

Observatorio de contratación pública.

La responsabilidad del contratista a efectos de imposición de penalidades se produce salvo fuerza mayor o caso fortuito

Por [María Asunción Sanmartín Mora](#), 14/10/2021

Resolución 719/2021 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales analiza la legalidad de una cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que establece penalidades por retrasos en la prestación del servicio, indicando 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)".

Señala el Tribunal:

"En cuanto a la imposición de penalidades prevista en el Punto "S" del Cuadro de Características del contrato del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por "*retrasos en la recogida de residuos en el plazo legalmente establecido o el ofertado por el licitador*", se impugna en tanto que prevé 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)*".

Ello significa que solo se excluye de penalidad lo definido como tal en el art. 239. 2 LCSP. Este dispone: "*Artículo 239. Fuerza mayor.*

1. *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.*
2. *Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:*
 1. *Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*
 2. *Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*
 3. *Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público".*

Como puede verse, el art. 239 LCSP no regula un régimen de responsabilidad del contratista por sus incumplimientos contractuales, sino, por el contrario, la posibilidad excepcional de que, pese al principio de riesgo y ventura que rige la ejecución del contrato, dicho contratista perciba indemnización de la Administración en caso de que él sufra perjuicio; por lo que tal artículo no es directamente aplicable al régimen de penalidades y habremos de analizar si la remisión al mismo por parte de los pliegos que rigen esta contratación es compatible con las normas y principios que deben regir la imposición de penalidades al contratista.

A estos efectos, el art. 192 LCSP, dedicado a la posibilidad de prever la imposición de penalidades en la contratación administrativa en caso de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso del contrato, impone que se trate de "*causas imputables al mismo*" (aludiendo al contratista), y lo mismo señala el art. 193, referido a la "*Demora en la ejecución*".

Por otra parte, es cierto, como señala el órgano de contratación, que no son de aplicación al caso las normas generales de Derecho administrativo sancionador. El propio art. 25.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público señala que *"4. 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"*.

Y, en todo caso, es doctrina reiterada, p ej. 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. 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"*.

Ahora bien, y ya que en estas cláusulas han de interpretarse desde una "concepción civil", ha de acudir a las normas generales de nuestro CC, que señalan:

"Artículo 1105.

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".

Se considera ampliamente que los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito implican, como ha dicho Jurisprudencia constante de nuestro TS (p ej, por todas, la TS, Sala de lo Civil, nº S/S, de 31/05/2006, Rec. 2968/1999), 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).

Pues bien, entendemos que la aplicación de estas reglas generales de responsabilidad contractual ínsitas en nuestro ordenamiento jurídico 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 mayor. 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"*.

En este contexto, la cláusula de los pliegos que nos ocupa no resulta conforme a Derecho: como hemos dicho, el art. 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, entendemos que tampoco puede, por remisión de los pliegos,

modificar el principio de que la responsabilidad del contratista a efectos de imposición de penalidades se produce salvo fuerza mayor o caso fortuito, del modo ya expuesto.

Y, si bien obviamente dicho art. 239.2 LCSP contempla algunos supuestos de fuerza mayor, no incluye todos aquellos que pudieran catalogarse como fuerza mayor o caso fortuito y que, como tales, exonerarían de responsabilidad al contratista e impedirían la imposición de penalidades.

Por tanto, entendemos que tal cláusula no es conforme a Derecho, debiendo ser sustituida, en su caso, por otra que omita dicha restricción o haga referencia a la posible exoneración en supuestos en que se acredite fuerza mayor o caso fortuito; debiendo ser el recurso estimado en este punto".