

**INFORME 8/03, DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2003**  
**PENALIDADES POR INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS PARCIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DISTINTAS A LAS ENUMERADAS EN EL ART. 95 DE LA LCAP.**

**ANTECEDENTES.**

La Subdirectora de Gestión de Atención Primaria de Mallorca del IB-Salut remite escrito a la Junta Consultiva del siguiente tenor:

*“En virtud del artículo 2 del RD 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, nos dirigimos a ustedes, solicitando emitan informe acerca de las penalidades que, no estando comprendidas en el artículo 95 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, puedan incluirse en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.*

*Penalidades que estando dentro de la legalidad puedan aplicarse en los casos de incumplimiento parcial, por ejemplo en el incumplimiento de la fecha de entrada de determinados lotes, en concurso de suministro de medicamentos, por el perjuicio que tales demoras causan, repercutiendo claramente en el buen servicio al usuario de la sanidad pública y en un mayor gasto para esta Gerencia.”*

**PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD.**

1- Formula la solicitud de informe, dirigiéndose innominadamente a “Junta Consultiva” sin más, la subdirectora de Gestión de atención primaria de Mallorca del Ib-Salut y lo hace en base al artículo 2 del RD. 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con lo cual no se sabe si la intención de la interpelante era dirigirse ante la Junta consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda (pues la norma a cuyo amparo se hace rige para dicha Junta exclusivamente) o, se quiere aplicar dicha norma a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

2- La consultante carece de legitimación para pedir informe a esta Junta en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del D. 20/1997, de 7 de febrero de creación de la Junta Consultiva y de los Registros de Contratos y de Contratistas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAIB de 10 de octubre de 1997, (BOCAIB del día 25 siguiente).

3- El escrito de la consultante carece de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta precitado habiéndole sido comunicada por escrito esta circunstancia a la consultante.

4- No es, pues, admisible la solicitud de informe formulada por la subdirectora de Gestión de Atención Primaria de Mallorca del Ib-Salut, sin perjuicio de lo que luego se dirá en las consideraciones jurídicas, siguiendo el criterio ya mantenido por esta Junta en anteriores informes (4/98; 7/98; 12/98; 4/99; 6/99 y 2/03) de exponer algunas generalidades con relación al tema de fondo, sin perjuicio de que, cumpliendo las normas aplicables, se pueda replantear en el futuro la consulta.

### **CONSIDERACIONES JURIDICAS**

**PRIMERA.**- La cuestión planteada es de carácter general en relación al contenido del artículo 95 del TRRD 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

La cuestión es determinar si existen otras penalidades, no comprendidas en el art. 95 señalado, que puedan aplicarse en los supuestos de incumplimiento parcial por demora respecto de los plazos parciales de ejecución de un contrato administrativo. Se deja de lado la referencia al ejemplo que plantea el escrito por considerar pudiera distorsionar o entorpecer el razonamiento jurídico que se pretende.

**SEGUNDA.**- La respuesta está contemplada en el propio contenido del art. 95 de la Ley cuando en el apartado segundo del punto 3 establece:

*“El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior.....”*

Ahora bien, aunque la pregunta no concretiza con exactitud cual es la cuestión, es de suponer que lo que se pretende dilucidar es conocer que penalidades son las que pueden imponerse, que se concrete con detalle que tipo de penas se pueden aplicarse en los supuestos de incumplimiento parcial por demora respecto de los plazos parciales de ejecución de un contrato administrativo, distintas a las contempladas en el art. 95.

**TERCERA.**- Centrada la cuestión, sabiendo que la Administración tiene facultad para introducir penalidades distintas a las enumeradas en el primer párrafo del punto 3 del art. 95, la segunda pregunta es averiguar que otras

penalidades pueden imponerse por el órgano de contratación en los supuesto de incumplimiento ya señalados.

Ni la Ley de Contratos del las Administraciones Públicas ni su Reglamento, que tiende a desarrollarla, determinan que otras penalidades caben en el caso de incumplimiento por demora del plazo de ejecución de un contrato administrativo. Estamos contemplando un precepto de aplicación general a todas las modalidades de contratación y , por ende no existe otro precepto legal que establezca penalidades concretas a supuestos concretos por incumplimiento de plazos de ejecución de contratación administrativa. Sin duda, pues, nos hallamos ante un supuesto de actividad discrecional del órgano de contratación y por tanto, en la resolución de la cuestión planteada, habrá que analizar los límites y principios que tendrán que regir aquella.

