

## **Informe 8/2018, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Las penalidades en los contratos administrativos, procedimiento de imposición.**

### **I. ANTECEDENTES**

El Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Tauste (Zaragoza), se dirige con fecha 22 de febrero de 2018, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito, que tuvo entrada en esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 1 de marzo de 2018, en el que plantea una consulta del siguiente tenor literal:

*En expediente nº 98/2017 de contrato de obra y, en fase de ejecución del contrato, el órgano de contratación (Junta de Gobierno Local) estimó parcialmente la solicitud de ampliación del plazo final y la imposición de penalidades resultantes de aplicar la cláusula 23 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en la que se establece que “En caso de incumplimiento de los plazos parciales o final pactados, el Órgano de Contratación podrá imponer al contratista una penalidad de 1.500,00.-euros por día natural de retraso, desde el plazo de finalización de la ampliación aprobada hasta la fecha en la que se acreditara realmente la finalización de la obra.*

*Comunicada la fecha de finalización de la obra por la Dirección y, por tanto, una vez conocido el concreto alcance del incumplimiento contractual del plazo final, el órgano de contratación aprobó una propuesta de imposición de una penalidad indicando que ésta se haría efectiva sobre la garantía constituida en su día, de conformidad con lo previsto en los artículos 99.2 y 212.8 del TRLCSP. Este acuerdo fue notificado al contratista y avalista concediéndoles un trámite de audiencia por diez días, de conformidad con el procedimiento establecido en el art. 97 del RD 1098/2001, de 12 de octubre.*

*El órgano de contratación posteriormente, considerando lo previsto en el art. 22 y 87 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, acordó suspender el plazo para*

*resolver la imposición de penalidades por incumplimiento del plazo de ejecución a fin de que pueda formularse y remitirse a la Junta Consultiva de contratación administrativa de Aragón consulta sobre la naturaleza jurídica de la penalidad, sobre el tratamiento del IVA en la efectividad de las penalidades y, sobre el momento en que operaría la subsidiariedad en la ejecución con cargo a la garantía.*

*El contratista presentó recurso de reposición indicando que en virtud del art. 100.1 del RGLCAP no podría haberse impuesto penalidades al haber finalizado la obra en el momento en que recibe la notificación de su imposición.*

*El contratista presentó recurso de reposición indicando que en virtud del art. 100.1 del RGLCAP no podría haberse impuesto penalidades al haber finalizado la obra en el momento en que recibe la notificación de su imposición e instando la ampliación de la consulta en este extremo.*

*VISTO lo previsto en las siguientes disposiciones normativas:*

*Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.*

*Artículo 100 Responsabilidades a que están afectas las garantías. La garantía responderá de los siguientes conceptos:*

*a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212.*

*Artículo 99 Constitución*

*En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía las penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, éste deberá reponer o ampliar aquélla, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.*

*Artículo 212 Ejecución defectuosa y demora*

*Las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.*

*Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*Artículo 100 Petición de prórroga del plazo de ejecución*

*1.- La petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días desde aquel en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo prorrogado al tiempo realmente perdido.*

*Si la petición del contratista se formulara en el último mes de ejecución del contrato, la Administración deberá resolver sobre dicha petición antes de los quince días siguientes a la terminación del mismo. Durante este plazo de quince días, no podrá continuar la ejecución del contrato, el cual se considerará extinguido el día en que expiraba el plazo previsto si la Administración denegara la prórroga solicitada, o no resolviera sobre ella.*

*2.- En el caso de que el contratista no solicitase prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades que establece el artículo 95.3 de la Ley o, en su caso, las que se señalen en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para proceder a la resolución del contrato.*

*VISTA la Consulta de la Dirección General de Tributos V0836-07, cuyo extracto es como sigue:*

*A efectos del IVA la cuestión planteada por el consultante es si esta penalidad debe reducir la base imponible de la entrega de bienes que se había comprometido a realizar o, por el contrario, debe considerarse independiente la obligación de satisfacer la contraprestación asumida por el Ayuntamiento del derecho que le asiste a exigir el pago de la pena por mora.*

*En este sentido, como la obligación de pago por parte del Ayuntamiento y su derecho a exigir la penalidad por mora tienen su origen en una misma relación contractual y una única operación, debe considerarse como contraprestación*

