

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PENALIDADES CONTRACTUALES¹

The legal nature of contractual penalties

POR: MIGUEL LEÓN ACOSTA

*Contratado predoctoral en Área de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba*

d32leacm@uco.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5729-6832>

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto abordar una cuestión elemental de las penalidades en la contratación pública como es su propia naturaleza jurídica. Cuestión que, pese a llevar reguladas en nuestro ordenamiento seis décadas, aún es poco clara a la vista de la actual regulación, sin que la doctrina ni la jurisprudencia hayan dado una respuesta plenamente satisfactoria desde nuestro punto de vista. Con esta intención, analizaremos de manera ordenada las diferentes naturalezas jurídicas que se han defendido desde su regulación en la contratación pública, estas son: su posible naturaleza coercitiva, su naturaleza indemnizatoria y su naturaleza sancionadora.

PALABRAS CLAVE: penalidades contractuales, contratación pública, medida coercitiva, medida indemnizatoria, sanción administrativa.

ABSTRACT: Despite the fact that contractual penalties have been regulated in our legal system for six decades, a very elementary issue as its legal nature remains unclear. Neither doctrine nor jurisprudence have given, from our point of view, a fully satisfactory answer. This paper aims to analyse systematically the different legal natures that have been defended since its regulation in public procurement. Thus, it will analyse its possible coercive, compensatory and sanctioning nature.

KEYWORDS: contractual penalties, public procurement, coercive measures, contractual liability, administrative sanction

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA POSIBLE NATURALEZA COERCITIVA DE LAS PENALIDADES CONTRACTUALES. III.- LA POSIBLE NATURALEZA INDEMNIZATORIA DE LAS PENALIDADES CONTRACTUALES. IV.- LA POSIBLE NATURALEZA PUNITIVA O SANCIONADORA DE LAS PENALIDADES CONTRACTUALES. V.- CONCLUSIONES. VI.- BIBLIOGRAFÍA.

¹ Este trabajo se presentó y fue aceptado como comunicación en el Congreso internacional: “Temas clave de la contratación pública”, celebrado en la Universidad de Vigo los días 4 y 5 de octubre de 2021. Este trabajo se incluye en el Proyecto de investigación “Seguridad pública, actividad administrativa de limitación y derecho sancionador”, GC2018-093760-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER,UE).

I.- INTRODUCCIÓN

La figura de las penalidades en la contratación pública tiene su origen en la cláusula penal de la contratación civil, que es definida 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»².

De este modo, la penalidad contractual del Derecho Administrativo se identificaría con esta obligación accesoria de pago a la que tiene que hacer frente el contratista³ por el incumplimiento de alguna de las obligaciones asumidas respecto a un contrato público⁴. Se trata de una figura que, a pesar de que lleva regulada en nuestro ordenamiento jurídico seis décadas⁵, carece de una regulación completa y sistemática. Por el contrario, su regulación es excesivamente exigua y se halla dispersa a lo largo de toda la LCSP, debido a que el legislador las ha ido regulando conforme regulaba las obligaciones principales a las que se asocian⁶, sin dedicar un precepto a regular específicamente esta figura.

² José CASTÁN TOBEÑAS (2008), *Derecho civil español, común y foral. Tomo III: Derecho de obligaciones: La obligación y el contrato en general*, Madrid: Editorial Reus, 17.ª ed., p. 202.

³ A partir de la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), también pueden ser objeto de penalidades contractuales el adjudicatario o, incluso, el licitador de un contrato público (véanse los artículos 150.2, párr. 2.º y 153.4 LCSP). No obstante, dado que son supuestos excepcionales y para agilizar la lectura de este trabajo nos referiremos con carácter general al contratista.

⁴ La regulación de las penalidades contractuales se concentra en el Libro Segundo «De los contratos de las Administraciones Públicas» de la LCSP. Por ello, nos referiremos en este trabajo a la Administración y no a los poderes adjudicadores, sin perjuicio de que los razonamientos que se hagan puedan ser extrapolables a los contratos celebrados por estos últimos, toda vez que el legislador ha previsto la aplicación de la mayoría de las penalidades a los contratos celebrados por estos (*vid.* artículos 317 y 319 en relación con los artículos 130, 150.2, párr. 2.º, artículo 153.4, 201, 202, 215 y 217 LCSP).

⁵ *Vid.* el Decreto 1714/1962, de 22 de julio, sobre penalidades por mora de los contratista y procedimientos liquidatorios en los casos de rescisión de contratos de obras y, con carácter previo, la Ley 96/1960, de 22 de diciembre, por la que se regulan las fianzas que garantizan el cumplimiento de los contratos de obras concertados con el Estado, en la que ya se aludía, aunque sin regularlas, a las penalidades.

⁶ En un trabajo previo ya intentamos sistematizar las penalidades, clasificándolas en cuatro grupos en función de las diferentes obligaciones principales a las que van aparejadas. *Vid.* Miguel LEÓN ACOSTA (2021), «La naturaleza jurídica de las penalidades contractuales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 212, pp. 137-170.

El primero sería el de las penalidades a las que llamamos precontractuales, que tienen por fin evitar que el licitador que presentó la mejor oferta la retire antes de adjudicar y formalizar el contrato (artículos 250.2, párr. 2.º y 253.4 LCSP). El segundo grupo lo constituirían las penalidades dirigidas a garantizar el resultado de la prestación objeto del contrato, imponiéndose en caso de su cumplimiento defectuoso, su incumplimiento parcial o la demora en el mismo (artículos 192.1, 192.2 y 193.3 LCSP). En tercer lugar, encontraríamos las penalidades que no estarían relacionadas directamente con el resultado de la prestación principal, sino con el modo en que se ha ejecutado esta. En esta línea podemos mencionar las penalidades que se imponen por incumplir el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios suficientes, por incumplir las obligaciones legales en materia medioambiental, social y laboral, por incumplir las obligaciones de este mismo carácter establecidas en los pliegos contractuales o por incumplir las condiciones de subcontratación (artículos 76.2, 201, párr. 3.º, 202.3 y 215.3 LCSP). Y, en cuarto lugar, tendríamos aquellas penalidades que se imponen por falta de colaboración con la Administración: 1) las que se imponen al contratista saliente por no facilitar a la Administración contratante la información sobre los contratos de trabajo en los que se tendrá que subrogar el contratista entrante (artículo 130.4 LCSP); y

Ante esta regulación –insistimos– dispersa, heterogénea e incompleta surgen dudas sobre cuestiones clave que no tienen una respuesta clara en nuestro ordenamiento jurídico. ¿Pueden imponerse penalidades contractuales por un incumplimiento no culpable del contratista? ¿Pueden imponerse una vez ha cesado el incumplimiento de la obligación principal? ¿Puede exigirse, junto con la penalidad, la indemnización de los daños y perjuicios? Para responder a cualquiera de estas preguntas es necesario responder a una cuestión previa: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las penalidades contractuales?

