán esta labor de concreción como son el principio de tipicidad en sentido estricto, la satisfacción del interés general y el principio de proporcionalidad.

### **1.1. El principio de tipicidad en sentido estricto**

Como decimos, si la inclusión de las penalidades requiere que estas sean claras, precisas e inequívocas (principio de taxatividad), su imposición exige que la conducta, activa u omisiva, del contratista y la reacción de la Administración sean subsumibles en la cláusula de los pliegos que recogió la penalidad que se pretende imponer (principio de tipicidad en sentido estricto).

La cuestión, pues, consiste en interpretar dicha cláusula, que debe estar dirigida a desentrañar la voluntad de las partes de cuyo consentimiento nace el contrato (artículo 1254 CC). El problema que se plantea es que, conforme a lo que dijimos más arriba, la imposición de penalidades es una prerrogativa cuya aplicación corresponde a la Administración, para lo cual habrá de interpretar el contrato, siendo parte de este. Ello, por razones obvias, puede generar los recelos propios de la aplicación de la clásica prerrogativa de interpretación del clausulado que se reconoce a la Administración desde la Ley de Contratos del Estado de 1965 (artículo 16) y que actualmente se recoge en el artículo 190 LCSP. El estudio de esta prerrogativa excede del objeto del presente trabajo, pero baste decir, con GONZÁLEZ IGLESIAS (2018: 135), que la misma está igualmente sujeta a límites, no pudiendo quedar al arbitrio de la Administración la interpretación de su clausulado de modo que pueda dársele un sentido contrario a sus propios términos, ni menos aún a la voluntad de las partes contratantes, pues, insistimos, esta es la que da origen a la relación obligacional. En consecuencia, ante la ausencia de normas interpretativas en la normativa en materia de contratos públicos, deberemos acudir a los artículos 1281 y siguientes CC para comprobar la corrección de la subsunción del incumplimiento en la cláusula penal<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Sobre la prerrogativa de interpretación de la Administración y de la aplicación por la jurisprudencia de las reglas de estos preceptos del Código Civil puede verse HERNÁNDEZ CORCHETE (2018: 7-9).

Así las cosas, el primer criterio a seguir para interpretar la voluntad de las partes será el tenor literal del clausulado. Se pone en evidencia en este punto la enorme importancia de la claridad y precisión de la redacción de los pliegos, pues, de acuerdo con el artículo 1281 CC, si los términos de la cláusula contractual son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, bastará con aplicar la cláusula en su literalidad: dada una conducta del contratista, tipificada en los pliegos como un incumplimiento penalizable, corresponderá imponer la penalidad que a tal efecto se haya dispuesto, aunque, incluso en estos casos, puede ser discutible imponer estrictamente la penalidad que se había previsto, como veremos en el siguiente epígrafe de este capítulo.

El problema realmente surge cuando la labor administrativa en la redacción de los pliegos no ha sido todo lo detallada y exhaustiva que se desearía o, aun no pudiéndosele poner tacha, nos encontremos ante un hecho que puede dar lugar a ciertas dudas sobre su subsunción en la cláusula de la penalidad contractual. Lo primero que ha de señalarse a este respecto es que el contrato administrativo se configura como un contrato de adhesión en el que la Administración redacta unilateralmente los pliegos, por lo que la oscuridad que pueda existir respecto a la penalidad no puede favorecer a esta (artículo 1288 CC), por más que la Administración disfrute de la prerrogativa de interpretación, debiendo tenerse presentes en todo momento un principio transversal del Derecho y, en concreto, del Derecho de obligaciones como es el principio de buena fe (v. gr. artículos 7.1, 1258 y 1262 CC) y el principio administrativo de confianza legítima (COLÁS TENAS, 2018: 1410), en virtud de los cuales no deberán entenderse comprendidos en el clausulado «cosas distintas y casos diferentes a aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar» (artículo 1283 CC).

Ello no quiere decir, no obstante, que toda penalidad en el que haya algún concepto indeterminado o en que quepa diversas interpretaciones devenga nula o ineficaz. Al contrario, el legislador exige que, ante distintas posibles interpretaciones, se le dé el sentido «más adecuado para que produzca efecto» (artículo 1284 CC), atendiendo a la naturaleza y objeto de la cláusula (artículo 1286 CC) y teniéndose en cuenta los usos y costumbres que puedan servir a tal objeto (artículo 1287 CC).

Un buen ejemplo de lo que decimos lo encontramos en la STS 611/2012, de 13 de febrero. Como ya comentamos, en el litigio se impugnaba la penalidad impuesta por el Ministerio de Fomento a la Compañía Trasmediterránea, S.A., contratista del servicio de

líneas de interés público entre la fachada peninsular y Ceuta y Melilla, por no dejar atracado un buque en el Puerto de Ceuta durante la noche, conforme se disponía en el pliego de Prescripciones Técnicas (cláusula 5.8). Su fundamento radicaba en que el concepto de «noche» no se encontraba descrito en el contrato, sin que se especificasen qué horas debían entenderse comprendidas en la «noche». Sin embargo, este argumento fue rechazado por el Tribunal de instancia, ratificándose por el Alto Tribunal, «pues el concepto “noche” es de común y general conocimiento y entendimiento, sin que precise de especiales concreciones». La clave de la conformidad de la imposición de la penalidad dependerá, en este caso, de si la interpretación del término resulta admisible o, por contra, resulta «amplia o exagerada», «gravando en exceso o de manera injustificada o arbitraria la obligación impuesta», lo cual no ocurrió en el supuesto de hecho. Más bien, declara el Tribunal, la Administración optó por «una interpretación muy beneficiosa para la entidad recurrente, al fijar como periodo de obligación de pernoctar del buque entre las 01:00 y las 06:00 horas, con un margen de tolerancia de 1 hora»<sup>87</sup>.

En definitiva, en lo que concierne al principio de tipicidad en sentido estricto, la corrección de la imposición de la penalidad depende de que su aplicación sea previsible, de modo que pueda entenderse que el consentimiento del contratista no estuvo viciado<sup>88</sup>.

## **1.2. La satisfacción del interés general. La imposición de penalidades, la resolución contractual o la mera tolerancia ante el incumplimiento del contratista**

Sería lógico pensar que bastaría con la aplicación del principio de tipicidad en sentido estricto que acabamos de explicar para que la imposición de la penalidad prevista

---

<sup>87</sup> El Tribunal apelado, con acierto, se muestra contundente al afirmar que «no parece posible limitar más el ámbito temporal de tal obligación, en relación con lo que se entiende por “noche” en contraposición con el concepto “día”», a lo que añade que el horario tenido en cuenta por la Administración es «claramente nocturno, en cualquier época y estación del año» (FJ 6).

<sup>88</sup> Ilustrativa de esta exigencia de previsibilidad, que comparte el principio de tipicidad en sentido estricto del Derecho Administrativo Sancionador (*vid.* BUENO ARMJO, 2010: 187-191), es la STS 5617/2016, de 22 de diciembre, que confirma la STSJ-M 1155/2015, de 6 de febrero. El Ministerio de Fomento impuso una penalidad a Autopista Alcalá O’Donnell, S.A., con la que celebró un contrato para la redacción del proyecto, construcción, conservación y explotación de la obra pública de la Carretera M-203, por no asumir los costes de la expropiación de unos terrenos concretos, cuando en los pliegos se fijaba que la concesionaria asumiría los costes de las expropiaciones de los terrenos necesarios para la construcción de la M-203. Sin embargo, el problema radicaba en que la expropiación cuyos costes se negaba a asumir era la de unos terrenos previstos para la eventual ampliación de la Carretera R-3, perteneciente a otro contrato público, con la que se cruzaba en un determinado punto la referida M-203. Ante lo cual, tanto el Tribunal Superior de Justicia como el Tribunal Supremo concluyeron que no podía preverse objetivamente que la asunción de los costes de aquella expropiación se incluyese en los pliegos del contrato, anulando consecuentemente la imposición de la penalidad.

en los pliegos del contrato fuera conforme a Derecho: constatado el incumplimiento del que debe responder el contratista, habría de imponerse la penalidad tipificada.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que el incumplimiento susceptible de penalidad esté previsto también como causa de resolución del contrato. Esto sucede con el incumplimiento parcial o el incumplimiento por demora de la prestación principal del contrato (artículos 192.2 y 193.3 LCSP). Lo mismo podría decirse, aunque no se indique expresamente, en los casos en que la prestación realizada por el contratista presente defectos penalizables en conformidad con el artículo 192.1 LCSP. En este último caso, la Administración deberá valorar la entidad de estos defectos y si es admisible la recepción de la prestación o si, por el contrario, estos tienen tal entidad que el cumplimiento defectuoso deba equipararse a un incumplimiento total de la prestación, en cuyo caso, podrá resolverse el contrato con base en el artículo 211.1 f) LCSP.

No ocurriría así en los casos de otros incumplimientos, como los relativos a la obligación, del contratista que viene ejecutando el contrato, de informar sobre los contratos de trabajo en los que se debería subrogar el contratista que le sucediese en una posterior licitación (artículo 130.4 LCSP)<sup>89</sup>; o los relativos a los pagos a subcontratistas y suministradores del contratista (artículo 217.1, párr. 2.º LCSP)<sup>90</sup> en los que no se prevé como consecuencia la resolución contractual, sino solo la imposición de penalidades.