*aquella que resulte después minorar el precio convenido en las cantidades impuestas como pena por el cumplimiento tardío de la obligación de realizar la entrega de bienes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 78.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA (BOE del día 29) que define la base imponible de este impuesto como el importe total de la contraprestación. La razón de calcularla de este modo se encuentra en que la determinación exacta de la contraprestación por la operación sujeta dependía de si el consultante obligado a la entrega de un bien la realizaba en el plazo pactado o, por el contrario, fuera de éste. En este segundo caso, la contraprestación que se va a obtener por la operación realizada resulta efectivamente minorada, por lo que la base imponible IVA ha de minorarse en la misma medida.*

*CONSIDERANDO que la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, regula las penalidades de forma idéntica a la del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de aplicación al supuesto concreto por lo que se mantiene en interés en la consulta que se va a formular.*

*CONSIDERANDO las funciones atribuidas a la competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón referidas en el Decreto 81/2006, de 4 de abril.*

*En uso de la legitimación activa atribuida a la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento en el art. 6.g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento y de conformidad con las exigencias a que se refiere el art.8 del mismo texto normativo, atendiendo a lo acordado por la Junta de Gobierno Local y a la propuesta de consulta contenida en el informe emitido por la Secretaría General de esta misma fecha,*

**RESUELVO:**

*UNICO.- Solicitar de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón la emisión de informe sobre las siguientes cuestiones jurídicas en relación con la imposición de penalidades:*

*1.- Si a la vista de la normativa aplicable y de la Consulta V0836-07 de la Dirección General de Tributos en relación con la aplicación del IVA, cabe plantearse una diferente naturaleza de la penalidad según su efectividad se plante a través de una deducción en la certificación de obra (menor gasto) o por ejecución de la garantía, puesto que en el último caso opera como una*

*obligación de satisfacer a la Administración una contraprestación de carácter independiente sin afección del régimen fiscal.*

*2.- Si existe contradicción entre el carácter inmediatamente ejecutivo ligado a la imposición de penalidades y el procedimiento al que la jurisprudencia viene declarando aplicable art. 97 RGLCAP, puesto en este último han de cumplirse plazos que pueden determinar que cuando se acuerde de forma definitiva la obra hay finalizado y se ponga en duda la imposición misma de las penalidades.*

*3.- Si como parece deducirse del tenor del art. 202.8 la efectividad de la penalidad sobre la garantía presenta un carácter subsidiario respecto de la efectividad mediante la deducción de cantidades que hayan de abonarse al contratista, ¿Cómo ha de interpretarse la expresión “cuando no puedan deducirse de las certificaciones”?, es decir ¿En qué momento ha de operar la subsidiariedad? En este sentido, en un contrato de obra, ¿podría entenderse que hay que esperar para acordar la efectividad con cargo a la garantía hasta la liquidación del contrato, para comprobar que no es posible aplicar la deducción?*

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.**

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las

funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva, no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación, en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo del asunto que plantea el Sr. Alcalde de Tauste, acerca de la naturaleza jurídica de las penalidades, ejecutividad del acuerdo, si es posible su imposición finalizado el contrato, así como si la deducción de las penalidades del importe de la garantía tiene carácter subsidiario, para que esta Junta se pronuncie sobre las cuestiones planteadas con carácter general.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, g) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón.

## **II. Naturaleza Jurídica de las penalidades.**

El concepto jurídico de “penalidades” del contrato ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial, en ella se ha consolidado el criterio de su naturaleza contractual, que reconoce, entre otras, la Sentencia nº 290/2006 de 26 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que señala que:

*“nos encontramos ante las facultades y prerrogativas que la LCAP 13/1995 reconoce en el art. 60 y siguientes a la Administración en el ámbito de los contratos administrativos....en el caso de autos nos encontramos ante unas infracciones y unas sanciones previstas expresa y explícitamente en un Pliego de Cláusulas Administrativas, y en un posterior contrato, pero que no se encuentran tipificadas legalmente.*

*Como por otro lado ya había indicado el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala 3ª de 26-12-1991, de la que fue Ponente Don Francisco José Hernando Santiago, en la que se estimaba el Recurso de apelación interpuesto contra sentencia que declaró improcedentes las penalidades impuestas a la entidad recurrente en virtud de Resolución de la Dirección de Construcciones Navales Militares, por retraso en la entrega de construcción de buques, el TS lo estima, revoca la sentencia apelada y declara que la cláusula penal por la que se sancionó a tal entidad, no significa que se haya de situar a la Administración en el plano del Derecho Administrativo sancionador, ni que se ejercite la potestad sancionadora, sino que pura y simplemente se da o se exige el derecho de uno de los contratantes respecto del otro de unas previsiones contractuales”.*