En las páginas siguientes trataremos de dar respuesta a esta cuestión que, pese a ser básica, está lejos de ser clara en nuestro ordenamiento jurídico. Prueba de ello es la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha llegado a pronunciarse en, al menos, tres sentidos diferentes: las penalidades han sido consideradas como una medida coercitiva dirigida a garantizar la ejecución del contrato, como una medida indemnizatoria orientada a reparar los daños causados a la Administración y como una medida punitiva orientada a castigar al contratista incumplidor⁷.

II.- LA POSIBLE NATURALEZA COERCITIVA DE LAS PENALIDADES CONTRACTUALES

La primera posibilidad que debemos plantearnos es la relativa a la naturaleza coercitiva de las penalidades contractuales ya que, de acuerdo con el precitado Castán Tobeñas (2008: 205), «se la puede considerar como la finalidad más general, normal y típica de la cláusula penal [civil]». Según este, «puede decirse, en efecto, que la pena convencional actúa siempre en el sentido de reforzar el vínculo obligatorio y estimular su cumplimiento normal». Sobre esta base, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha manifestado que la penalidad contractual «en el ámbito de la contratación pública, al igual que en la contratación privada, desempeña una función coercitiva para estimular el cumplimiento de la obligación principal»⁸.

Desde esta perspectiva, tratándose de Derecho administrativo, es inevitable comparar las penalidades contractuales con las multas coercitivas entendidas como «un medio para vencer la resistencia del administrado obligado a cumplir el acto a realizar»⁹. En este

2) las que se imponen al contratista por no facilitar a la Administración contratante la información relativa al pago de sus subcontratistas y suministradores (artículo 217.1, párr. 2.º LCSP).

A estas penalidades previstas con carácter general, han de sumarse las previstas para contratos concretos: 1) las previstas para el contrato de concesión de obras (artículo 264 LCSP), aplicables al de concesión de servicios (artículo 293.2 LCSP); y 2) la prevista en relación al contrato de servicios consistente en la elaboración de un proyecto de obra cuando el contratista no subsane los defectos del proyecto habiendo sido requerido por la Administración contratante.

⁷ Esta disparidad de pronunciamientos, en algunos casos cercanos en el tiempo, no resulta tan extraña si se recuerda que las penalidades contractuales proceden de la cláusula penal civil que puede cumplir estas tres funciones, como ya sistematizara CASTÁN TOBEÑAS (2008: 201, 204). Como explicaba el autor, las finalidades a las que puede responder la cláusula penal en la contratación civil son: 1) la coercitiva, «consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal»; 2) la liquidatoria, como evaluación anticipada de los daños y perjuicios generados por el incumplimiento; y 3) la «estrictamente penal», «consistente en sancionar o castigar dicho incumplimiento», a la que llamaba «sanción civil».

⁸ STS de 18 de mayo de 2005, Sala Tercera, ECLI:ES:TS:2005:3177, FJ 5.

⁹ Luis COSCULLUELA MONTANER (2016), *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 27.ª ed., p. 397.

sentido, deben destacarse las penalidades por la demora en el cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales del contrato, reguladas en el artículo 193.3 LCSP:

«3. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido».

En efecto, a la vista de este precepto, las penalidades contractuales por demora recuerdan mucho a las multas coercitivas del Derecho Administrativo. En primer lugar, porque la imposición de las penalidades por demora partiría de los mismos presupuestos que la doctrina ha sistematizado respecto de las multas coercitivas¹⁰: 1) de un título ejecutivo – en nuestro caso, el contrato– donde se precisa el contenido exacto de la obligación requerida al administrado –el contratista–; de un apercibimiento previo con el que se advierte al administrado –el contratista– de la posibilidad que tiene la Administración de aplicar la medida, el cual podría entenderse realizado con la inclusión de la penalidad en el propio contrato¹¹; y 3) del incumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo –el contrato–.

Asimismo, en segundo lugar, la dinámica de la propia imposición de estas penalidades por demora recuerda sin duda a la de las multas coercitivas. Según lo dispuesto en el artículo 193.3 LCSP, con las penalidades contractuales por demora se inflige un perjuicio económico (0,06% del precio del contrato) de forma reiterada (devengando dicho importe cada día) hasta que cumple el contratista.

De este modo, la imposición de estas penalidades por demora constituiría una medida pro futuro, teniendo por objeto evitar que se prolongue en el tiempo el incumplimiento del contratista, finalidad característica de las multas coercitivas, en contraposición con otras medidas como la indemnización y la sanción, con las que no se pretende poner fin a un incumplimiento que persiste.

Este fin parece haber inspirado la modificación de la cuantía de la penalidad diaria, que se ha triplicado: del 0,02% ha pasado al 0,06%¹², así como la previsión recogida en el párrafo 2.º del artículo 193.3 LCSP conforme al cual «el órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas

¹⁰ Vid. Rafael PIZARRO NEVADO (2001), «La multa coercitiva», *Revista del Poder Judicial*, 62, pp. 394-403.

¹¹ Lo cual sería coherente con el apartado 2 del artículo 193 LCSP, en el que se indica que «la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración». De esta forma, ya en el contrato se especifica el plazo en el que el contratista debe cumplir y las consecuencias que pueden derivar en caso contrario, práctica que también se puede observar respecto de las multas coercitivas, tal y como explica PIZARRO NEVADO: «en ocasiones, la amenaza de multa coercitiva se contiene en el acto mismo en que se pronuncia [la imposición de la obligación]. Es decir, la intimación a cumplir en un determinado plazo y la advertencia sobre las consecuencias del incumplimiento se recogen en la misma notificación de la resolución que impone el deber». Vid. PIZARRO NEVADO (2001: 402).