Volviendo a aquellos supuestos en los que caben ambas posibilidades –la imposición de penalidades y la resolución–, la cuestión es que el legislador las configura como posibilidades alternativas (*vid.* artículos 192.2 y 193.3 LCSP)<sup>91</sup>. Esta

---

<sup>89</sup> Decisión, a nuestro juicio, acertada, pues en nada serviría al interés general la resolución de un contrato que se está ejecutando correctamente por el hecho de que el contratista no facilite la información precisa para preparar el siguiente contrato que sustituya al actual.

<sup>90</sup> Así se deduce del cambio terminológico que el legislador ha hecho en este precepto con la aprobación de la LCSP. Y es que el artículo 228.bis TRLCSP les atribuía a estas obligaciones el carácter de condiciones «esenciales», cuyo incumplimiento sería susceptible de resolución contractual sobre la base del artículo 223 f) TRLCSP [actual artículo 211.1 f) LCSP]. Su justificación podría encontrarse en la novedosa previsión del artículo 71.3 Directiva 2014/24/UE, que se transpone con la Disposición Adicional 51.ª.1, que permite el pago directo a los subcontratistas por parte de la Administración, y que entendemos debería extenderse por analogía a los suministradores. De esta manera, no sería necesaria la resolución del contrato para salvaguardar los intereses de subcontratistas y suministradores, lo que entendemos resultaría una solución muy satisfactoria tanto para los intereses generales como para los intereses particulares en juego.

<sup>91</sup> Así hubo de recordarlo la STSJ CAT 5907/2008, de 14 de mayo, FJ 18, en la que se examinó la resolución del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas de Cataluña por la que se resolvió un contrato de concesión de obra con Puerto Roda de Bará, S.A., incautándose la garantía definitiva por incumplimiento culpable y, además, imponiéndosele una penalidad por incumplimiento por demora. Ante esta situación, el

incompatibilidad podría tratar de atribuirse al carácter coercitivo, siquiera en sentido amplio, en virtud del cual no estaría justificada la imposición de una penalidad (destinada a forzar al cumplimiento de la obligación) a la que se acompaña la resolución contractual. Sin embargo, este argumento debe rechazarse en atención al artículo 264.3 LCSP, relativo al contrato de concesión de obras (aplicable al contrato de concesión de servicio *ex* artículo 293.2 LCSP), dado que en aquel se dice expresamente que «los incumplimientos graves darán lugar, *además* [de a las penalidades previstas], a la resolución de la concesión en los casos previstos en el correspondiente pliego». La única explicación plausible, entonces, es el voluntarismo del legislador de no agravar en exceso la situación del contratista con la imposición de penalidades junto con la resolución contractual<sup>92</sup>.

Sea como fuere, la Administración debe decidir entre la imposición de penalidades y la resolución del contrato, cuya elección se configura como una potestad discrecional, lo cual no puede confundirse con que su ejercicio sea completamente libre, ni mucho menos arbitrario (artículo 9.3 CE). Por el contrario, esta decisión deberá ir dirigida a satisfacer de la mejor forma posible el interés general que perseguía la ejecución del contrato, conforme a los principios de objetividad, eficacia y eficiencia (artículos 103.1 y 31.2 CE). En este sentido, merece una opinión favorable el cambio en la redacción de los artículos 192.2 y 193.3 LCSP, en los que ya no se dice que la Administración podrá elegir entre las dos opciones «indistintamente» (como se indicaba en el artículo 212.4 y .7 TRLCSP), sino que podrá hacerlo «atendidas las circunstancias»<sup>93</sup>. No se altera con este inciso la naturaleza discrecional de la potestad, pero sí se recalca la obligación de la Administración de valorar los hechos concretos que rodean al contrato y la necesidad de motivar la solución que toma [artículo 35.1 i) LPAC].

---

Tribunal, señalando que se tratan de medidas que no se pueden adoptar simultáneamente, anuló la penalidad, ratificándose dicha decisión en casación (STS 3595/2012, de 14 de mayo).

<sup>92</sup> En esta decisión ha podido influir decisivamente la previsión de la incautación de la garantía definitiva en el caso de la resolución contractual (artículo 213.3 LCSP). Pero, como ya vimos, los presupuestos de su exigibilidad no tienen por qué ser coincidentes, pues para la incautación de la garantía se requiere culpa por el contratista, mientras que en la imposición de penalidades no siempre será una condición necesaria.

<sup>93</sup> Se traslada de esta manera una línea jurisprudencial la cual reivindicaba que «la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias», sin que «[pueda] caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control» (por todas, STS 9850/2001, de 14 de diciembre, FJ 3); en contraste con otros pronunciamientos, también del Tribunal Supremo, en los que daba por válida cualquiera de las dos soluciones sobre la base esta potestad discrecional, sin profundizar en los motivos que llevaron a la Administración a escoger una u otra (*vid.* SSTS 891/1992, de 7 de febrero, y 5428/2011, de 21 de julio).

Sin perjuicio de ello, en la práctica administrativa, parece evidente, como mantiene la doctrina<sup>94</sup> (, que la solución más común será la de continuar la ejecución del contrato con la imposición de penalidades<sup>95</sup>, teniéndose en cuenta lo que supone la resolución del contrato, con el consecuente inicio de la preparación y adjudicación de un nuevo contrato; la inversión de recursos materiales y personales que ello implica y, sobre todo, el retraso en la ejecución del contrato hasta tanto no se reanude por el nuevo contratista, con el consiguiente retraso en la satisfacción del interés general<sup>96</sup>. Luego la resolución contractual quedaría reservada para aquellos casos en los que se apreciaran tales defectos o retrasos que objetivamente fuera preferible iniciar nuevamente otra licitación (STS 9850/2001, de 14 de diciembre, FJ 4)<sup>97</sup>.

En cualquier caso, esta decisión no dependerá exclusivamente del buen juicio de la Administración contratante, sino que existen algunos (pocos) límites a los que ha de estar. En primer lugar, respecto a los incumplimientos por demora, el artículo 193.4 LCSP dispone que, de optar la Administración por la imposición de penalidades –diarias–, no volverá a tener la posibilidad de resolver el contrato hasta que estas penalidades alcancen un múltiplo del 5% del contrato<sup>98</sup>. El legislador pretende con ello dar un plazo razonable

---

<sup>94</sup> Véanse, en este sentido, LARA GONZÁLEZ (2018b: 1162-1163) y FERNÁNDEZ ASTUDILLO (2018: 1126).

<sup>95</sup> En este sentido y de manera muy expresiva el Tribunal Supremo llegó a afirmar que «lo peor para todos, es una relación del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista» (STS 2149/1987, de 26 de marzo, FJ 5).

<sup>96</sup> Por este motivo, el Tribunal Supremo confirmó la anulación de la resolución contractual declarada por el Ayuntamiento de Andorra (Teruel), en relación a un contrato de obras para la edificación de 28 viviendas de protección oficial. De acuerdo con el Tribunal, aunque ciertamente el contratista reanudó las obras, que habían estado paralizadas, con posterioridad al plazo exigido por la Administración, no había indicios que hicieran pensar que las obras no habrían podido finalizar en el plazo pactado.

<sup>97</sup> El objeto del litigio versaba sobre la resolución de un contrato celebrado entre el recurrente y el Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón consistente en la elaboración de un proyecto de construcción de 110 viviendas de protección oficial. Sobre el cual señala con acierto el Tribunal que «es evidente que la resolución del contrato, con la consiguiente necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación y la elaboración del proyecto de construcción de aquellas viviendas dilataría considerablemente en el tiempo su edificación y entrega, por lo que solo habría resultado admisible la resolución contractual si el proyecto adoleciera de tales defectos que lo hicieran inservible, hasta el punto de que su modificación, subsanación o mejora fuera más gravosa que la reiniciación del procedimiento contractual», estimando el recurso de casación y declarando no conforme a Derecho la resolución contractual, habiéndose puesto de relieve por el Tribunal que la Administración no dio opción al contratista para subsanar los defectos detectados.

<sup>98</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO (2018: 1127). En sentido contrario, el propio FERNÁNDEZ ASTUDILLO (2018: 1127- 1128) recoge el Informe 5/2006, de 4 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en el que se defiende que la Administración no está obligada a esperar hasta que las penalidades alcance un múltiplo del 5% del precio del contrato, sino que podrá establecer el plazo que entienda razonable para concluir el contrato, pues «aplicando las cuantías recogidas en el artículo 95.3 [TRLCAP], podría llevar a acumular un retraso de plazo excesivamente largo».

para que el contratista finalice la ejecución del contrato, sin que deba tener sobre sí la espada de Damocles en forma de resolución contractual por demora, configurándose como una garantía para el contratista, como opina LARA GONZÁLEZ (2018b: 1163). También respecto del incumplimiento por demora se establece otro límite, aunque en sentido opuesto. En efecto, de acuerdo con el artículo 211.1 d) LCSP, será preceptiva la resolución contractual cuando se produzca un retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego «por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas»; decisión cuestionable dado que dependerá de las concretas circunstancias que concurran en el supuesto de hecho y, en particular, de si efectivamente se ejecutaría el contrato en un menor plazo, con igual calidad, con la resolución del contrato y su nueva adjudicación. El tercer y último límite, sería el relativo al novedoso artículo 212.1, párr. 2.º LCSP, sobre la resolución por el incumplimiento de la obligación de pagar los salarios a los trabajadores de la contratista. Según este artículo, la resolución del contrato, en este supuesto, solo se acordará a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista, salvo que los trabajadores afectados fueran los que procedieran de la subrogación del artículo 130 LCSP y siempre que los salarios adeudados de estos superen el 5% del precio de adjudicación del contrato. Por lo que, de no concurrir tales presupuestos, solo será admisible la imposición de penalidades.