El citado Tribunal Supremo, entre otras resoluciones, en Sentencia de 18 de mayo de 2005, señala que *«no son sanciones en sentido estricto, sino que constituyen un medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación a modo de cláusula penal del artículo 1152 del Código Civil.»*

Así mismo la Audiencia Nacional, en Sentencia de 22 de octubre de 2008 las considera como *“estipulaciones de carácter accesorio, plasmadas en el*



*contrato con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, y destacan su función coercitiva.”*

En todo caso, tengan naturaleza cercana a la multa coercitiva u ostenten el carácter de penalidad obligacional, nuestro ordenamiento jurídico carece de un procedimiento específico general para su tramitación e imposición, lo que obliga a acudir al procedimiento administrativo general.

Tampoco regula la normativa el plazo de prescripción por lo que ha tenido que ser la doctrina judicial quien lo ha concretado. En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 26 de febrero del año 2014, recurso de apelación 679/2013, se señala que *“-a falta de otra previsión específica- el plazo de prescripción ha de ser el de cuatro años establecido en el artículo 15 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, no siendo aplicable el de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil”*.

Por consiguiente las “penalizaciones” tienen naturaleza contractual no condicionada en función de como se vayan a hacer efectivas, bien mediante deducción de los pagos pendientes de abonar o mediante la ejecución de la garantía definitiva, no correspondiendo a esta Junta Consultiva informar ni interpretar la resolución de las consultas de índole tributario.

### **III. Procedimiento de imposición.**

Tanto el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, como la



vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) recogen, casi con idéntica literalidad, la posibilidad de imponer penalidades por incumplimiento de las obligaciones del contrato, entre las que se encuentra la demora en el plazo de ejecución de la prestación y el momento en el que el contratista puede solicitar la prórroga del plazo de ejecución del contrato, este último regulado en el artículo 100 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP).

En primer lugar vamos a analizar el procedimiento de imposición de penalidades como consecuencia de la demora en el cumplimiento de los plazos, en tanto que obligación del contrato, puesto que el contratista esta obligado a la ejecución del contrato en los plazos previstos tanto parciales como el plazo total, tal y como establece el artículo 193 de la LCSP:

- “1. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.*
- 2. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.*
- 3. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades...”*

Con respecto al cumplimiento de los plazos del contrato el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de mayo de 2004 señalaba que “son de carácter esencial o

*fijo para el contratista, sin que estén precisados de interpretación por la otra parte”, y en cuanto a su vencimiento el Consejo de Estado, en su Dictamen 4533/1996, de 30 de enero de 1997, decía que “el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica “ipso iure” la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial”.*

Sin embargo esta calificación de “negocio a plazo fijo” debe ser entendida en sus justos límites, ya que es posible un cumplimiento en mora del contrato con imposición de penalidades y es al contratista, al que le corresponde desvirtuar esa presunción de culpabilidad. En este sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en informe 13/2004, de 7 de junio, en el que haciendo referencia a otro de 12 de marzo de 2004 (expediente 4/04) afirmaba que *“la solicitud de no aplicación de penalidades ha de formularla el contratista y basarla en no ser las causas de la demora imputables al mismo”.*

En lo que respecta al incumplimiento de los plazos del contrato nos podemos encontrar con dos tipos de incumplimiento:

PRIMERO.- El que afecta a los plazos parciales y/o al programa de obra cuya consecuencia previsible es que se va a producir un incumplimiento del plazo total del contrato, en este caso es el Responsable del contrato – Director de la obra quien lo constatará y lo comunicará a la empresa contratista, para que manifieste lo que proceda y al órgano de contratación que podrá acordar una

ampliación de los plazos con imposición de penalidades o en su caso la resolución del contrato.

Por tanto en el supuesto de incumplimiento de los plazos parciales del contrato, el mismo acuerdo del órgano de contratación, adoptado previo trámite de audiencia del contratista, que amplía los plazos parciales y/o el plazo total puede imponer las concretas penalidades puesto que ya se conoce la demora.