¹² Vid. las enmiendas del Congreso al Proyecto de la LCSP n.º 139 y n.º 1072 del Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En común Podem-En Marea y el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) que motivaron dicho aumento, justificándolo en que el 0,02 % del contrato no era lo suficientemente intimidatorio en orden a cumplir su función de compeler al contratista al cumplimiento del contrato.

penalidades distintas [...] cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, *se considere necesario para su correcta ejecución*». Es decir, si se entendiera que ni siquiera la cuantía diaria del 0,06% del contrato sería suficiente para compeler al contratista a no demorarse, podrían estipularse unas penalidades mayores.

Asimismo, la finalidad coercitiva de estas penalidades explicaría la incompatibilidad de su imposición con la resolución del contrato entendida como la imposibilidad de adoptar ambas medidas simultáneamente¹³: si su imposición está dirigida a vencer la resistencia del contratista a cumplir, no sería congruente con la medida de resolver el contrato que, por otro lado, se fuerza a ejecutar. En este sentido se expresó claramente la Exposición de Motivos del Decreto 1714/1962, de 12 de julio, sobre penalidades por mora de los contratistas y procedimientos liquidatorios en los casos de rescisión de contratos de obras. En este Decreto las penalidades por demora se regularon claramente como una alternativa a la resolución contractual, entendiendo que era menos lesiva para los intereses generales y para los del propio contratista.

«La experiencia ha puesto de relieve la necesidad de establecer en nuestro ordenamiento jurídico una escala de penalidades especiales con carácter general en la contratación administrativa, tan usuales en casos análogos en el ámbito privado (...).

Aunque las penalidades y rescisión derivan de la mora del contratista, se ha concedido a la Administración la facultad de optar entre una y otra solución: la imposición de las primeras será en la práctica un instrumento eficaz para evitar la segunda».

Ello no significa, no obstante, que una vez se hayan impuesto penalidades, no pueda resolverse el contrato por parte de la Administración, pero solo podrá hacerlo cuando haya transcurrido un plazo suficiente para que, con el estímulo que supone la imposición de penalidades diarias, el contratista pudiera cumplir. Así se deduce del apartado 4.º del artículo 193 LCSP:

«Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, IVA excluido, 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»¹⁴.

También en este aspecto las penalidades por demora recuerdan especialmente a las multas coercitivas, en este caso, en su relación con la ejecución subsidiaria. Al igual que con las penalidades, las multas coercitivas, *mutatis mutandis*, no pueden imponerse al mismo tiempo que se decide ejecutar subsidiariamente la obligación incumplida, aunque sí se podrá ejecutar subsidiariamente la obligación si, tras imponerse aquellas, se comprueba que no son insuficientes para vencer la resistencia del contratista.

¹³ Así lo han recordado en varias ocasiones nuestros tribunales: la imposición de penalidades por demora y la resolución del contrato por esa causa son posibilidades alternativas y excluyentes. *Vid.* STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de noviembre de 2001, ECLI:ES:TSJCLM:2001:3410, FJ 3; y STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2008, ECLI:ES:TSJCAT:2008:5907, FJ 18, confirmada en casación por la STS de 14 de mayo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:3595, FJ 2.

¹⁴ Es decir, si las penalidades que se imponen son del 0,06% del precio del contrato, la Administración podrá resolver el contrato cada 84 días.

Por último, respecto a la finalidad coercitiva de estas penalidades, ha de destacarse el apartado 5.º del referido artículo 193 LCSP, que habilita la imposición de penalidades «cuando la demora en el cumplimiento de [los plazos parciales del contrato] haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total». Esta posibilidad, tal como se halla redactado el precepto¹⁵, no tiene correlativo en las multas coercitivas –que como vimos tienen como presupuesto un incumplimiento efectivo de la obligación, no meramente hipotético–, pero no deja de guardar coherencia con una finalidad coercitiva. Se utilizarían como acicate para que el contratista se recondujese y la demora respecto de los plazos parciales no se reflejase en el plazo final.

Por todo ello, el propio Tribunal Supremo ha reconocido que «su naturaleza ciertamente se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración y hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual»¹⁶, y el resto de Tribunales parecen actuar de manera consecuente con este planteamiento. En este sentido, parece haberse consolidado una línea jurisprudencial según la cual no pueden imponerse penalidades por demora cuando el contratista ya ha ejecutado el contrato. Y es que si su finalidad es la de constreñir al contratista para que cumpla, carecería de lógica la penalidad impuesta tras su cumplimiento¹⁷.

Sin embargo, como defendemos en un trabajo previo (León Acosta, 2021: 150- 153), desde un punto de vista sistemático, no parece que a la luz de la regulación actual se puedan extender los razonamientos que acabamos de exponer al resto de las penalidades contractuales y afirmar su naturaleza coercitiva con carácter general. Más bien al contrario, las penalidades por demora serían en su caso la excepción.

El primer extremo que nos hace dudar seriamente sobre la finalidad coercitiva del resto de penalidades es la ausencia de referencia a la reiteración en cuanto su imposición, en contraposición a las penalidades por demora. En este sentido, el legislador ha previsto en varios supuestos que el incumplimiento del contratista dé lugar a la imposición de una única penalidad; y no de una sucesión de ellas hasta que el contratista se reconduzca. Así se ha previsto para el caso de que el contratista incumpla las condiciones establecidas para la subcontratación y para el caso de que el contratista no subsane las deficiencias detectadas en el proyecto de obra objeto del contrato una vez fue requerido por la Administración. En estos casos se prevé «una penalidad de hasta un 50% del subcontrato» y «una penalidad equivalente al 25% del precio del contrato», respectivamente (artículos 215.3 y 314.4 LCSP).

El hecho de que no se reiteren estas penalidades sustrae de ellas toda fuerza coercitiva que pudieran tener, pues una vez se imponen al contratista este no tiene más motivos para cumplir; no al menos para evitar que sigan aumentando.

¹⁵ Téngase presente que el legislador no se centra tanto en el propio incumplimiento de los plazos parciales, sino en el incumplimiento del plazo total que aún no se ha producido.

¹⁶ STS de 21 de mayo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1689, FJ 5, siguiendo a la STS de 6 de marzo de 1997, ECLI:ES:TS:1997:1623, FJ 2.

¹⁷ Vid. entre otras, STSJ de Asturias de 28 de diciembre de 2009, ECLI:ES:TSJAS:2009:5706, FJ 3; STSJ de La Rioja de 29 de noviembre de 2012, ECLI:ES:TSJLR:2012:741, FJ 3; y STSJ de Madrid de 24 de abril de 2014, ECLI:ES:TSJM:2014:4756, FJ 3.