Por último, antes de cerrar este subepígrafe, merece la pena comentar la posibilidad de la mera tolerancia por parte de la Administración ante el incumplimiento del contratista como una tercera alternativa que plantea HERNÁNDEZ CORCHETE (2018: 17) y que –dice– recomienda el Consejo de Estado, con base en el Dictamen 2268/1998, de 18 de junio<sup>99</sup>. Según recoge el propio autor de este dictamen,

*«el Consejo de Estado entiende, con sensibilidad y realismo, lo que en la práctica es el desarrollo de una relación contractual y como, a veces, cierto grado de ductilidad puede servir al interés público mejor que un*

---

Sin embargo, hay que poner en cuestión que la Junta Consultiva mantenga esta postura ya que las penalidades diarias que se recogían en el antiguo artículo 95.3 TRLCAP eran, en términos relativos, irrisorias (0,12 € por cada 601,01 € del precio del contrato) comparadas con las que establece el actual artículo 193.4 LCSP (0,60 € por cada 1.000 €. En efecto, con anterioridad, para que las penalidades diarias alcanzasen el 5% del precio del contrato habrían de pasar 251 días (más de 8 meses), mientras que con las penalidades diarias actuales este porcentaje se alcanzará en tan solo 84 días (poco menos de 3 meses).

<sup>99</sup> Dictamen emitido con ocasión del Anteproyecto de Ley por el que se modificó la LCAP.

*excesivo rigorismo capaz, en aras de una interpretación alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa».*

Se trataría de que, constatado un incumplimiento por el contratista, la Administración optase por no tomar acciones contra aquel, o ni siquiera iniciar un procedimiento, ante los indicios de un incumplimiento, para conocer la responsabilidad del contratista en este; lo que entendemos, se funda en la premisa de que la correcta ejecución del contrato requiere una buena relación entre Administración y contratista<sup>100</sup>. A lo que habría de añadirse la inversión de tiempo y recursos que conlleva la imposición de penalidades<sup>101</sup> o la resolución contractual; soluciones que podrían resultar, incluso, antieconómicas ante un incumplimiento de escasa entidad cuya penalidad fuera, por ende, poco significativa<sup>102</sup>.

Esta posibilidad podría encontrar amparo hasta en la propia LCSP, concretamente, en el artículo 217 LCSP, en cuyo apartado 2.º reza que «las actuaciones de comprobación e imposición de penalidades por el incumplimiento [de las obligaciones relativas al pago a subcontratistas y suministradores], serán obligatorias» en los contratos de obras y de servicios que superen un valor estimado de 5 millones de euros y en todos aquellos contratos en los que la subcontratación suponga un 30% del precio del contrato. Es decir, que podría defenderse, *a contrario sensu*, que la imposición de penalidades no sería «obligatoria» en el resto de supuestos.

---

<sup>100</sup> Premisa que acogió el Tribunal Supremo en la STS 2149/1987, de 26 de marzo, en la que defiende que existen razones suficientes para que las penalidades o la resolución contractual «solo se adopten cuando estén plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas».

<sup>101</sup> Piénsese en que debe darse inicio al procedimiento, notificar el mismo al contratista, instruirlo, estudiar si se produjo el incumplimiento y si es imputable al contratista, darle audiencia, resolver, notificar la decisión, ejecutar la penalidad y, en su caso, defender la conformidad a Derecho de la penalidad ante los Tribunales, de recurrirse la decisión por el contratista en vía contencioso-administrativa.

<sup>102</sup> Se evidencia una vez más la importancia de una correcta preparación del contrato y redacción de los pliegos, que no convierta en inadecuado o antieconómico un instrumento tan útil como la penalidad. Como ya dijimos en el capítulo anterior, la Administración a la hora de incluir las penalidades en los pliegos deben tener en cuenta todos los costes que el incumplimiento del contratista puede conllevar, incluidos los propios del procedimiento para la imposición de la penalidad.



Sin embargo, creemos que hemos de ser extremadamente prudentes con esta posibilidad que, al margen de que se pueda discutir respecto del artículo 217 LCSP, no se contempla por el legislador.

En primer lugar, a modo de aclaración, ha de señalarse que el Dictamen 2268/1998, de 18 de junio, que citábamos anteriormente, no se refería en ningún momento a la posible imposición de penalidades, sino que trataba la cuestión de los modificados contractuales, sobre los que señalaba que las entidades contratantes han abusado de su uso, justamente, sobre la base de la ductilidad a la que debía plegarse el desarrollo del contrato.

En segundo lugar, porque la imposición de penalidades es una prerrogativa de la Administración y, como tal, su ejercicio es irrenunciable, en línea con GONZÁLEZ IGLESIAS (2018: 134), debiéndose advertir igualmente que la presunción de validez de la que gozan los actos administrativos –como son los pliegos administrativos y el propio contrato– vincula no solo a los particulares –los licitadores–, sino también a la Administración que dictó el acto tal y como explica REBOLLO PUIG (2017: 169), sin que pueda ir libremente contra el mismo.

En tercer lugar, porque esta práctica, de generalizarse, sustraería buena parte de la fuerza coercitiva que reviste a las penalidades, al confiar el contratista que, pese a estar recogida en el pliego la penalidad correspondiente, la Administración no la impondrá.

Y, en cuarto lugar, porque esta práctica lleva un riesgo implícito que se trataba de evitar con la previsión de las penalidades en los pliegos y no en el documento contractual, al que ya hicimos referencia en el capítulo anterior: el posible trato discriminatorio de la Administración dependiendo de quién haya obtenido la adjudicación, pudiendo ser más severa con unos contratistas y más benévola con otros<sup>103</sup>.

Por todo ello, creemos que la mera tolerancia como alternativa a la imposición de penalidades debe ser una medida excepcional, que debería ser congruente con lo que se hubiese establecido en los pliegos. Y que, en cualquier caso, de optarse por ella, la

---

<sup>103</sup> Cabría pensar que podría establecerse en los mismos pliegos la imposición de penalidades o la resolución del contrato como una mera posibilidad a la que puede optar la Administración, pero ello no serviría a prevenir el posible trato de favor para con determinados adjudicatarios y, por otro lado, más que dar seguridad jurídica a los licitadores, provocaría mayor incertidumbre sobre las consecuencias reales del incumplimiento de que se tratase.

Administración deberá motivar por qué ha tomado tal decisión, de acuerdo con el artículo 35.1 i) LPAC, a fin de poderse contralar la misma y evitar conductas arbitrarias.

### **1.3. El principio de proporcionalidad**

Una vez se ha comprobado la existencia de un incumplimiento del que es responsable el contratista y la Administración ha decidido que la mejor reacción es la imposición de una penalidad, de conformidad con lo que se haya previsto en los pliegos, queda por realizar la concreción de aquella, para lo cual habrá de tenerse presente, además del principio de tipicidad en sentido estricto, el principio de proporcionalidad. Pues, si bien es cierto, que la penalidad puede estar perfectamente definida, pueden existir razones que aconsejen o, más bien, requieran su moderación. A este respecto, se analizarán los principios de congruencia y de proporcionalidad en sentido estricto.

#### *A) Principio de congruencia*

Con el principio de congruencia nos referimos a la relación lógica que debe haber entre la actuación de la Administración y los fines a los que va dirigida, así como a la coherencia que deben tener los actos administrativos entre sí. Este principio va más allá de la exigencia de coherencia entre la imposición de la penalidad y lo previsto en los pliegos, derivada del principio de tipicidad en sentido estricto. No podemos perder de vista que el objeto de la celebración y ejecución de un contrato público es la satisfacción del interés público y que, el objeto último de la penalidad es garantizar esa correcta ejecución, independientemente de las funciones y finalidades que revista y configure la naturaleza de la penalidad concreta.

Asimismo, debe destacarse que la Administración no dispone solo de la previsión de penalidades como única herramienta para garantizar el cumplimiento del contrato por parte del contratista, ni siquiera que sea la medida principal. Más aún teniendo en cuenta que, si bien la mera previsión de penalidades tiene efectos preventivos ante un eventual incumplimiento del contratista, la imposición de penalidades supone una medida reactiva ante el efectivo incumplimiento, el cual afecta directamente al interés general que se pretendía satisfacer con la ejecución del contrato.

Con esto queremos señalar que la actuación de la Administración contratante no puede limitarse a penalizar los incumplimientos de los que deba responder el contratista.