**CUARTA.-** El art. 4 de la LCAP, establece el principio de libertad de pactos en la contratación administrativa, limitando esto, lógicamente, a las finalidades de la actividad pública, sometiendo aquella, además, al principio de legalidad al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

El contenido del artículo 4º antes enunciado es consecuencia de la aplicación del principio de derecho privado de libertad de pactos entre las partes contratantes del artículo 1255 del Código Civil

En base a lo anterior la Administración podría establecer las penalidades que considerarse oportunas en los casos de demora en la ejecución, total o parcial, de un contrato administrativo pero siempre en el ámbito de la defensa del interés público y con las limitaciones del ordenamiento jurídico, atendiendo a las especiales características del contrato y de la buena administración.

A las limitaciones señaladas habría que añadir los principios de proporcionalidad y equidad que se insertan dentro de los principios generales del derecho y a tener en cuenta como principios limitadores de toda actividad discrecional de la administración.

**QUINTA.-** La protección del interés público en ningún caso justificará la introducción de penalidades abusivas que si bien favorecerían aquel, supondrían una clara desproporcionalidad entre pena y perjuicio ocasionado al interés público con la demora. No obstante lo anterior, el objeto del contrato y el nivel de relevancia del plazo de ejecución serán determinantes para concretar las penalidades por incumplimiento por demora en la ejecución de un contrato administrativo.

**SEXTA.**- Constatada la posibilidad legal de imposición de penalidades distintas a las contempladas en el artículo 95 de la L.C.E por incumplimiento en los plazos de ejecución de un contrato administrativo. Afirmada la facultad discrecional de la Administración en la imposición de penalidades distintas a las contempladas en el artículo 95 de la L.C.E. y expuestos los límites a esta actividad, la siguiente cuestión que se plantea, en el estudio de las penalidades por demora en el cumplimiento del contrato administrativo, es determinar que tipo de aquellas penalidades puede imponer el órgano de contratación. Ni que decir tiene que, llegados a este punto del razonamiento, la concreción de las penalidades será uno de los puntos obligados a incluir en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato.

**SEPTIMA.**- Si bien en un principio pudiera pensarse que el órgano de contratación puede, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, establecer penalidades distintas a las de tipo pecuniario, la realidad es que, del estudio del articulado de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de su Reglamento que la desarrolla se deduce que el legislador, cuando autoriza a la administración para la imposición de penalidades distintas a las que regula el punto 3 del art. 95, está pensando en la variación del importe o porcentaje de la pena pecuniaria. Está pensando en que la importancia del objeto del contrato y su demora en el cumplimiento incrementen la proporción de la penalidad del párrafo primero del punto 3º del art. Y ello se deduce del contenido del punto 4 del mismo art. 95 cuando dice:

*4. cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo de 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.”*

En el mismo sentido: de que las penalidades tienen que ser de tipo pecuniario está el artículo 99 del Reglamento general de la LCAP cuando establece que: *Los importes de las penalidades por demora se harán efectivos mediante deducción de los mismos en las certificaciones de obras o en los documentos de pago al contratista.”*

## **CONCLUSIONES**

1º) La administración solamente podrá imponer, en los supuestos de incumplimiento parcial por demora respecto de los plazos parciales o total de ejecución de un contrato administrativo, penalidades distintas a las contempladas en el párrafo primero punto 3, del art. 95 de la LCAP. cuando aquellas se hallen incluidas en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares

2º) Que las penalidades por demora respecto de los plazos parciales o total de ejecución de un contrato administrativo se establecerán teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad, equidad, sometiéndolo al ordenamiento jurídico, buena administración, defensa del interés público y con especial atención a las especiales características del contrato y a su ejecución.

3º) Que las penalidades a imponer por demora en el o los plazos de ejecución de un contrato administrativo tendrán siempre el carácter de pecuniarias.