El segundo aspecto, muy relacionado con la idea anterior, que nos hace cuestionar la finalidad coercitiva de las penalidades con carácter general es la compatibilidad que el legislador ha previsto en algunos casos entre la imposición de penalidades y la resolución contractual, lo cual iría en contra de una naturaleza coercitiva de la medida, como ya se razonó anteriormente. Así pueden verse los artículos 150.2, párr. 2.º y 153.4 LCSP, que disponen que cuando el licitador que presentó la mejor oferta no facilite la documentación necesaria para adjudicar el contrato o cuando el adjudicatario no formalice el contrato por alguna causa imputable a ellos, se les impondrá una penalidad del «3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido» y se adjudicará el contrato al siguiente licitador. Y de igual modo puede verse el artículo 264 LCSP en el que se dispone que en los contratos de concesión de obras –y de concesión de servicios (ex artículo 293.2 LCSP)– los incumplimientos calificados como graves en los pliegos y que den lugar a la imposición a penalidades «darán lugar, además, a la resolución de la concesión en los casos previstos en el correspondiente pliego».

Por último, es digno de mención el apartado 6.º del citado artículo 264 LCSP, en el que se establece que «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».

Por todo lo expuesto, parece claro que el legislador no ha configurado estas penalidades con una finalidad coercitiva, no pudiendo pues atribuir con carácter general una finalidad coercitiva a las penalidades contractuales. En principio, solo responderían a esta finalidad las penalidades por demora del artículo 193 LCSP.

III.- LA POSIBLE NATURALEZA INDEMNIZATORIA DE LAS PENALIDADES CONTRACTUALES

Descartada la finalidad coercitiva como una finalidad exclusiva, predominante o siquiera presente en todas las penalidades contractuales, es momento de abordar el estudio de su naturaleza desde una perspectiva indemnizatoria. Y es que, como ha venido manifestando la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con los contratos entre privados,

«la función esencial de la cláusula penal –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»¹⁸.

Por tanto, si la indemnizatoria es la «función esencial» de la cláusula penal en lo civil, sería razonable que lo fuera también de la penalidad en la contratación pública. En este sentido es posible asumir como premisa que todo incumplimiento contractual supone, *a priori*, la frustración de los intereses de la parte que ha cumplido o que estaba dispuesta a cumplir, ocasionándole un daño. Esto parece evidente en supuestos como la frustración de la adjudicación o formalización del contrato por causa imputable al contratista a la que

¹⁸ STS, Sala Primera, de 30 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1326, FJ 5, que sigue, entre otras a la STS, Sala Primera, de 12 de enero de 1999, ECLI:ES:TS:1999:41, FJ 2.

ya se ha hecho referencia (artículos 150.2 párr. 2.º y 153.4 LCSP)¹⁹ y en otros como el cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del contrato, su incumplimiento parcial o la demora en el mismo (artículos 192 y 193 LCSP).

Desde esta perspectiva, al igual que sucede con la cláusula penal civil, la penalidad podría configurarse como una valoración anticipada de los daños cuya producción se presume ante el incumplimiento del contratista. Incumplimiento que, según el Tribunal Supremo ha manifestado en alguna ocasión, se presume imputado al contratista²⁰ y que no tiene por qué ser culpable para generar responsabilidad²¹. Esto es, producido el incumplimiento de una de las obligaciones del contratista garantizadas con una penalidad, este –salvo previsión distinta– solo podría eximirse si probase que el mismo es imputable a la Administración o a un suceso imprevisible o, aun pudiéndose prever, inevitable²².

En favor de esta tesis parece jugar el novedoso apartado 1.º del artículo 194 LCSP con el que, de acuerdo con la doctrina administrativista²³, el legislador ha reforzado el carácter indemnizatorio de las penalidades contractuales, al menos respecto de algunas de ellas:

«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»²⁴.

A la vista de este precepto, estas penalidades se configurarían *prima facie* con una función eminentemente indemnizatoria, aunque no plenamente liberatoria. Es decir, el contratista no quedaría automáticamente liberado de su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados con el pago de la penalidad. La penalidad constituiría una cuantía mínima que habría de abonarse por unos daños que se presumen producidos y que no hay que

¹⁹ En esta línea se manifestó la STS de 27 de junio de 2012, ECLI:ES:TS:2012:5110, FJ4, cuando dijo que «el fracaso del procedimiento de adjudicación por la falta de formalización del contrato 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».

²⁰ Así, ha dicho el Tribunal Supremo que, «respondiendo [la penalidad contractual] a una concepción civil, [...] se predica el principio de presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado». Vid. las SSTs de 21 de noviembre de 1988, ECLI:ES:TS:1988:8163, FJ 4; de 10 de febrero de 1990, ECLI:ES:TS:1990:1129, FJ 1; de 18 de mayo de 2005, ECLI:ES:TS:2005:3177, FJ 5; y de 13 de febrero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:611, FJ 4.

²¹ Vid. SSTs de 15 de diciembre de 1988, ECLI:ES:TS:1988:8821, FJ 3; de 26 de diciembre de 1991, ECLI:ES:TS:1991:7286, FJ 3, y de 11 de mayo de 1999, ECLI:ES:TS:1999:3236, FJ 6.

²² Así pues, ello tendría como virtud «evitar[le a la Administración] la necesidad de demostrar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento» (STS de 15 de diciembre de 1988, ECLI:ES:TS:1988:8821, FJ 3).

²³ Vid. Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ (2018), «La responsabilidad en la ejecución de los contratos públicos: penalidades, responsabilidad frente a la Administración contratante y frente a terceros» en José María GIMENO FELIÚ (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, pp. 1312.

²⁴ En igual sentido se ha introducido un segundo párrafo en el artículo 264.2 LCSP: «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».

probar, a la que habrá que sumarse, en su caso, una cuantía adicional para los daños y perjuicios que, habiéndose probado, hubieran excedido de la penalidad²⁵.

No obstante, de este precepto no puede deducirse que todas las penalidades contractuales tengan una función resarcitoria, ni mucho menos que esta sea la razón por la que el legislador las ha establecido en la contratación pública.