Por el contrario, el legislador le confiere a aquella facultades de supervisión y dirección que cuyo ejercicio corresponderá al «responsable del contrato» que deberá designar el órgano de contratación (artículo 62 LCSP). Así, por ejemplo, el artículo 190, párr. 2.º LCSP le atribuye al órgano de contratación facultades de inspección de las actividades desarrolladas durante la ejecución del contrato y el artículo 217.1 LCSP, concretamente, le habilita para comprobar el correcto cumplimiento de las obligaciones de pago a los subcontratistas y suministradores del contratista. Y, asimismo, el mencionado artículo 62 LCSP dispone que compete al responsable del contrato «adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación». La Administración debe, por tanto, mantener una actitud activa y de colaboración, en consonancia con la buena fe contractual, durante toda la ejecución del contrato. De hecho, esta colaboración será en muchos casos imprescindible para la ejecución del contrato (por ejemplo, cuando deba facilitar a la contratista los terrenos o instalaciones donde deberá llevar a cabo la prestación).

En consecuencia, la pasividad de la Administración o el uso poco diligente de sus facultades de dirección deberán conllevar una graduación en la responsabilidad del contratista, cuando no su entera exoneración<sup>104</sup>.

#### *B) Principio de proporcionalidad en sentido estricto*

A los efectos de este trabajo, el principio de proporcionalidad en sentido estricto podría definirse como aquel por cuya virtud la penalidad impuesta debe guardar una relación de proporcionalidad, valga la redundancia, con la gravedad del incumplimiento, como exige el artículo 192.1 LCSP para con los cumplimientos defectuosos de la prestación principal.

Ya vimos que esta misma proporcionalidad se exigía a la hora de establecer las penalidades en los pliegos cuando se trataba de un contrato de concesión de obras y de concesión servicios en los cuales debían distinguirse los incumplimientos leves y graves

---

<sup>104</sup> Un ejemplo de ello lo encontramos en la STS 8896/1988, de 19 de diciembre, en la que se anula la penalidad impuesta a la Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, S.A., por un retraso en la entrega de un Petrolera de Gasoil de 100 toneladas de más de 19 meses. La razón es que, de acuerdo con la sentencia apelada, el principal e inicial retraso en la construcción de dicha Petrolera se debe a la defectuosa definición que la Administración contratante hizo del buque, que hubo de ser subsanada por la contratista, a lo que se suma que, a lo largo de su construcción, siguieron introduciéndose modificaciones por parte de la Administración.

(artículos 264.1 y 293.2 LCSP). Y que, igualmente, respecto al resto de contratos, de graduarse los incumplimientos en los pliegos, el principio de taxatividad aconsejaba fijar claramente qué incumplimientos tendrían un carácter leve, grave o muy grave<sup>105</sup>. Pero, con todo ello, la redacción de los pliegos no podrá ser tan exhaustiva como para agotar todas las circunstancias que pueden concurrir en el incumplimiento del contratista. Por ello, es necesario que, habiéndose verificado el incumplimiento, se ponderen todas las circunstancias para imponer una penalidad equilibrada y justa.

Para esta ponderación, entonces, habrá de tenerse en cuenta, la entidad del propio incumplimiento, los daños derivados del incumplimiento, el grado de negligencia del contratista, la responsabilidad que pudiese tener la propia Administración en el incumplimiento y la existencia de hechos ajenos a la voluntad o al dominio del contratista que, aun no pudiéndoseles considerar fuerza mayor o caso fortuito, influyeran en el incumplimiento del contratista<sup>106</sup>. Además, por supuesto, deberán respetarse los límites máximos que el legislador establece para algunos incumplimientos. En concreto, los relacionados con el cumplimiento defectuoso de la prestación principal y de las condiciones de ejecución de los artículos 76.2, 201 y 202.3 LCSP, así como el incumplimiento de la obligación de informar sobre las condiciones de subrogación de los contratos de trabajo (artículo 130.4 LCSP), cuyas penalidades consideradas en conjunto no podrán superar el 50% del precio del contrato, IVA excluido (artículo 192.1 LCSP).

Buenos ejemplos de la consideración por la jurisprudencia de este principio son las SSTs 1978/2002, de 20 de marzo, y 5110/2012, de 27 de junio. En la primera, el Tribunal confirmó la moderación de la penalidad a la que había procedido el Tribunal de instancia, debido a que la demora en la finalización de las obras objeto del contrato había sido provocada, en parte, por el retraso en la concesión de unos permisos solicitados a las Agencias de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid y de la Junta de Andalucía, pertenecientes a Administraciones distintas a la contratante –la Administración General del Estado–. Ante estos hechos, el Tribunal declaró que aun no estando ante un supuesto de fuerza mayor como causa de exoneración, estas dificultades «[agravaron] el

---

<sup>105</sup> Lo cual, recordemos, es una exigencia en las Comunidades Autónomas de Navarra y Extremadura (artículos 146.3 de la Ley Foral 2/2018 y 16.4 de la Ley 12/2018, respectivamente).

<sup>106</sup> Criterios que se indican, en su mayoría, por los legisladores de Navarra y Extremadura (artículos 146.2 de la Ley Foral 2/2018 y 16.2 de la Ley 12/2018, respectivamente), y que, entendemos, deben tenerse en cuenta no solo para la tipificación de las penalidades en los pliegos, como ya vimos, sino también en el momento de su imposición.

cumplimiento de lo pactado sin culpa o negligencia directamente imputable al contratista, haciendo más difícil la prestación debida».

Por su lado, la STS 5110/2012, de 27 de junio, aunque versa sobre la incautación de la garantía definitiva por la resolución culpable del contratista, nos sirve igualmente al objeto que aquí examinamos<sup>107</sup>. El Tribunal modera la penalidad impuesta por los escasos perjuicios que ocasionó el incumplimiento a la vista de que, como probó la empresa contratista, la Administración contratante, tras la resolución del contrato, no se puso en contacto con ninguna de las empresas que se presentaron a la licitación para que continuasen la obra inacabada.

En definitiva, siguiendo al propio Tribunal Supremo, podemos afirmar que la proporcionalidad constituye un principio reconocido tanto por la jurisprudencia ordinaria, como por la doctrina constitucional, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STS 3177/2005, de 18 de mayo, FJ 6) y que, por tanto, también debe plasmarse en la concreción de la penalidad que se vaya a imponer.

## **2. Las cuestiones formales de la imposición de las penalidades contractuales**

Junto con todos los aspectos sustantivos analizados, deben analizarse otras tres cuestiones formales de gran trascendencia práctica, estas son: 1) la carga de la prueba del incumplimiento penalizable y de la responsabilidad del contratista en aquel; 2) el procedimiento que la Administración debe seguir para imponer la penalidad que corresponda; y 3) el momento en el que la puede imponer.

### **2.1. La carga de la prueba del incumplimiento penalizable y de la responsabilidad del contratista en aquel**

En el Capítulo III analizamos, entre otras cuestiones, la posibilidad que tenían las partes contratantes –o, mejor dicho, la Administración contratante– para reforzar con la figura de la penalidad una amplia gama de obligaciones del contratista, así como para configurar el sistema de responsabilidad del contratista, requiriéndose o no culpa para la imposición de las penalidades que se incluyan en los pliegos. Asimismo, en el primer

---

<sup>107</sup> A este respecto, es ilustrativo que el Tribunal se refiere a esta incautación en varias ocasiones con el término de penalidad, lo que no tampoco debe sorprendernos dado que ambas figuras son reflejo de la cláusula penal del Derecho civil.

epígrafe del presente Capítulo, hemos visto cómo, en buena lógica, el incumplimiento penalizable y la responsabilidad del contratista en aquel deben corresponderse con lo que pactaron las partes –Administración y contratista– en los pliegos del contrato para que la imposición de la penalidad sea conforme a Derecho. ¿Pero quién debe probar estos dos elementos, es decir, la existencia del incumplimiento y la responsabilidad del contratista en aquel? ¿Debe ser la Administración la que tenga la carga de probar ambos por ser ella quien impone la penalidad unilateralmente?

Esta es, a nuestro juicio, la menos controvertida de las tres cuestiones que en este epígrafe se plantean, especialmente, si recordamos, una vez más, que no estamos ante una manifestación del Derecho Administrativo Sancionador en sentido estricto, sino en el seno de una relación obligacional sinalagmática como es un contrato, ya sea público o privado. Por lo que no es aplicable (no lo debe ser) el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 CE en favor del contratista deudor.

Por el contrario, justamente por encontrarnos ante una relación obligacional, es necesario acogerse a los principios de la carga de la prueba en este tipo de relaciones, independientemente de que nos hallemos ante un contrato del sector público y de que una de las partes contratantes sea la Administración. En concreto, la carga de la prueba de estos dos elementos viene regida, principalmente, por el viejo aforismo de que lo normal se entiende probado y lo anormal se prueba.

