



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2021 N.º 138

Nulidad de las penalizaciones contractuales por causas no imputables que no sean fuerza mayor

La reciente resolución número 719/2021, de 17 de junio de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, declara incurso en nulidad de pleno derecho las previsiones de un pliego de condiciones administrativas de un contrato de servicios que prevé penalizaciones por causas no imputables que no sean las de fuerza mayor enumeradas en el artículo 239 de la Ley de Contratos del Sector Público. Concluye, la resolución, que el referido precepto determina los casos en que el contratista no responde a pesar del riesgo y ventura, pero no sirve para determinar aquellos casos en que está sujeto a posibles cláusulas penales, porque para tales supuestos rige el artículo 1105 del Código Civil, y son exoneratorias todas las contingencias que conforme a este precepto merezcan la condición de caso fortuito o fuerza mayor.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) ha dictado una reciente resolución en la que perfila los contornos del régimen jurídico de las penalidades en el marco del Derecho de la contratación pública. El pronunciamiento pone fin a un conflicto planteado en relación con la convocatoria de un procedimiento de licitación, por parte de un Servicio de Salud Autonómico, para la contratación de “*Servicios de gestión de Residuos Sanitarios de los centros dependientes del Servicio de Salud*” de esa Comunidad Autónoma.

La licitación fue objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 12 de marzo de 2021 y en la Plataforma de

contratación del Sector Público el 15 de marzo siguiente, como contrato de servicios, en dos lotes, y con un valor estimado de 10.743.849,12 euros.

El objeto del contrato de servicios era, según el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), “*la retirada, transporte, tratamiento y eliminación de los residuos sanitarios de los centros dependientes del Servicio de Salud (...) especificados en el ANEXO I, así como el suministro de los contenedores, o cualquier otro soporte necesario para el servicio. También se retirarán los residuos de los centros de nueva creación durante la vigencia del contrato o cualquiera de sus prórrogas...*”.

Convocado así el procedimiento, la empresa AXAXA formuló recurso¹ contra los pliegos y el inicio del procedimiento por diversos motivos². Interesa aquí – entre otras razones porque fue el único de los argumentos que prosperó³ – el relativo al **régimen de penalidades específicas previsto en el contrato**. En efecto, el Punto “S” del Cuadro de Características del contrato, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, señalaba que: *“Si el incumplimiento consiste en retrasos en la recogida de residuos en el plazo legalmente establecido o el ofertado por el licitador, NO será justificación de este retraso el estado de la mar u otras incidencias climatológicas excepto las catalogadas en el LCSP como fuerza mayor (artículo 239) a la penalización diaria de 500€, se AÑADIRÁ el 1,20% del precio ofertado por el adjudicatario por el número de kilogramos o unidades pendiente de recoger por el número de días de retraso”*.

La impugnación se fundamentó en que la previsión referida incurría en una **infracción del principio de igualdad y no discriminación** de los contratistas, “en tanto en cuanto ninguno de los potenciales contratistas, gestores autorizados en residuos sanitarios, posee instalaciones en todas las islas del archipiélago Balear, con lo cual dependen absolutamente del transporte marítimo entre islas y de las empresas navieras que lo efectúan. En estos casos, el contratista, aún empleando toda la diligencia debida en la

correcta ejecución del contrato y cumplimiento de sus obligaciones, depende de situaciones ajenas al mismo, como el estado de la mar y otras incidencias climatológicas, que están fuera de su control... al favorecer a aquellos que dispongan de instalaciones en cada una de las islas menores (Menorca, Ibiza y Formentera), disuadiendo de participación en la licitación a los potenciales contratistas sin instalaciones en dichas Islas o cuanto menos, con importantes quebrantos económicos por una causa ajena a la voluntad del contratista y de imposible cumplimiento por razones de insularidad, absolutamente dependientes del transporte marítimo”.

Además, entendía la empresa recurrente que la penalidad prevista en la cláusula impugnada infringe un **principio elemental** del derecho administrativo sancionador, como es el de la **responsabilidad o culpabilidad**. En efecto, el artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece en su apartado 1 que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que **resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa**.

La resolución del TACRC aborda la legalidad de la previsión controvertida en su Fundamento Jurídico Sexto, donde tras recordar que el Pliego prevé la imposición de penalidades por retrasos

¹ Recurso n.º 408/2021 C.A. Illes Balears 21/2021.