En primer lugar, ha de hacerse notar que el artículo 194.1 LCSP se refiere expresa y exclusivamente a «los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución». Podría pensarse que se trata de un descuido del legislador y que, realmente, quería referirse al conjunto de penalidades que se regulan en la LCSP, pero no es esa la conclusión que, al menos nosotros, alcanzamos al examinar su tramitación parlamentaria. Y es que en el texto original se decía llanamente que «en los casos 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». La concreción de la redacción final se debe a una recomendación del Consejo de Estado, según el cual «aun cuando una interpretación sistemática de esta previsión con las que la preceden permite inferir su significado y alcance, es preciso completar la dicción» tal y como ha quedado reflejado en la redacción actual²⁶. A la vista de ello, sin perjuicio de que puedan existir otras interpretaciones, esta sucesión de hechos permite entender –así lo hacemos nosotros– que el artículo 194.1 LCSP únicamente es aplicable a los supuestos que expresamente se citan en él.

Ante tal situación, las dos únicas interpretaciones razonables respecto del resto de las penalidades son: 1) que no tienen una función resarcitoria, calculándose la indemnización de manera independiente; o 2) que se configuren como el legislador dispone en el artículo 1152 del Código civil para la cláusula penal civil, es decir, que su imposición exima de una indemnización de daños y perjuicios adicionales²⁷.

Un análisis del resto de supuestos en los que el legislador ha previsto la imposición de penalidades nos lleva a decantarnos por la primera de las interpretaciones expuestas, pues se trata de supuestos, en su mayoría, en los que la imposición de penalidades no parece motivada por asegurar una indemnización a la Administración. Así, por ejemplo, el hecho de que el contratista incumpla su compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes (artículo 76.2 LCSP) o alguna de las condiciones de subcontratación que se establecen (artículo 215.3 LCSP) podría

²⁵ GARCÍA ÁLVAREZ (2018:1312). Esto impediría que los Tribunales pudieran modular la penalidad en función de los daños efectivamente ocasionados a la Administración, como en alguna ocasión ha admitido el Tribunal Supremo. *Vid.* STS de 1 de diciembre de 1988, ECLI:ES:TS:1988:8449, FJ 2.

²⁶ *Vid.* el Dictamen del Consejo de Estado 1116, 2015, sobre el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, p. 93.

²⁷ Así lo entiende la doctrina civilista mayoritaria respecto de la cláusula penal civil cuando no se especifica nada en el contrato. *Vid.* Jorge FELIÚ REY (2014), «Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII, Fascículo I, p. 180, siguiendo, entre otros, a Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1996), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomo II: Las relaciones obligatorias, Civitas, 5.ª ed., pp. 400-401. En contra de esta interpretación puede verse José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fascículo II, p. 572.

provocar un perjuicio a la Administración porque el contratista cumpliera de manera defectuosa, solamente parcial o se demorase, pero esos daños ya se subsumirían, en su caso, en las penalidades recogidas en los artículos 192 y 193 LCSP.

Asimismo pueden mencionarse las penalidades por el incumplimiento de las obligaciones legales en materia medioambiental, social o laboral (artículo 201 LCSP) que, como apunta García Álvarez (2018: 1312), tendrían «una finalidad claramente más represiva que indemnizatoria»²⁸ al reaccionar, «en especial, [ante] los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa»²⁹.

En lo que respecta a las penalidades a las que sí hace referencia el artículo 194.1 LCSP (por cumplimiento defectuoso, incumplimiento parcial y demora), creemos que, aunque ciertamente las relacione con la indemnización por daños y perjuicios, su fundamento no se encuentra en asegurar el resarcimiento de la Administración.

Así lo creemos desde luego respecto a las penalidades por demora a la vista de cómo han sido reguladas desde sus orígenes y en la regulación actual, que en poco difiere, como ya hemos dado cuenta más atrás. Dificil encaje tiene la penalidad como medida resarcitoria, por ejemplo, en la previsión del artículo 193.4 LCSP, según el cual «cuando la demora en el cumplimiento de [los plazos parciales del contrato] haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total». Como apuntábamos, aquí se está reaccionando contra un incumplimiento que aún no se ha producido, sino que se prevé se produzca. ¿Qué interés podría tener el legislador en anticipar la indemnización a la producción del daño efectivo?

Por este motivo entendemos que en lo relativo a las penalidades por demora, su naturaleza es eminentemente coercitiva, sin perjuicio de que el legislador vía artículo 194.1 LCSP haya previsto que puedan cumplir, además, una función indemnizatoria.

Asimismo, por una cuestión sistemática, entendemos que la previsión del referido artículo 194.1 LCSP tampoco es definitiva para considerar que las penalidades por cumplimiento defectuoso e incumplimiento parcial responden a una naturaleza indemnizatoria.

En este sentido téngase en cuenta que el artículo 192.1 LCSP tiene la redacción siguiente:

«Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos de las condiciones especiales de ejecución que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76

²⁸ En esta misma línea parecen expresarse Francisco Javier ESCRIBANA MORALES (2018), *La contratación del Sector Público*, Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, p. 1226; y María Consuelo ALONSO GARCÍA (2019), «Contratación pública ecológica», *Gabiley*, n.º Extraordinario, p. 164.

²⁹ La previsión de estas penalidades más bien pretende garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores cumplan dichas obligaciones, de conformidad con lo exigido por el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, como bien apunta Elena HERNÁNDEZ SALGUERO (2018), «Artículo 201. Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral», en Miguel Ángel RECUERDA GIRELA (dir.) *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Arazandi-Thomson Reuters, p. 1192.

y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas 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».

En este parece que el legislador quiere dar un tratamiento unívoco a las penalidades por cumplimiento defectuoso y a las relativas al incumplimiento del compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios suficientes para ello (artículo 76.2 LCSP) y al incumplimiento de las obligaciones contractuales de carácter medioambiental, social o laboral que estableciesen en los pliegos (artículo 202 LCSP). Siendo así, y habiendo descartado la naturaleza resarcitoria en estas últimas, también debe descartarse que las primeras sean en esencia una medida indemnizatoria³⁰, sin perjuicio de que puedan cumplir, con un carácter secundario, dicha función resarcitoria. Y, por pura sistemática, entendemos que sucede lo mismo con las penalidades por el incumplimiento parcial que se prevén en el apartado 2.º del mismo artículo 192. Dicho todo lo cual, entendemos que del novedoso artículo 194.1 LCSP no se deduce que las penalidades contractuales –ninguna de ellas– tengan una naturaleza indemnizatoria. Más bien se habría añadido una función resarcitoria a aquellas penalidades contractuales cuyos supuestos se mencionan expresamente, pero sin que dicha función –insistimos– constituya su razón de ser^{31/32}.