Partiendo de esta premisa, la lógica del contrato, cualquiera que fuera su naturaleza, es que las partes cumplirán debidamente sus obligaciones, tal como pactaron. Por tanto, lo anormal –y no deseado por nadie– es que alguna de las partes no cumpla, lo que se traduce en que será la otra parte, en este caso, la Administración contratante, quien deberá probar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones y que quiere penalizarle por ello. De la misma manera, aunque en el sentido inverso, probado por la Administración el incumplimiento de una obligación del contratista, lo «normal» es que sea este último el responsable del incumplimiento y, por ende, será al contratista a quien corresponda probar la concurrencia de causas de exoneración de su responsabilidad<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> En línea con lo que ya mantenía hace décadas el civilista Díez-PICAZO (1996: 606-608), sobre la base de lo dispuesto artículo 1214 CC (actualmente contenido en el artículo 217.2 y .3 LEC), según el cual «el

En definitiva, como declara la jurisprudencia, probado el incumplimiento de una de las obligaciones del contratista, pesa sobre este una suerte de presunción de culpabilidad, que, de no vencerse con la acreditación de circunstancias o hechos ajenos a su voluntad o a su ámbito de actuación, determinará la imposición de la penalidad prevista en los pliegos, o de la resolución del contrato, según corresponda<sup>109</sup>.

En cuanto a las circunstancias que puede esgrimir el contratista, la casuística es amplísima, pudiendo mencionar, entre otras, razones climatológicas, conflicto y huelgas laborales en la empresa contratista, incidentes en el desarrollo de la ejecución del contrato como incendios, impedimentos de índole jurídica como la falta de autorizaciones por la Administración y, como ya se vio, la responsabilidad de la Administración contratante<sup>110</sup>. La aceptación de cualesquiera de estas causas, en tanto no presumen ninguna de ellas, dependerá del esfuerzo probatorio del contratista y del criterio de la Administración y, en su caso, de los Tribunales que revisen la decisión de dicha administración<sup>111</sup>, que consideren que dichas circunstancias hicieron «inevitable» el incumplimiento, en caso de

---

acreedor tiene que probar únicamente la existencia de la obligación y el estado de insatisfacción» mientras que será el deudor quien deba probar la existencia de una causa de exclusión de su responsabilidad.

Ello, sin embargo, entendemos que no obsta a que, en ciertas ocasiones, esta regla general ceda ante el principio de disponibilidad o facilidad probatoria, por la que se invierta la carga de la prueba y sea el propio contratista quien deba probar que no existió incumplimiento. Esto podría ocurrir en el supuesto del incumplimiento por demora, dado que en algunos supuestos acreditar que el contratista no ha cumplido puede convertirse en una prueba diabólica. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de suministros de ciertos bienes que no han sido entregados en el plazo acordado. En este caso, el contratista tendría claramente mayor facilidad de probar que cumplió con la certificación de la recepción de los bienes por parte de la Administración contratante.

<sup>109</sup> En este sentido pueden verse las SSTS 8163/1988, de 21 de noviembre, FJ 4, 1129/1990, de 10 de febrero, FJ 1, 3177/2005, de 18 de mayo, FJ 5, y 611/2012, de 13 de febrero, FJ 4.

<sup>110</sup> Ejemplos de todas ellas pueden encontrarse en las SSTS 1321/1987, de 25 de febrero, 2149/1987, de 26 de marzo, 4984/1988

<sup>111</sup> Lo cual recordó el Tribunal Supremo en su sentencia 3748/2004, de 31 de mayo. En lo que aquí interesa, la contratista –Constructora Hispánica, S.A.–, a la cual el Ayuntamiento de San Martín de la Vega impuso una penalidad por el retraso en la construcción del aulario objeto del contrato, alegó en casación que la sentencia apelada erró al descartar que el incendio durante la construcción se produjera por causas naturales y, por tanto, considerar como caso fortuito. Pues dice la contratista que «lo que la prueba puso de manifiesto que es que no se podía determinar la causa del fuego ni descartarse que hubiera mediado sabotaje». Alegación que, como decimos, fue rechazada por el Tribunal sobre la base del artículo 1214 CC (actual artículo 217.2 y .3 LEC).

que se solicite la exoneración total de la responsabilidad<sup>112</sup>, o que hayan influido de manera significativa para su atenuación<sup>113</sup>.

## **2.2. El procedimiento para la imposición de penalidades contractuales**

Mucho más controvertida es la cuestión del procedimiento que la Administración debe seguir para la imposición de penalidades. Particularmente por la STS 652/2019, de 21 de mayo, con la que se forma jurisprudencia<sup>114</sup>.

Según se narra en la sentencia, los hechos de los que derivó la controversia consistieron en que, tras detectarse un posible incumplimiento del contratista, se ordenó el inicio de un «expediente» para determinar la imposición de penalidades, a cuyo efecto se le dio trámite de audiencia, y que finalizó «por resolución» pasados más de 4 meses desde que se iniciara dicho «expediente», por lo que adujo la recurrente que se había sobrepasado el plazo de caducidad de 3 meses que marcaba el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), que se corresponde con el actual artículo 21.3 LPAC.

Ante estos hechos, sorprendentemente, el Tribunal Supremo argumentó que las penalidades contractuales «constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del [que, denomina] procedimiento de ejecución», cuya imposición «no implica un procedimiento autónomo o diferenciado del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación», concluyendo que no eran aplicables los artículos 42 a 44 LRJPAC (actuales artículos 21 a 25 LPAC). Es decir, el Tribunal Supremo afirma que no es necesaria la tramitación de procedimiento alguno para la imposición de penalidades, sino que bastará con que haya

---

<sup>112</sup> Así por ejemplo en la STS 3894/1999, de 2 de junio, el Tribunal rechazó como causa de exoneración las lluvias caídas durante la construcción de la Carretera M-506 por parte de la actual ACS Actividades de Construcción, S.A. para la Comunidad de Madrid. Según el Tribunal, del expediente administrativo, así como de las actuaciones judiciales, no se extrae que las lluvias acaecidas tuvieran relevancia en la ejecución del contrato como para considerarlas una causa excluyente de responsabilidad.

<sup>113</sup> Recuérdese la STS 1987/2002, de 20 de marzo, en la que los retrasos probados en los permisos que debían facilitar las Agencias de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid y de la Junta de Andalucía, si bien no excluyeron la responsabilidad de la contratista, sí la atenuaron.

<sup>114</sup> El marco normativo sobre el que se discutía la cuestión eran la LCSP/2007 y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), pero el contenido sustantivo de todos los preceptos que en esta sentencia se analizan no ha variado con el TRLCSP ni con la actual LCSP, ni tampoco con la vigente LPAC, debiendo destacarse que el propio Tribunal tiene en cuenta a todas estas a lo largo de su exposición, por lo que las manifestaciones del Tribunal mantienen su vigor, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación.



una propuesta del responsable del contrato y una decisión del órgano de contratación, por imperativo del artículo 196.8 LCSP/2007 (actual artículo 194.2 LCSP), así como un «trámite de audiencia o alegaciones» por exigencia de «un cabal entendimiento del principio de proscripción de la indefensión»<sup>115</sup>.

Tratando de darle un cierto orden a los razonamientos aducidos por el Tribunal, podríamos resumir estos en los siguientes tres:

En primer lugar, arguye que la imposición de penalidades no estaba contemplada en los artículos 195 LCSP/2007 ni 211 TRLCSP que establecían el procedimiento que debía seguir la Administración para ejercer las prerrogativas enumeradas en los artículos 194 LCSP/2007 y 210 TRLCSP.

En segundo lugar, que no se regulaba en la LCSP ni en el TRLCSP procedimiento alguno a los efectos de la imposición de penalidades, pese a que los artículos 196.8 LCSP/2007, 212.8 TRLCSP y el vigente 194.2 LCSP prevén que las penalidades se impondrán «por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato». A este respecto, dice el Tribunal que estos preceptos llevan «a la idea cierta de que hay un expediente, pero no un procedimiento». Y es que, argumenta, el expediente, si bien puede ser la documentación de la sucesión de actuaciones que integran un procedimiento, también «puede implicar solo la constancia documental de decisiones». En este sentido, según el Tribunal, el legislador no estaría estableciendo un procedimiento en el artículo 194.2 LCSP, sino fijando unas exigencias mínimas para «evita[r] la idea de imposición de plano».

En tercer lugar, en relación con este último, expone que «con la imposición de penalidades se está ante una “decisión ejecutiva”» dentro de lo que denomina el «procedimiento de ejecución de un contrato», el cual «no tiene por objeto ejercitar una potestad de “intervención” susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen».

---

<sup>115</sup> En relación con esto último, no podemos dejar de reseñar la llamativa posición de la Audiencia Nacional en sentencia 4120/2007, de 3 de octubre, ante la alegación de la contratista denunciando una situación de indefensión por habersele impuesto una penalidad sin darle previamente trámite de audiencia o alegaciones, respecto de la cual declara que no se contempla en el ordenamiento jurídico «de ninguna forma la exigencia de un traslado al contratista antes de dicha imposición», basándose en que las penalidades contractuales no tienen naturaleza sancionadora.

A la vista de los razonamientos que expone el Alto Tribunal, parece necesario, antes de entrar a su discusión, definir qué debe entenderse por «procedimiento administrativo». De acuerdo con la Exposición de Motivos (§ II), el procedimiento administrativo es un «conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración». Se configura de esta forma como «una cadena cuyos distintos eslabones –actos de trámite y actos de los administrados– están orientados a la adopción por la Administración de una decisión que lo resuelva» (ALARCÓN SOTOMAYOR, 2018: 18).