² Por ejemplo se impugnó también el punto “B. 2.1” del Cuadro de Criterios de Adjudicación del Contrato, referido a los Criterios Subjetivos Evaluables Mediante Juicio de Valor, del Pliego de cláusulas administrativas particulares, el incumplimiento del artículo 1.3 de LCSP por parte de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, por falta de incorporación de criterios medioambientales en los criterios de adjudicación o la infracción del artículo 6.3 del Decreto 136/1996, de Residuos Sanitarios de las Illes Balears por parte del punto 5.18 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

³ El Fundamento de Derecho Quinto acuerda estimar parcialmente el recurso en lo referido al Punto “S” del Cuadro de Características del contrato del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, con el alcance expresado en nuestro Fundamento Sexto “in fie”, desestimándolo en lo demás.

en la recogida de residuos en plazo, contempla de manera expresa que **NO será justificación de este retraso el estado de la mar u otras incidencias climatológicas excepto las catalogadas en el LCSP como fuerza mayor (artículo 239).**

Esto significa que solo se excluye de penalidad - y por tanto se considera como una causa de justificación del incumplimiento - lo definido como fuerza mayor en el artículo 239. 2 LCSP⁴. El artículo 239, bajo la rúbrica “Fuerza mayor”, señala que “en casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, **este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios**, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato”.

El precepto transcrito **no regula**, por tanto, un **régimen de responsabilidad** del contratista por sus incumplimientos contractuales, antes bien, contempla la posibilidad excepcional de que, pese al principio de riesgo y ventura que rige la ejecución del contrato, el contratista **perciba indemnización** de la Administración en caso de que él sufra perjuicio.

Por ello, considera la resolución que el artículo referido **no es directamente aplicable al régimen de penalidades**, siendo preciso determinar si la remisión que operan los pliegos que rigen la contratación resulta compatible con el marco jurídico que sustenta la imposición de penalidades al contratista, presidido por el artículo

192 LCSP, que permite prever la imposición de penalidades en la contratación administrativa en caso de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso del contrato, si bien impone que se trate de “**causas imputables al mismo**”. Algo similar ocurre con el artículo 193, referido a la “demora en la ejecución”, cuando su apartado 3 dispone que “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”.

Este marco jurídico se asienta sobre las reglas generales del Derecho administrativo, que no permiten aplicar a la contratación pública el régimen general del Derecho administrativo sancionador. En efecto el artículo 25.4 de la Ley 40/2015 señala que “*las disposiciones de este capítulo no serán de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas.*”

Este marco se completa con la interpretación que de los preceptos legales hace la jurisprudencia⁵, que ha insistido también en que las

⁴ El apartado 2 del mismo precepto expresa que tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los que enumera:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

⁵ Por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8942) «que las consecuencias de una cláusula penal integrada en un contrato no constituyen una manifestación del derecho sancionador, entendido en el sentido de potestad del Estado de castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la Ley y respecto de las cuales se necesita, para aplicar la sanción, una prueba de culpabilidad que permita entender que mediante la misma se ha superado el principio de presunción de inocencia.

cláusulas penales integradas en los contratos **no constituyen una manifestación** de la potestad del Estado de castigar conductas tipificadas como sancionables por la Ley, quedando por tanto fuera del **derecho sancionador** y residenciándose su interpretación en la concepción civil que exige la presunción de culpa de quien no cumple lo asumido.

Por ello, ya que en estas cláusulas han de interpretarse desde una “concepción civil”, ha de acudir a las normas generales del Código Civil, en concreto al artículo 1105 Cc, que determina que fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, **nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.**”

Señala el TACRC que los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito implican, de conformidad con Jurisprudencia constante del Tribunal Supremo⁶ que **el hecho causante del incumplimiento ha de ser, además de imprevisible, inevitable e irresistible**; diferenciándose uno y otro concepto en que el suceso acaezca fuera del ámbito de control del obligado (fuerza mayor), o en el interno (caso fortuito).

Considera así la resolución que la aplicación de estas reglas generales de responsabilidad contractual implica que la imposición de penalidades en el ámbito de la contratación pública, cuando la LCSP exige que el incumplimiento sea “imputable al contratista”, **no significa que baste una relación de causalidad entre el resultado (incumplimiento o cumplimiento defectuoso) y la actuación del contratista**, pues el contratista puede quedar liberado de responsabilidad si acredita que el incumplimiento se ha generado por caso fortuito o fuerza mayor⁷ y por ello, que la cláusula de los pliegos que se controvierte en el procedimiento no resulta conforme a Derecho.

Conclusión: El artículo 239 LCSP no regula un régimen de responsabilidad del contratista, sino la posibilidad excepcional de que, pese al principio de riesgo y ventura, **perciba indemnización** de la Administración en caso de perjuicio. Por ello, además de no ser directamente aplicable para definir el ámbito de responsabilidad del contratista en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por su parte, **tampoco puede**, por remisión de los pliegos, **modificar el principio de que la responsabilidad del contratista a efectos de imposición de penalidades.**

Por el contrario, la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de la presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento».

⁶ Cita como ejemplo, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º S/S, de 31/05/2006, Rec. 2968/1999.

⁷ Así lo reconoce, p ej, la STS de 21 de diciembre de 2007, recurso 10262/2004 (RJ 2008, 67), que señala que “la administración ... debe probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad”.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.