SEGUNDO.- Está regulado de forma expresa en el artículo 100 del RGLCAP, que sea, el propio contratista quien, ante la imposibilidad de cumplir el plazo de la prestación, quien solicite una ampliación del plazo del contrato, motivando la petición, debiendo presentar la petición en:

*“un plazo máximo de quince días desde aquel en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable ...si la petición del contratista se formulara en el último mes de ejecución del contrato, la Administración deberá resolver sobre dicha petición antes de los quince días siguientes a la terminación del mismo, el contrato quedará extinguido en el día que expiré el plazo si la administración denegara la prórroga solicitada, o no resolviera sobre ella. En el caso de que el contratista no solicitase prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades.”*

De lo anterior se desprende que, es necesario que cuando se adopte el acuerdo en el que se constata el incumplimiento del contratista y le otorga una ampliación del plazo de ejecución de las obras con imposición de las penalidades/día previstas en los pliegos, no haya finalizado el plazo de ejecución de las obras, evidentemente en este primer momento no se ha podido concretar su alcance ni el importe total de las mismas, que dependerá de los efectivos días de demora.

Será necesario un segundo acuerdo en el que se concrete la cuantía total de las penalidades, que no se podrá adoptar hasta que el contratista haya finalizado las obras, momento en el que se conocen los días efectivos de demora, el importe de la penalidad se determinará con una mera operación aritmética, (días de demora multiplicados por penalidad/día), evidentemente este acuerdo se notificará al contratista finalizado el contrato.

Constatada la función coercitiva de las penalidades, que pretende asegurar el cumplimiento de la obligación en plazo, debemos establecer si es posible acordar la imposición finalizado el plazo de ejecución de las prestaciones.

La jurisprudencia no se ha pronunciado de forma unánime, la Audiencia Nacional en Sentencia de 28 de enero de 2015, ha señalado que:

*“acorde a la propia naturaleza jurídica de las penalidades, como “medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación” o “función coercitiva para estimular el cumplimiento”, difícilmente podemos pensar que ello cobre sentido cuando lo que se trata de asegurar, la obligación derivada del contrato de servicios de mantenimiento*

*adjudicado del que nace, ya ha finalizado, desde hace más de un año a contar de la fecha de inicio del trámite de imposición de penalidad por la Administración.”*

En el mismo sentido la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 26 de febrero de 2014:

*“El procedimiento para la imposición de penalidades no se inició cuando ya había finalizado la vigencia del contrato, (lo que tuvo lugar el 31 de diciembre de 2010), sino con anterioridad, siendo de fecha 21 de octubre de 2010 el informe sobre incumplimientos, de fecha 14 de diciembre de 2010 el informe-propuesta de imposición de penalidades, y de fecha 22 de diciembre de 2010 el Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid acordando el inicio del expediente de imposición de penalidades en materia contractual, proponiendo la imposición de una penalidad por importe de 74.528,8 euros y concediendo audiencia al contratista, previa adopción del acuerdo correspondiente.”*

Sin embargo otras sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, nº 277/2012, de 21 de febrero de 2012, avalan:

*“la posibilidad de imponer penalidades cuando ya ha terminado la ejecución de las obras puesto que el hecho de que la Administración no hubiera impuesto penalidades ni hubiera formulado queja alguna en el momento de la recepción de la obra no implica, sin más, que la culpa del retraso no fuese del contratista ( Sentencia de la Sala Tercera, sección*

*4ª, de 7 de febrero de 2006 ), extremo que puede y debe ser apreciado en forma contradictoria.”*

En el supuesto de imposición terminada la ejecución de las obras la penalidad ya no tiene una función propiamente coercitiva, pero no por ello su imposición dejaría de servir a su preeminente finalidad punitiva y, en su caso, resarcitoria, en ese mismo sentido se pronuncia la Intervención General de la Comunidad de Madrid en informe de 7 de febrero de 2003:

*“La imposición de penalidades por demora en la ejecución del contrato no queda enervada porque se haya producido la recepción del contrato habida cuenta de que ésta constituye un acto formal de conformidad con la prestación realizada que no subsana posibles incumplimientos producidos en la ejecución del contrato sin incidencia sobre el resultado de la prestación convenida.*

*No obstante todo lo anterior, el momento más idóneo para la imposición de la penalidad debe ser durante el plazo de ejecución del contrato, ya que en esta fase la imposición de la penalidad desplegaría efectos coercitivos, conminando al contratista al cumplimiento tempestivo del contrato. Por el contrario, de ser exigida una vez consumado el incumplimiento, la penalidad quedaría desprovista de ese potencial coercitivo, mas no por ello su imposición dejaría de servir a su preeminente finalidad punitiva y, en su caso, resarcitoria”*

En el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación del Estado en informe 46/2012:

*“la responsabilidad del contratista no se extingue con la recepción de la obra sino que es necesario que transcurra el plazo de garantía sin objeciones y que aunque la mora sea apreciada por la Administración después del acta de recepción del contrato, mientras no haya pasado el plazo de garantía establecido en el mismo, el contratista deberá responder de los daños y perjuicios que esa demora haya podido causar a la entidad contratante”.*

Por tanto entendemos que aunque no es posible establecer una solución general, y deberemos estar al caso concreto, lo cierto es que no es aconsejable que el acuerdo en el que se cuantifica la penalidad se demore en el tiempo, es necesario, por tanto, realizar una interpretación de las normas de aplicación que permita hallar una solución razonable sin menoscabo de los derechos del contratista a ser tenido en cuenta en el procedimiento y ello a pesar de los pronunciamientos jurisprudenciales, que permiten su imposición aunque hayan finalizado las obras, tal y como hemos puesto de manifiesto.