IV.- LA POSIBLE NATURALEZA PUNITIVA O SANCIONADORA DE LAS PENALIDADES CONTRACTUALES

Una vez analizadas las posibles funciones coercitiva e indemnizatoria de las penalidades y descartadas como su razón de ser –salvo el caso de las penalidades por demora–, queda analizar su posible finalidad punitiva o sancionadora. Es decir, si estas tienen por finalidad prevenir los potenciales incumplimientos del contratista con la amenaza de su imposición. En esta línea ya se pronunció una temprana línea jurisprudencial que las trató

³⁰ En este sentido, aun conscientes de que no tiene por qué ser un dato determinante, no deja de ser llamativo que durante la tramitación parlamentaria de la Ley el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Común Podem-En Marea se refiriese a las penalidades por cumplimiento defectuoso del actual artículo 192.1 LCSP como «sanciones» en la enmienda presentada al Congreso n.º 138, que más tarde fue aprobada.

³¹ En este mismo sentido, *vid.* Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE (2018), «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos», en Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III, Tirant lo Blanch (versión digital), p. 16.

Y así mismo lo ha entendido desde luego el legislador navarro quien, aprovechando el carácter no básico del artículo 194.1 LCSP (disposición final primera, apartado 3.º, LCSP), dispone que «la imposición de las penalidades [...] no excluye la eventual indemnización a la Administración, que deberán determinarse de forma independiente» (artículo 148.1 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos).

³² La adición de este precepto trae o puede traer importantes consecuencias. Por un lado, la más evidente e indiscutible por el propio tenor literal del artículo 194.1 LCSP: la cuantía que se pague en concepto de penalidad por cumplimiento defectuoso, incumplimiento parcial o demora se deberá descontar de la indemnización que, en su caso, corresponda por los daños producidos consecuencia de tales incumplimientos. Por otro lado, podría avivar una cuestión que parecía haberse zanjado por los Tribunales: ¿puede imponerse una penalidad por demora una vez el contratista ya ha cumplido? Esta posibilidad se estaba negando sobre la base del carácter esencialmente coercitivo de estas penalidades, pero si, ahora, el legislador también le atribuye una función resarcitoria se podría argüir que podrían imponerse una vez cumplida la obligación con este último carácter indemnizatorio, no ya con el fin de compeler al contratista a cumplir.

como auténticas sanciones administrativas, aplicándoles en consecuencia las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico frente al ejercicio del *ius puniendi* por parte de la Administración y destacadamente las recogidas en los artículos 24 y 25.1 CE³³.

Sin embargo, dicha línea jurisprudencial fue desapareciendo en favor de otras que abogan por el carácter coercitivo o indemnizatorio de las penalidades, que ya hemos discutido, y en favor de una cuarta que, sin dar una respuesta clara a la cuestión, centra sus esfuerzos en negar que sean equiparables a las sanciones administrativas y en defender que, por consiguiente, no le son aplicables las garantías del Derecho Administrativo Sancionador. En esta línea parece encontrarse actualmente el Tribunal Supremo, quien ha llegado a mantener recientemente, en su sentencia de 21 de mayo de 2019, que «es un punto común y pacífico que en lo sustantivo tales penalidades no responden al ejercicio de una potestad sancionadora»³⁴.

No obstante, no creemos que sea una cuestión que esté, ni mucho menos, cerrada. De hecho, el propio Tribunal Supremo en la misma sentencia, a continuación, reconocía que

«Su naturaleza ciertamente se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar mediante su reiteración y hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual». Tal similitud se acentúa cuando con la penalidad se reacciona ante retrasos del contratista u otro cumplimiento defectuoso mantenido en el tiempo; ahora bien, cuando se impone como consecuencia de un incumplimiento puntual o ejecutado del contrato, ya no implica coerción alguna y su naturaleza se asemeja ciertamente a la sancionadora o cumple un fin resarcitorio».

Ante tal realidad que se ha tratado de poner de manifiesto en el primer epígrafe, concluye que:

Aun así, como tal penalidad tiene una sola regulación y no puede ostentar diversa naturaleza dependiendo de su finalidad, hay que estar al criterio jurisprudencial según el cual carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual (cf. artículo 1152 del Código Civil) cuya razón radica en el interés público que se satisface con el contrato y que es necesario tutelar.

De este modo, el Tribunal Supremo responde de una manera loable, intentando mantener una cierta sistemática negando que una figura jurídica como la penalidad pueda tener más de una naturaleza jurídica. Así pues, sin poder encuadrar todas las penalidades como medida coercitiva, indemnizatoria o sancionadora, concluyó que se configuraban como una cláusula penal civil.

El problema que encontramos es que, como ya recogimos del civilista Castán Tobeñas, la cláusula penal civil puede responder a diferentes finalidades y, por tanto, tener distinta naturaleza según las partes la configuren³⁵, aunque en caso de que estas no se pronuncien, esta tendrá una naturaleza indemnizatoria (*ex* artículo 1152 CC). El problema se agrava

³³ *Vid.* las SSTs de 8 de julio de 1985, ECLI:ES:TS:1985:2083, FJ 5; de 6 de octubre de 1990, ECLI:ES:TS:1990:6977, FJ 7.

³⁴ STS de 21 de mayo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1689, FJ 5.

³⁵ En este sentido, DÍAZ PAIRÓ (1945) decía que «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 [penal civil] estipulada en cada caso» (recogido en CASTÁN TOBEÑAS, 2008: 205).

en la contratación pública en la que, en nuestra opinión, no existe una única regulación de las penalidades contractuales, sino que existen normas distintas para según qué supuestos de incumplimiento de las que se infieren naturalezas distintas. Estamos en definitiva ante un concepto anfílogo³⁶. Así parece suceder al menos respecto a las penalidades por demora y el resto de las penalidades³⁷.

Queda, por tanto, saber qué naturaleza tienen estas segundas cuando la Administración no se pronuncie al respecto en los correspondientes pliegos contractuales. Y, descartadas la coercitiva y la indemnizatoria –salvo en lo que se refiere a las penalidades por demora–, entendemos que esta es la punitiva o sancionadora. En nuestra opinión, el legislador ha ido previendo las diferentes penalidades contractuales con el fin primordial de prevenir los potenciales incumplimientos del contratista a través de la amenaza de su imposición como castigo.