Aclarado este concepto, debemos señalar, en primer lugar, que calificar o asociar a la fase de ejecución del contrato con un «procedimiento» resulta, cuanto menos, forzado, si no erróneo, como sostiene SOLA RODRÍGUEZ (2019: 3). Y es que ciertamente la fase de ejecución no contiene un conjunto de trámites ordenados dirigidos a dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración. Más bien, se pueden distinguir en él, además de la actuación del contratista que constituye la propia ejecución, el ejercicio de algunas facultades (respecto del cual, en muchas ocasiones se necesitará tramitar un procedimiento, ex artículo 191 LCSP), que tienen por fin el aseguramiento de la correcta ejecución del contrato, por más que el contrato se extinga con el acto formal de la Administración de recepción o conformidad respecto a la ejecución del contrato (artículos 209 y 210 LCSP).

En segundo lugar, también llama poderosamente la atención, como se ha narrado, que el Tribunal desligue la imposición de penalidades con «el ejercicio de una potestad de “intervención” susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen» cuando, justamente, la imposición de penalidades constituye una prerrogativa con la que la Administración contratante interviene en la ejecución del contrato para constreñir, castigar y/o reclamar responsabilidad al contratista por un incumplimiento en la misma.

En tercer lugar, debe cuestionarse si el fundamento que hace el Tribunal Supremo basado en que la imposición de penalidades no se incluía en la enumeración de los artículos 196.8 LCSP/2007 y 212.8 TRLCSP, es compatible con el ordenamiento vigente. La razón es que el actual artículo 190 LCSP, a diferencia de sus antecesores, enumera entre las prerrogativas de la Administración el «declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato». Difícilmente puede sostenerse, a la vista de este tenor, que la imposición de penalidades no se halla recogida como prerrogativa en

el artículo 190 LCSP o, al menos, no requiere de la tramitación del «procedimiento» del artículo 191 LCSP, toda vez que, para imponer cualquier penalidad, la Administración ha de declarar la responsabilidad del contratista en el incumplimiento que se va a penalizar.

En cuarto lugar, hemos de destacar que algunas leyes autonómicas asocian de forma expresa la imposición de penalidades con un procedimiento administrativo, para el cual, por cierto, establecen un plazo de caducidad de 6 meses (artículos 3 de la Ley 3/2017, de 1 de septiembre, en materia de gestión y organización de la Administración y otras medidas administrativas de la Comunidad de Castilla-La Mancha, y 16 de la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura). Curiosamente, el propio Tribunal las cita, pero acto seguido las elude bajo el pretexto de que no desarrollan el artículo 194.2 LCSP, ya que este último no es una norma básica (Disposición Final 1.ª LCSP). El hecho de que no son desarrollo de una norma básica, ni que, evidentemente, sean aplicables al caso concreto, no impide que sean tenidas en cuenta para hacer una interpretación hermenéutica de la LCSP que le dé coherencia al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Y, en cualquier caso, aun entendiendo que tales leyes autonómicas no debiesen tenerse en cuenta y que la imposición de penalidades no se encontrase recogida en el artículo 190 LCSP, ni requiriese de la prerrogativa de la declaración de responsabilidad del contratista, incluso así, no puede negarse que la imposición de penalidades requiere de la tramitación de un procedimiento específico, por más que la LCSP solo recoja en su artículo 194.2 que la imposición de penalidades será adoptada por el órgano de contratación a propuesta del responsable del contrato. Porque ya solamente eso, sumado a la necesidad, declarada por el propio Tribunal Supremo de dar trámite de audiencia o alegaciones al contratista, expresa un auténtico procedimiento administrativo, en el que se deberá notificar al contratista la existencia de una investigación sobre el incumplimiento en cuestión, siquiera para darle trámite de audiencia o alegaciones, al que seguirá la propuesta de resolución a cargo del responsable del contrato y que finalizará con la resolución del órgano de contratación. Esto es, un conjunto ordenado de actos de trámite, de la Administración y del contratista, dirigido únicamente a que la Administración contratante dicte un acto imponiendo o no las penalidades contractuales. Procedimiento exactamente igual al del artículo 191 LCSP, con la adición, en algunos supuestos, del preceptivo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo

equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva y, en el caso de la Administración General del Estado, de un informe del Servicio Jurídico correspondiente.

Por todo lo dicho, no podemos compartir la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo en la STS 652/2019, de 21 de mayo. Por el contrario, entendemos que la imposición de penalidades requiere necesariamente de la tramitación de un procedimiento que estará regido por las normas del procedimiento administrativo común de la LPAC, en lo que no se prevea en la LCSP, como apunta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (Informe 8/2018, de 11 de abril), de acuerdo con la Disposición Final 4.<sup>a</sup>.1 LCSP, y que, por tanto, su plazo de caducidad será de 3 meses (artículo 21.3 LPAC)<sup>116</sup>, aunque lamentablemente resulte excesivamente corto en algunos supuestos. Pero ello no puede suponer su inaplicación *contra lege*, sino la petición al legislador de la fijación de un plazo específico más amplio.

### **2.3. El momento en que pueden imponerse las penalidades contractuales**

La última cuestión formal sobre la que trataremos concierne al momento en que la Administración puede imponer la penalidad, la cual encierra, al menos, dos preguntas: 1) ¿a partir de cuándo puede imponerse la penalidad?; y 2) ¿hasta cuándo está facultada para imponerla? ¿existe algún plazo máximo? ¿si fuera así, es de prescripción o de caducidad?

La primera de las preguntas tiene una respuesta sencilla atendiendo al carácter accesorio característico de la penalidad: podrá iniciarse el procedimiento de imposición de penalidades tan pronto como se haya incumplido la obligación principal y, en virtud del principio de ejecutividad de los actos administrativos (artículo 38 LPAC) será exigible desde el momento en que la Administración contratante dicte y notifique la resolución que ponga fin al procedimiento correspondiente.

A este respecto, solo quedaría añadir que, desde la LCE, de 1965 (artículo 45), el legislador dispone que «la constitución en mora del contratista no requerirá interpelación o intimación previa por parte de la Administración», hecho inalterado a lo largo de las diferentes leyes en materia de contratos públicos y que hoy día se recoge en el artículo 193.2 LCSP. Así pues, la imposición de la penalidad por el incumplimiento por demora

---

<sup>116</sup> En este sentido se afirmaba en la STSJ AR 640/2018, de 25 de abril, que «no hay controversia acerca del plazo de caducidad del procedimiento para la imposición de penalizaciones: tres meses».

comprenderá todos los días en que se hubiese retrasado el contratista, lo que entendemos trasladable al resto de supuestos. Es decir, a todas aquellas penalidades en que se hayan configurado como diarias (o con base en otro periodo de tiempo), pero también en las demás penalidades, en el sentido de que, a la hora de concretar la penalidad conforme al principio de proporcionalidad, el órgano de contratación deberá valorar la persistencia del contratista en el incumplimiento de la obligación principal.

La segunda cuestión, sobre hasta cuándo está facultada la Administración para imponer penalidades entraña algo más de complejidad. Especialmente porque, creemos, esto dependerá de la naturaleza con la que se haya configurado la penalidad concreta en los pliegos, como a continuación defendemos. Ello implica, por tanto, la necesidad, con la dificultad que eso conlleva, de determinar la naturaleza de tal penalidad.

La solución por la que –parece– vienen optando nuestros tribunales es por entender que la prerrogativa de imposición de penalidades se extingue con la devolución de la garantía definitiva, una vez transcurra el plazo de garantía fijado en los pliegos, a contar desde la fecha de recepción o conformidad (ex artículo 210.3 LCSP), ello pese a destacar los tribunales el carácter coercitivo, siquiera en sentido amplio, de las penalidades<sup>117</sup>. Su fundamento se encuentra en los artículos 110 b) y 194.2, *in fine*, LCSP<sup>118</sup>. De acuerdo con el primero, la garantía definitiva responde de las penalidades que se impongan al contratista y, en la misma línea, el artículo 194.2 LCSP prevé como las dos únicas posibilidades para hacer efectiva la penalidad su deducción de los pagos al contratista que queden pendientes o, en su caso de la garantía definitiva. Por tanto, una vez devuelta la garantía definitiva, no habrá posibilidad de hacer efectiva la penalidad. Y, en todo caso, dice el artículo 210.3 que, transcurrido el citado plazo de garantía «quedará extinguida la responsabilidad del contratista».

Razonamiento este que no tiene tacha, aunque deben hacerse algunas matizaciones. En primer lugar, creemos que, en concordancia con el principio de tipicidad en sentido

---

<sup>117</sup> Recuérdese la STSJ M 2673/2014, de 26 de marzo, en la que, si bien hubo una resolución previa a la conclusión de la obra objeto del contrato declarándose el incumplimiento por mora imputable al contratista, la concreción de la penalidad no vino hasta dos meses después de la finalización de la ejecución del contrato con una resolución posterior (*vid.* nota 28). Y, en este mismo sentido, la STSJ CL 1282/2012, de 6 de marzo, en la que defiende el Tribunal que ninguna norma de nuestro ordenamiento impide imponer penalidades una vez concluida la obra.