En el caso de que las penalidades sean consecuencia del incumplimiento del plazo total del contrato, podríamos adoptar el acuerdo en el que se concreta el importe de las penalidades, en los plazos previstos en el artículo 243 de la LCSP para aprobar la certificación final que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato, es decir tres meses a partir de la recepción, que permitiría deducir las penalidades de la certificación final.

#### **IV. Ejecutividad del acuerdo de imposición y subsidiariedad de la garantía definitiva.**



En cuanto a que el acuerdo de imposición de penalidades, sea inmediatamente ejecutivo, tal y como establece el artículo 194.2 de la LCSP, esta ejecutividad, no implica que para su adopción se deba de obviar el trámite de audiencia del que debe disponer el contratista, a los efectos de constatar que la cuantía de la misma es acorde con los días de demora efectivamente producidos y poder realizar las alegaciones que considere oportunas al objeto de salvaguardar las exigencias del principio de contradicción que debe presidir todo procedimiento administrativo, sino que otorga a la administración la prerrogativa de deducir directamente las penalidades de las cantidades pendientes de pago o subsidiariamente de la garantía definitiva sin necesidad de acudir al auxilio de los tribunales.

Por tanto la incautación de la garantía definitiva tiene un carácter subsidiario y no debe iniciarse ese trámite si existe obra pendiente de certificar o pagar, cuestión que no solo está regulada de forma expresa en el citado artículo 194.2 de la LCSP, sino que contamos con pronunciamientos jurisprudenciales, que establecen el carácter subsidiario, entre otros la Sentencia 290/2006, de 26 de mayo de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que lo señala de forma expresa en su Fundamento jurídico Quinto.

Evidentemente si debemos recurrir a la garantía definitiva para hacer efectivas las penalidades, por no existir obra pendiente de abonar, el contratista deberá reponer o ampliar aquella en el plazo previsto en el artículo 109.2 de la LCSP, y ello es así puesto que la fianza debe mantenerse durante el periodo de garantía.

Finalmente, atendida la naturaleza contractual de las penalidades, esta Junta entiende que, a falta de la deseable regulación autonómica que desarrolle el artículo 194 de la LCSP, los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que son la ley del contrato que obliga a las partes, además de incluir penalidades por incumplimiento de las obligaciones del contrato, se refieran al plazo o a otro tipo de incumplimientos, podrían incluir un procedimiento sencillo para la tramitación de los expedientes de imposición que debería incluir al menos, propuesta del responsable del contrato –director de obra-, audiencia del contratista, propuesta jurídica y acuerdo del órgano de contratación.

## V. CONCLUSIONES

**UNICA.** Las penalidades del contrato tienen naturaleza contractual y constituyen un medio de presión para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato entre las que se encuentra el plazo de ejecución. Por tanto el acuerdo del órgano de contratación de ampliación del plazo del contrato con imposición de penalidades deberá acordarse estando vigente el plazo del contrato, siendo posible que el acuerdo en el que se cuantifiquen las mismas se adopte en un momento posterior.

La no imposición de las penalidades en los plazos anteriores no libera al contratista de sus responsabilidades por los incumplimientos producidos en la ejecución del contrato.

El hecho de que el acuerdo de imposición de penalidades sea inmediatamente ejecutivo, no implica que para su adopción se pueda prescindir el trámite de audiencia al contratista.

Las penalidades deberán deducirse en primer lugar de la obra pendiente de abonar y solo en el supuesto de que no exista o sea insuficiente, se podrán deducir subsidiariamente de la garantía definitiva, debiendo en este caso reponerse en los plazos previstos en la Ley.

Es aconsejable que los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en tanto ley del contrato que obliga a las partes, establezcan un procedimiento sencillo para la tramitación de los expedientes de imposición de penalidades, garantizando en todo caso la audiencia al contratista.

**Informe 8/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 11 de abril de 2018.**