Esto parece claro respecto de las penalidades por no presentar la documentación necesaria para adjudicar el contrato (artículo 150.2, párr. 2.º LCSP), por no formalizar el contrato (artículo 153.4 LCSP), por no destinar a la ejecución del contrato los medios humanos y materiales a los que se comprometió el contratista (artículo 76.2 LCSP), por no cumplir las obligaciones legales en materia medioambiental, social y laboral (artículo 201 LCSP), por subcontratar sin atenerse a las condiciones estipuladas (artículo 215.4 LCSP), por no facilitar a la Administración contratante la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores en los que deba subrogarse el contratista que lo sustituya (artículo 130.4 LCSP) o por no facilitar la información sobre las condiciones de pago de sus suministradores y subcontratistas (artículo 217.1, párr. 2.º LCSP). Y de este modo se están empleando por parte de las distintas Administraciones públicas³⁸.

Como decimos, parece que hay una línea jurisprudencial –que se mantiene– que no niega este carácter punitivo o sancionador, pero sí niega que las penalidades contractuales sean «sanciones administrativas en sentido estricto»³⁹, rechazando que les sean de aplicación

³⁶ En esta línea parece pronunciarse Francisco José NEGRO ROLDÁN (2018), «Artículo 264. Penalidades por incumplimiento del concesionario», en Miguel Ángel RECUERDA GIRELA (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi- Thomson Reuters, p. 1532

³⁷ Esto también sucede, de forma más clara por su mayor sistematización, en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos que dedica su artículo 146 a regular las penalidades con carácter general y su artículo 147 a regular las penalidades por demora.

La única interpretación que permitiría, ante la regulación actual, atribuir una misma naturaleza, común a todas las penalidades contractuales, incluidas las de demora, sería que éstas también tuviesen una naturaleza sancionadora. Como explicamos a continuación, entendemos que esta es la naturaleza de las penalidades con carácter general y sería válida para explicar las reglas del artículo 193 LCSP sobre las penalidades por demora. Sin embargo, su propia peculiaridad regulatoria y los antecedentes de la figura parecen señalar que, en efecto, su razón de ser es distinta al resto: de compeler al contratista y no tanto la de castigarlo.

³⁸ *Vid.* a modo de ejemplo la STS de 18 de mayo de 2005, Sala Tercera, ECLI:ES:TS:2005:3177, en la que el Ayuntamiento de Madrid incoó «un procedimiento sancionador» contra el contratista que prestaba servicios complementarios de la gestión de los expedientes sancionadores por infracciones a la normativa de tráfico vial urbano en el municipio de Madrid. Y, asimismo, la reciente STSJ de Galicia de 26 de junio de 2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:4407. Si bien ni en los pliegos contractuales ni en el procedimiento de imposición de penalidades se utiliza el término «sanción», resulta llamativo que en aquellos se tipificase como penalidad contractual para los incumplimientos leves «el apercibimiento» al contratista, lo cual ni se corresponde con una finalidad indemnizatoria ni con una finalidad coercitiva.

³⁹ STS de 6 de marzo de 1997, ECLI:ES:TS:1997:1623, FJ 3.

los principios y garantías que se aplican en el Derecho Administrativo sancionador⁴⁰. Estas no constituirían una manifestación del *ius puniendi* del Estado, dirigido a castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la Ley, sino que, más bien, se trataría del ejercicio de una de las prerrogativas que ostenta la Administración⁴¹, encaminada 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 contratantes⁴².

A este respecto, es indiscutible que la base contractual de las obligaciones asumidas por el administrado –el contratista– cuyo incumplimiento se castiga es una peculiaridad que marca una importante diferencia respecto de las sanciones administrativas en general⁴³. Pero también es cierto, que como ya apuntaba Huergo Lora hace más de una década, también el régimen disciplinario de los empleados públicos parte de un consentimiento previo de los sujetos sancionados⁴⁴: los empleados públicos aceptan voluntariamente el régimen sancionador que se les aplicará exclusivamente en ese ámbito, pero esta circunstancia no impide que haya unanimidad entre la doctrina y los Tribunales en afirmar que las sanciones disciplinarias son verdaderas sanciones administrativas, a las que se les debe aplicar el régimen general propio del Derecho Administrativo Sancionador, sin perjuicio de las modulaciones que puedan hacerse respecto de las garantías propias de este⁴⁵.

Por nuestra parte, entendemos que las penalidades contractuales encuentran acomodo en el concepto de sanción administrativa que maneja la doctrina más autorizada, siendo una medida adoptada por una Administración que tiene un contenido aflictivo consistente en un mal, el cual se impone como un castigo, buscado directa y deliberadamente como respuesta a la conducta infractora y como expresión del reproche que merece⁴⁶.

⁴⁰ Vid. las SSTs de 21 de noviembre de 1988, ECLI:ES:TS:8163, FJ 4; de 10 de febrero de 1990, ECLI:ES:TS:1990:1129, FJ 1; de 26 de diciembre de 1991, ECLI:ESTS:1991:7286, FJ 3; y, más recientemente, de 13 de febrero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:611, FJ 4.

⁴¹ Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS (2018), «Los efectos y la ejecución de los contratos administrativos», en Marcos Matías FERNANDO PABLO, María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS, Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS, Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ y Daniel TERRÓN SANTOS (coords.), *Cuadernos de Derecho Administrativo. Tomo III: Contratos públicos, urbanismo y ordenación del territorio*, Ratio Legis, 5.ª ed., p. 135.

⁴² STS de 26 de diciembre de 1991, ECLI:ESTS:1991:7286, FJ 3.

⁴³ No obstante, debe apuntarse que las penalidades no están solo presentes una vez nace el contrato, sino incluso antes de su adjudicación (artículos 250.2, párr. 2.º y 153.4 LCSP).

⁴⁴ Alejandro HUERGO LORA (2007), *Sanciones administrativas*, Iustel, 289-290. No obstante, esta similitud entre las penalidades y las sanciones disciplinarias no termina por convencer al autor, quien finalmente asume la línea jurisprudencial que apuntamos, esto es, que las penalidades no son sanciones administrativas. Más recientemente se ha pronunciado José ORTIZ ESPEJO (2020), «Las penalidades en la contratación pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, 55, p. 7, quien afirma que «es evidente que la imposición de penalidades nada tiene que ver con el ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas». Opinión que no compartimos, y menos con esa rotundidad.