<sup>118</sup> También pueden señalarse en este mismo sentido el artículo 217.1, párr. 2.º, *in fine* LCSP.

estricto, así como el principio de congruencia, no podrá imponerse una penalidad una vez se haya rectificado el incumplimiento si de los pliegos se desprende claramente un carácter predominantemente coercitivo, en sentido estricto. En segundo lugar, hay que señalar que no en todos los contratos se constituirá garantía definitiva de acuerdo con el artículo 107.1, párr. 2.º LCSP. En estos casos, entendemos que lo razonable será que la acción para imponer penalidades precluya una vez la Administración declara la recepción o conformidad respecto a la ejecución del contrato, de acuerdo con la teoría de los actos propios. Y, en tercer lugar, hemos de destacar igualmente una excepción a la regla general que se ha expresado: el caso de los vicios ocultos. Esta cuestión la aborda el legislador en relación con el contrato de obras, en el artículo 244 LCSP:

*«1. Si la obra se arruina o sufre deterioros graves incompatibles con su función con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a un incumplimiento por parte del contratista, responderá este de los daños y perjuicios que se produzcan o se manifiesten durante un plazo de quince años a contar desde la recepción».*

Entendemos que, en estos casos, de existir unos vicios ocultos que no pudieron detectarse durante el plazo de garantía o, de no haberla, de la conformidad en la finalización del contrato, podrían imponerse penalidades, siempre cuando dichos vicios se pudieran subsumir en la cláusula que recogiese la penalidad que se pretende imponer.

## **V. CONCLUSIONES**

A la vista de lo expuesto a lo largo del presente trabajo pueden extraerse las siguientes conclusiones:

La primera de todas, de carácter general. La LCSP adolece de la falta de un marco común en el que se dé respuesta a las cuestiones más elementales en torno a las penalidades contractuales. En este sentido los artículos 192 a 194 LCSP se muestran insuficientes, dejando abiertas a interpretaciones cuestiones tan básicas como su propia naturaleza. A lo que debemos añadir el problema del carácter no básico de estos preceptos (Disposición Final 1.ª LCSP), con excepción, en lo que se refiere a las penalidades, del apartado 1.º del artículo 192, con las importantes discordancias que pueden existir entre las Comunidades Autónomas, incluso, respecto a la propia naturaleza y fines de esta institución, como se ha evidenciado en relación con la naturaleza resarcitoria que, en

parte, tienen las penalidades, con base en el artículo 194.1 LCSP, y que, en cambio, se rechaza por el legislador autonómico de Navarra en el artículo 148.1 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos. Todos estos aspectos dificultan definir un régimen general y armónico de esta institución, siendo obligado hacer una interpretación del conjunto de preceptos dispersos por la LCSP que se refieren a las penalidades, apoyándose a su vez en otras normas administrativas y civiles como la LPAC o el CC.

En segundo lugar, se ha puesto de manifiesto que la naturaleza de las penalidades contractuales está lejos de ser clara. Estas, a pesar de tener un fin general común: asegurar el cumplimiento de la obligación principal, pueden, a su vez, comprender tres finalidades distintas, que satisfacen de igual forma este fin general: la resarcitoria o indemnizatoria, la coercitiva en sentido estricto y la punitiva o sancionatoria, dependiendo de cómo se configure la penalidad concreta en el contrato. Aún así, puede afirmarse, con base en el artículo 194.1 LCSP, con la excepción que acabamos de reseñar en la primera conclusión, que todas las penalidades contractuales tienen una finalidad resarcitoria, aunque habrá de acudirse a la cláusula concreta para saber si esta encierra alguna otra finalidad y cuál de ellas es la predominante. Y, por otro lado, se ha constatado a lo largo del trabajo que la jurisprudencia viene negando reiteradamente el tratamiento de las penalidades como sanciones administrativas en sentido estricto y, por tanto, no le son de aplicación las garantías de los artículos 24 y 25.1 CE frente al *ius puniendi* del Estado, toda vez que nos encontramos en una relación contractual y no ante la manifestación de dicho *ius puniendi*, por mucho que se aprecie un claro carácter punitivo en la penalidad de que se trate.

En tercer lugar, en lo que se refiere a la inclusión de las diferentes penalidades en la relación contractual, se destaca que rige en el ámbito de la contratación pública el principio de la libertad de pactos (artículo 34.1 LCSP), en cuya virtud la Administración tiene un amplio margen de actuación para prever penalidades contractuales respecto a todas aquellas obligaciones que crea conveniente garantizar, estableciéndose el sistema de responsabilidad que considere más adecuado y fijando la cuantía de estas a fin de que cumplan con la función que se pretende en cada caso. Lo cual no quiere decir que existan límites a esta libertad contractual.

En cuanto a las obligaciones que se pueden garantizar con una penalidad, ha de advertirse que, ante todo, estas obligaciones deben ser proporcionales, lo que implica que deberán estar vinculadas al objeto del contrato y debidamente justificadas, pues, de lo

contrario, serán nulas, así como las penalidades que las acompañen, por su condición de cláusula accesoria. Por otro lado, existen ciertas obligaciones en las que el legislador ya ha previsto una reacción distinta a la imposición de las penalidades contractuales, como la resolución del contrato. En estos casos no será posible prever la imposición de penalidades, ya que así lo ha decidido el legislador, aunque deba interpretarse *a contrario sensu*. Y, por último, debe destacarse también que la inclusión de ciertas penalidades no es opcional, sino preceptiva, como, por ejemplo, las relativas al incumplimiento de las obligaciones legales en materia medioambiental, social o laboral del artículo 201 LCSP.

Por lo que respecta a la responsabilidad del contratista en el incumplimiento, debe señalarse que, en tanto que las penalidades contractuales no son consideradas sanciones administrativas en sentido estricto, no será necesario que concurra culpa en el contratista para que se le imponga una penalidad. De hecho, una interpretación sistemática del marco normativo actual (artículos 153.4, 192.2 y 193.3 LCSP, junto con el artículo 197 LCSP, en contraposición al artículo 213.3 LCSP) nos lleva a concluir que la responsabilidad del contratista será objetiva, salvo que se haga una previsión en contrario, sin que en ningún caso sea posible prever la responsabilidad del contrario en casos de fuerza mayor (*ex* artículos 197 y 239 LCSP). Siempre será necesario que, al menos, el incumplimiento hubiera podido evitarse para que se imponga una penalidad, aunque requiera de una diligencia mayor a la de un empresario medio.

En lo que se refiere al contenido de las penalidades contractuales, la interpretación conjunta de los distintos preceptos de la LCSP, nos lleva a concluir que estas deberán consistir en una obligación dineraria, cuya cuantía deberá atenerse a los límites que puntualmente ha establecido el legislador con respecto a algunos incumplimientos. Y, en todo caso, obedeciendo al principio de proporcional, de tal modo que la penalidad cumpla con las finalidades particulares con las que se haya configurado y el objeto último de aquella, que es servir como garantía del cumplimiento de la obligación principal, sin que ello implique una penalidad demasiado gravosa atendiendo a los daños y perjuicios que produzca el incumplimiento, el grado de negligencia del contratista, etc.

Cualquiera que sea la configuración escogida es requisito *sine qua non* que todos los aspectos de la penalidad a los que acabamos de hacer referencia en los tres párrafos anteriores deben estar claramente definidos en los pliegos del contrato de tal forma que todos los licitadores –no solo el contratista adjudicatario– comprendan realmente la



responsabilidad que están asumiendo con la ejecución del contrato (principio de taxatividad) pues, de lo contrario, estaríamos ante lo que se conoce como un vicio del consentimiento, debiendo reputarse nula la penalidad de la que se trate. Precisamente por esto, todas las penalidades deben preverse en los pliegos del contrato y no posteriormente. En primer lugar, porque incluir las penalidades una vez se ha adjudicado el contrato supondría un quebranto del principio de confianza legítima, la cual habría depositado el licitador adjudicatario en la Administración que aprobó los pliegos. Y, en segundo lugar, porque de esta manera se evita el riesgo de posibles tratos discriminatorios por parte de la Administración dependiendo de quién hubiera resultado adjudicatario del contrato.

En cuarto lugar, en relación propiamente con la imposición de penalidades, debe destacarse, ante todo, que esta constituye una prerrogativa de la Administración por lo que será ella misma la que declare la existencia del incumplimiento, la responsabilidad que ha tenido el contratista en él y la penalidad que le corresponde. Para ello, tendrá que atenderse, fundamentalmente, a tres principios: el de tipicidad en sentido estricto, la satisfacción del interés general como criterio decisorio y el principio de proporcionalidad.

Según el primero, la conducta que se achaca al contratista debe ser subsumible en la cláusula contractual que recoge la penalidad. Principio este que complementa al de taxatividad y deriva, igualmente del principio del libre consentimiento como elemento esencial para obligarse en cualquier contrato y de los principios de buena fe contractual y confianza legítima.