⁴⁵ Así lo afirma con rotundidad en artículo 25.3 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público.

⁴⁶ Vid. Manuel REBOLLO PUIG, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR y Antonio BUENO ARMIJO (2005), «Panorama del derecho administrativo sancionador en España: Los derechos y garantías de los ciudadanos», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, n.º 1, pp. 24-25; el análisis jurisprudencial que hizo Manuel REBOLLO PUIG (2010), «Concepto de sanción administrativa», en Manuel REBOLLO PUIG, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR y Antonio BUENO ARMIJO,

Por ello, aun compartiendo la preocupación de Rebollo Puig (2021: 41-44) por ser escrupulosos con el concepto de sanción y no aplicar del Derecho sancionador a figuras que no lo son, no apreciamos elementos diferenciadores suficientes para considerar que las sanciones que se imponen, por ejemplo, a los empleados públicos sean auténticas sanciones administrativas, pero no así las penalidades contractuales que se imponen a los contratistas, adjudicadores o licitadores. Ahora bien, sin perjuicio de ello, igual que ocurre con las sanciones disciplinarias, es muy posible que, sobre la base del principio *volenti non fit iniuria* y atendiendo a las características de la contratación pública pudiesen aceptarse ciertas modulaciones en la aplicación de los principios del *ius puniendi*.

V.- CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, a modo de conclusión, se debe insistir en primer lugar en la falta de una regulación completa, uniforme y comprensiva de las penalidades como institución jurídica, que permita deducir con claridad una cuestión tan elemental como su propia naturaleza. Prueba de esto ha sido la diversidad jurisprudencial que ha existido a lo largo de los años en torno a la cuestión y que sigue sin dar una respuesta satisfactoria. A pesar de ello, existen datos suficientes para, por un lado, negar un carácter coercitivo con carácter general en las penalidades contractuales y, por otro, afirmar esta naturaleza coercitiva en las penalidades por demora del artículo 193 LCSP como excepción.

Asimismo, creemos que la intención del legislador al establecer estas en el ámbito de la contratación pública, y que debe marcar su naturaleza salvo previsión en contrario, es la propia de las sanciones administrativas, habiéndose pensado como una medida para prevenir el incumplimiento del contratista de sus obligaciones para con la Administración por medio de la amenaza de un castigo como es la imposición de penalidades.

Todo ello sin perjuicio de que el legislador, de una manera más o menos acertada, haya atribuido una segunda función indemnizatoria, en principio secundaria y no esencial, a ciertas penalidades contractuales como las relativas al cumplimiento defectuoso, el incumplimiento parcial y la demora en la ejecución de los artículos 192 y 193 LCSP.

Nos encontramos, por tanto, a falta de una regulación que clarifique la cuestión, ante un concepto anfibológico en el que parecen encuadrarse al menos dos figuras con distintas naturalezas jurídicas y que pueden tener, a su vez y a la vez, varias finalidades.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, M.C. (2019), «Contratación pública ecológica», *Gabilex*, n.º Extraordinario, pp. 159-175.

Derecho Administrativo Sancionador, Valladolid, Lex Nova, pp. 57-104; así como la reciente obra del mismo Manuel REBOLLO PUIG (2021), «Definición y delimitación de las sanciones administrativas» en Manuel REBOLLO PUIG, Alejandro José HUERGO LORA, Javier GUILLÉN CARAMÉS y Tomás CANO CAMPOS (dirs), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Civitas, pp. 41-91.

- CASTÁN TOBEÑAS, J. (2008), *Derecho civil español, común y foral. Tomo III: Derecho de obligaciones: La obligación y el contrato en general*, Madrid: Editorial Reus, 17.^a ed.
- CONSEJO DE ESTADO (2015), Dictamen 1116/2015, sobre el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2016), *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 27.^a ed.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1996), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Tomo II: Las relaciones obligatorias*, Madrid: Civitas, 5.^a ed.
- ESCRIHUELA MORALES, F.J. (2018), *La contratación del Sector Público*, Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer.
- FELIÚ REY, J. (2014), «Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII, Fascículo I, pp. 169-218.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2018), «La responsabilidad en la ejecución de los contratos públicos: penalidades, responsabilidad frente a la Administración contratante y frente a terceros», en José María Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 1297-1343.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A. (2018), «Los efectos y la ejecución de los contratos administrativos», en Marcos Matías Fernando Pablo, María Ángeles González Bustos, Miguel Ángel González Iglesias, Dionisio Fernández De Gatta Sánchez y Daniel Terrón Santos (coords.): *Cuadernos de Derecho Administrativo. Tomo III: Contratos públicos, urbanismo y ordenación del territorio*. Salamanca: Ratio Legis, 5.^a ed., pp. 130-146.
- HERNÁEZ SALGUERO, E. (2018) «Artículo 201. Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral», en Miguel Ángel Recuerda Girela (dir.) *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 1191-1196.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A. (2018), «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos» en Eduardo Gamero Casado e Isabel Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo III*, Valencia: Tirant lo Blanch. Versión digital, pp. 1-101.
- HUERGO LORA, A. (2007), *Sanciones administrativas*, Madrid: Iustel.
- LEÓN ACOSTA, M. (2021), «La naturaleza jurídica de las penalidades contractuales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 212, pp. 137-170.
- NEGRO ROLDÁN, F.J. (2018), «Artículo 264. Penalidades por incumplimiento del concesionario», en Miguel Ángel RECUERDA GIRELA (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 1532-1538.
- ORTIZ ESPEJO, D. (2020), «Las penalidades en la contratación pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, 55, pp. 1-20.
- PIZARRO NEVADO, R. (2001), «La multa coercitiva», *Revista del Poder Judicial*, 62, pp. 375-418.
- REBOLLO PUIG, M. (2010), «Concepto de sanción administrativa», en Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio

- Bueno Armijo, *Derecho Administrativo Sancionador*, Valladolid, Lex Nova, pp. 57-104.
- (2021), «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», en Manuel Rebollo Puig, Alejandro Huergo Lora, Javier Guillén Caramés y Tomás Cano Campos (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Madrid, Civitas, pp. 41-91.
- REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A. (2005), «Panorama del derecho administrativo sancionador en España: Los derechos y garantías de los ciudadanos», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, n.º 1, pp. 23-74.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M (1993), «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fascículo II, pp. 511-588.