En lo que corresponde a la satisfacción del interés general como criterio decisorio, se ha puesto de manifiesto en el trabajo que, en algunas ocasiones, el legislador permite que la Administración pueda optar entre imponer la penalidad que se haya previsto o resolver el contrato ante un mismo incumplimiento; soluciones que se prevén como alternativas, no pudiéndose imponer simultáneamente (*ex* artículos 192.2 y 193.3 LCSP). En este caso, será imprescindible valorar las circunstancias concretas del contrato para decidir cuál de estas dos soluciones satisface de mejor forma los intereses para los que se había previsto el contrato, lo que, por regla general, implicará continuar el contrato con imposición de penalidades debido a las importantes consecuencias que, sobre todo en términos de tiempo, conlleva la resolución contractual.

De entender la Administración que ha existido un incumplimiento del que es responsable el contratista y que la mejor solución es la de imponerle una penalidad, la Administración deberá examinar todas las circunstancias que han rodeado al incumplimiento con el fin de evaluar en qué grado ha sido responsable el contratista del mismo y cuáles han sido las consecuencias, para ponderar cuál debe ser la penalidad que se ha de imponer. Es decir, si ha habido hechos externos a la voluntad o al ámbito de dominio del contratista que han influido en que se incumpla la obligación principal, especialmente, si estos hechos responden a una causa de fuerza mayor o han consistido en actuaciones de la propia Administración. Y, cuáles han sido los perjuicios que efectivamente ha ocasionado el incumplimiento.

En quinto lugar, también en relación con la imposición de penalidades, son importantes las cuestiones relacionadas con la carga de la prueba de la existencia del incumplimiento y de la responsabilidad del contratista, el procedimiento que la Administración debe seguir para declarar estos elementos e imponer la penalidad correspondiente y, de qué plazo dispone la Administración a tal efecto.

En lo relativo a la carga de la prueba, hemos de destacar, una vez más, que no rigen aquí las garantías de los artículos 24 y 25.1 CE y, por tanto, tampoco la presunción de inocencia del contratista. Por contra, la carga de la prueba se regirá por el viejo aforismo de que lo normal se entiende probado y lo anormal se prueba, de tal forma que será la Administración quien deba acreditar que existió el incumplimiento contractual y que se prevé la imposición de una penalidad ante el mismo y el contratista, por su parte, deberá probar las causas de exoneración de la responsabilidad que hubieran concurrido en el incumplimiento de la obligación principal.

En cuanto al procedimiento, a pesar de la reciente STS 1689/2019, de 21 de mayo, en la que se defiende por parte del Tribunal Supremo que la imposición de penalidades es una decisión ejecutiva que no necesita la tramitación de un procedimiento autónomo o específico, creemos conforme a lo razonado en el presente trabajo que se requiere la incoación de un auténtico procedimiento administrativo en el que se deberá dar trámite de audiencia o alegaciones al contratista para que exponga lo que estime conveniente, y al que le serán de aplicación los artículos 21 a 25 LPAC, por mor de la Disposición Final 4.<sup>a</sup> LCSP.

Y, respecto del plazo para imponer penalidades producido el incumplimiento de que se trate, debe señalarse que la jurisprudencia mantiene que la Administración podrá imponerlas hasta tanto no finalicen el contrato y el plazo de garantía que se estipulase para el mismo, aunque, a nuestro juicio, se deberá estar, en todo caso, a lo que se establezca por las partes, particularmente si la penalidad se configuró como una medida de carácter estrictamente coercitivo, en cuyo caso, la acción de la Administración precluirá tan pronto como desaparezca el incumplimiento del contratista. Y, por otro lado, de existir vicios ocultos, que no pudieron detectarse durante el plazo de garantía, entendemos que será igualmente posible imponer las penalidades que en su momento se establecieron en los pliegos, sin perjuicio de lo que acabamos de decir.

Como puede verse, todas estas son cuestiones troncales, básicas, de las penalidades contractuales que, sin embargo, no tienen una respuesta sencilla a la luz de la LCSP, no al menos en todos los casos, y que se pueden resolver de formas muy distintas como se comprueba con relación a la cuestión del procedimiento de imposición de penalidades. Es por ello indispensable una sistematización por parte del legislador del régimen jurídico de las penalidades, que aclare las cuestiones que a lo largo del trabajo hemos expuesto, con el fin de facilitar la labor de las Administraciones de hacer un buen uso de esta institución tanto en su fase de inclusión en los pliegos del contrato como en la fase de su eventual imposición y, sobre todo, con el objeto de dar mayor seguridad jurídica a los operadores jurídicos que contratan con las Administraciones para que conozcan a ciencia cierta los supuestos en los que deberán responder, con una penalidad, por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2018): «El procedimiento administrativo» en REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego. J. (dirs.): *Derecho Administrativo. Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*. Madrid, Tecnos, 3.<sup>a</sup> ed., pp. 17-73.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2018): «Las “leyes del contrato” (los pliegos): contenido esencial y formas de control», en GIMENO FELIÚ, José María (dir.): *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 957-994.

- BUENO ARMIJO, Antonio (2010): «El principio de legalidad sancionadora (II): el principio de tipicidad», en REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, Antonio. *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid, Lex Nova, pp. 159-199.
- CANALES GIL, Álvaro y HUERTA BARAJAS, Justo Alberto (2018): *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*. Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (2008): *Derecho civil español, común y foral. Tomo III: Derecho de obligaciones: La obligación y el contrato en general*. Madrid, Editorial Reus, 17.º ed.
- CEA AYALA, Ángel (2013): «Sobre las penalidades», en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 124, pp. 118-125.
- COLÁS TENAS, Jesús (2018): «Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas», en GAMERO CASADO, Eduardo y GALLEGRO CÓRCOLES, Isabel (dirs.): *Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo II*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1405-1439.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1996): *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Tomo II: Las relaciones obligatorias*. Madrid, Civitas, 5.ª ed.
- FELIÚ REY, Jorge (2014): «Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo» en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII, Fascículo I, p. 169-218.
- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María (2018): *El nuevo régimen de contratación pública: Comentarios a la luz de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*. Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario y PALOMAR OLMEDA, Alberto (2018): «Actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones públicas. Expediente de contratación. Adjudicación», en *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, pp. 375-489.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2018): «La responsabilidad en la ejecución de los contratos públicos: penalidades, responsabilidad frente a la Administración contratante y frente a terceros», en GIMENO FELIÚ, José María (dir.): *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 1297-1343.

GIMENO FELIÚ, José María (2018): «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 47-132.

GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel (2018): «Los efectos y la ejecución de los contratos administrativos», en FERNANDO PABLO, Marcos Matías, GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles, GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio y TERRÓN SANTOS, Daniel (coords.): *Cuadernos de Derecho Administrativo. Tomo III: Contratos públicos, urbanismo y ordenación del territorio*. Salamanca: Ratio Legis, 5.<sup>a</sup> ed., pp. 130-146.

HERNÁEZ SALGUERO, Elena (2018): «Artículo 201. Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 1191-1196.

HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio (2018): «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos», en GAMERO CASADO, Eduardo y GALLEGRO CÓRCOLES, Isabel (dirs.): *Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo III*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1-101. Versión digital.

LARA GONZÁLEZ, Federico:

- (2018a): «Artículo 192. Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 1150-1160.
- (2018b): «Artículo 193. Demora en la ejecución», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 1161-1164.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2016): «Regulación y confianza legítima», en *Revista de Administración Pública*, n.º 200, pp. 141-172.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2010): «Capítulo II. Concepto de sanción administrativa». En: REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, Antonio en *Derecho Administrativo Sancionador*, Valladolid, Lex Nova, pp. 57-104.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2017): «Relaciones entre la Administración y los Tribunales. La autotutela administrativa», en REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego J. (dirs.): *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. Madrid, Tecnos, 3.ª ed., pp. 165-189.
- REBOLLO PUIG, Manuel y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano (2017): «El principio de legalidad administrativa», en REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego J. (dirs.): *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Madrid, Tecnos, pp. 131-163.
- REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, Antonio (2005): «Panorama del derecho administrativo sancionador en España: Los derechos y las garantías de los ciudadanos», en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá (Colombia), vol. 7, n.º 1, pp. 23-74.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (1993): «Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil» en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fascículo II, pp. 511-588.
- SÁNCHEZ CARMONA, Miguel J. (2018): «Artículo 122. Pliegos de cláusulas administrativas particulares», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra), Civitas, pp. 799-804.
- SANMARTÍN MORA, María Asunción (2018): «Estructura sistemática y distribución competencial», en GIMENO FELIÚ, José María (dir.): *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 203-232.

SOLA RODRÍGUEZ, Gonzalo (2019): «Imposición de penalidades a los contratistas y caducidad. Una aproximación crítica a la STS de 21 de mayo de 2019», en *Actualidad Administrativa*, n.º 10, pp. 1-6.

TEJEDOR BIELSA, Julio César (2018): *La contratación pública en España ¿sobrerregulación o estrategia?: causas y consecuencias de su problemática aplicación*. Cizur Menor (Navarra), Civitas.

WIC GALVÁN, Luisa (2018): «Artículo 34. Libertad de pactos», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra), Civitas, pp. 295-304.

## **ABREVIATURAS**

CC – Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889

CE – Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978

LCAP – Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas

LCE – Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril

LCSP – 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

LCSP/2007 – Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

LEC – Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LPAC – Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LRJPAC – Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

LRJSP – Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

TRLCAP – Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio

TRLCSP – Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre