

GARANTIAS EN EL CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: PENALIDADES Y «ESTIPULATIO POENAE»

POR

MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN
Departamento de Derecho Administrativo Salamanca

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.—II. LA «STIPULATIO POENAE» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO: 1. *Fundamento y caracterización.* 2. *Funcionalidad y operatividad real.* 3. *Breve recapitulación: la «stipulatio poenae» civil en referencia a los esquemas jurídico-administrativos.*—III. LA «STIPULATIO POENAE» EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. *Viabilidad y encuadre de la «stipulatio poenae» en la contratación administrativa.* 2. *Cláusula pena. Sanción por demora. Sanción por demérito.* 3. *Incumplimiento y cláusula penal. Compatibilidad de la «stipulatio poenae».*—IV. CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y CLÁUSULA PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico administrativo arbitra un conjunto de medidas cuya finalidad directa o indirecta es su operatividad como garantía de la contratación, como garantía del cumplimiento efectivo del contrato administrativo. En determinadas ocasiones este conjunto de medidas garantizadoras funcionan, además, en el cuadro de lo que comúnmente conocemos como cláusulas exorbitantes, es decir, poderes que no operan en las relaciones jurídico-privadas, que salen de la órbita del Derecho común y que únicamente tienen su sentido en las relaciones jurídico-administrativas.

La configuración y funcionalidad de estos poderes como exorbitantes dota a este conjunto de medidas, al menos teóricamente, de un «plus» en su finalidad garantizadora, plus de garantía que no se conoce en el Derecho privado (1).

En este cuadro general posible de garantías de la contratación administrativa figura, como técnica formalmente específica, la fianza, que puede exigirse, incluso, antes de llegar a ser realmente

(1) Prerrogativas de poder público, cláusulas exorbitantes estrictamente tales que, según sus teorizadores originarios, harían normalmente ilícito un contrato civil si se llegasen a insertar en él» (GARCÍA DE ENTERRÍA-F. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1980, p. 582). La cita nos sirve para «marcar como punto de partida la distinción entre uno y otro ordenamiento jurídico, aunque ha de ser forzosamente situada en un contexto correctivo que los propios autores luego señalan».

parte contratante, como es el caso de la denominada fianza provisional. La fianza significa el depósito previo de una cantidad que supone un tanto por ciento del presupuesto total del contrato (2).

Aunque la fianza definitiva no tiene, como recuerda VILLAR PALASÍ, naturaleza de cláusula penal en el sentido del artículo 1153 del Código Civil (3). Pero a tenor del artículo 115 de la Ley de Contrato del Estado la fianza responderá de los siguientes conceptos:

1.º De las penalidades impuestas al contratista por razón de la ejecución del contrato cuando aquéllas no puedan deducirse de las certificaciones.

2.º Del resarcimiento de los daños y perjuicios que el adjudicatario ocasionara a la Administración con motivo de la ejecución del contrato y de los gastos originados a la misma por demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones.

3.º A la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato.

Por consiguiente, parece claro advertir ya, de entrada, que la fianza, específicamente, está prevista como concepto legal para responder, al menos, por tres razones: *a)* por penalidad, si la hubiere, si no fuese posible deducirla respecto de las certificaciones de obra, *b)* por demora del contratista en la ejecución del contrato, *c)* por los perjuicios causados en caso de incumplimiento.

Pero incluso, si la fianza no fuese suficiente a estos efectos, la Administración puede ejercitar cuantas acciones de resarcimiento le competan de modo independiente a aquella fianza (4). Por tanto, y en principio, debe contemplarse la fianza como garantía de los tres conceptos aludidos. «La fianza estará primordialmente afecta a las responsabilidades mencionadas en el artículo 115 de esta Ley», dice el artículo 119 de la Ley de Contrato del Estado.

Por otro lado, y también como técnica formal específica de garantía del cumplimiento, funciona la retención de las certificaciones de obras, hasta una cuantía del 10 por 100. Las certificaciones

(2) El 4 por 100 en el contrato de obra estatal y entre el 4 y el 8 por 100 en la esfera local. El artículo 113, párrafo 3.º, de la LCE admite la posibilidad de exigir una fianza complementaria del 6 por 100 en supuestos especiales.

(3) *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, 1969, p. 146. Y ello porque «es evidente que la naturaleza de garantía al interés positivo de la Administración que atañe a la franja definitoria implica que su constitución no entraña la libre facultad del contratista de desligarse de sus compromisos sujetándose a la pérdida de la franja» (VILLAR PALASÍ, J. L.: *Concesiones*, «NEJS», tomo IV. B. 7541.

(4) Véase, por ejemplo, el dictamen de 16 de enero de 1969.

de obra, según el aludido ya artículo 115-1.º de L. C. E., responden también por posibles penalidades.

Parece, pues, correcto afirmar que en las relaciones contractuales administrativas, la fianza, en cuanto a origen (5), contenido y finalidad, opera inequívocamente como garantía del contrato. Item más: es formalmente «la garantía» del cumplimiento del contrato. Por consiguiente, es claro que en la contratación administrativa ya existe, *ope legis*, además, una cláusula de garantía: la fianza.

En este contexto también parece correcto afirmar, al menos en vía de principio y por un elemental razonamiento de economía y agilidad jurídicas, que ante el posible no óptimo nivel de cumplimiento contractual administrativo se debería operar antes con la técnica de la fianza, específicamente, y con el actual ordenamiento, genéricamente, que «inventar» unas técnicas pretendidamente garantizadoras. Quiérese decir con esto que siempre será más correcto, adecuado e incluso fácil, operar con la fianza aumentando su funcionalidad en calidad y cantidad, fundamentalmente en esta última, que establecer sin más técnicas, cláusulas o medidas que supuestamente pretenden lo mismo, pero que, a lo peor, consiguen lo contrario o, cuando menos, pueden introducir en las difíciles relaciones contractuales desajustes o desequilibrios funcionales que quizá, únicamente, pudieran tener como resultado «rigideces» hacia una parte y «facilidades» a otra. Tendremos ocasión de ser más explícitos.

Pero, además, el ordenamiento jurídico actual de la contratación administrativa contiene todo un cuadro complejo y completo de técnicas, posibilidades, modos, facultades, procedimientos; en definitiva, principios jurídicos que, en último término, no son sino auténticas garantías de la contratación; por consiguiente, garantías del cumplimiento contractual, si bien, quizá convenga avisar acerca de la conveniencia de estudiar con cautela este cuadro y cuestionarse la dirección unívoca a la que atiende en la práctica estas medidas. En cualquier caso, insistimos, el cuadro de garantías es importante; y esto es fundamentalmente lo que significa, por ejemplo, la clasificación y registro de contratistas, la restricción de la capacidad jurídica para constituirse como tal, el principio de publicidad, concurrencia, los procedimientos de selección de contratistas, la previa habilitación presupuestaria, la fiscalización

(5) Véase el Real Decreto de 27 de febrero de 1852.

del gasto, la autorización previa del propio Consejo de Ministros en algunos supuestos, los poderes de vigilancia y control de la Administración contratante, la previa existencia de los pliegos de contratación, incluso la existencia de posibles infórmenes y dictámenes, la intervención de entes como el propio Consejo de Estado y la Junta Consultiva de contratación administrativa, etc. Todo este conjunto, descrito sin ánimo exhaustivo, tiene como finalidad el cumplimiento del contrato administrativo y lo que es lo mismo, el cumplimiento del interés público (6).

Pues bien, a pesar de todo este conjunto de medidas y posibilidades, no parece que el nivel de cumplimiento en la contratación administrativa alcance cotas satisfactorias. Bastaría dirigir una mirada al panorama actual de los servicios públicos y obras públicas para extraer consecuencias, pero en cualquier caso dos referencias muy cualificadas nos pondrán de manifiesto con incuestionable evidencia hasta dónde llega realmente el cumplimiento contractual administrativo, es decir, la satisfacción del interés público.

Estas dos referencias, que se constituyen como datos muy importantes, son, de un lado, la Recomendación número 1 de 1977 de la Junta Consultiva de contratación administrativa (7), y de otro, el documentado libro del profesor LEGUINA *Gasto público e incumplimiento de contratos de obras educativas* (8).

La Recomendación de la Junta Consultiva de contratación administrativa se hace eco de las irregularidades más frecuentes que en materia de contratación administrativa ha detectado el Tribunal de Cuentas del Reino; entre ellas figuran las siguientes:

(6) «Precisamente porque en ello entra en juego el interés público concreto que la obra pretende servir, así como los fondos públicos con que dicha obra va a ser costeada, el legislador ha adoptado una pluralidad de medidas concretas (fiscalización del gasto, requisitos esenciales para la validez de los contratos, pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares, actuaciones administrativas preparatorias, formas tasadas de adjudicación de los contratos, publicidad, formalización, efectos, etc.), orientadas todas ellas al aseguramiento del buen fin del contrato o, lo que es igual, a garantizar a un tiempo, de la manera más eficaz posible, la rentabilidad del dinero público invertido en la obra contratada y la satisfacción del interés público a que dicha obra está destinada. Finalidad que sólo se logrará cabalmente si el contrato se cumple» (LEGUINA, J.: *Gasto público e incumplimiento de contratos de obras educativas*, Madrid, 1978, p. 18).

(7) Recomendación que en su reunión de 8 de junio de 1977 realiza la Junta dirigida a los órganos de contratación del Estado, y de sus organismos autónomos, sobre cumplimiento e interpretación de la legislación de contratos.

(8) *Op. cit.*, nota 6. Prólogo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO.

A) *En la tramitación del objeto a contratar*

- Proyecto incompleto, imperfecto o inviable.
- Falta de supervisión y replanteo del proyecto.
- Inclusión, no justificada, de previsión de fondos para imprevistos.
- Poca determinación en lo que se pretende adquirir.
- Notorio fraccionamiento al anunciar adquisiciones.
- Valoración exagerada de los presupuestos.

B) *En la tramitación del expediente y adjudicación del contrato*

- Indeterminación de la necesidad en contratos de servicios técnicos y falta de garantía para su ejecución.
- Licitación antes de aprobarse el gasto.
- Iniciar obras sin previo expediente.
- No precisar criterios para la selección. O exigir requisitos tan exagerados para la clasificación de ofertas que parece sospechosa intención de limitar la concurrencia.
- No especificar causas por las que se deja sin adjudicar algo, para lo que hubo ofertantes.
- Recurrir a la contratación directa: por urgencia (sin demostrar que sea insuficiente la tramitación acelerada del artículo 26); o sin justificar el carácter artístico de las obras, o la imposibilidad de promover la concurrencia; o para continuar contratos variando las condiciones primitivas.
- No promover suficientemente la presentación de ofertas.

C) *Al realizar la formalización y el afianzamiento*

- Fianza insuficiente, para valorarla sobre la adjudicación y no sobre el presupuesto.
- No publicar en el «Boletín Oficial del Estado» los contratos adjudicados.
- No cursar los contratos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda en el plazo establecido (artículos 18, 124, 334 y 337 del Reglamento).

D) *En la ejecución de lo contratado*

- Retraso y deficiencias en la ejecución, sin justificarse ni sancionarse.
- Modificaciones superiores al 20 por 100, sin justificación o por circunstancias que debieran haber sido previstas.
- Imperfección en el control y vigilancia.
- No exigir indemnización, ni incautación de la fianza, en casos de incumplimiento.

A la vista del elenco transcrito y cuya significación es obvia, la Junta dirige dos recomendaciones a los órganos de contratación del Estado. La primera de las cuales habla por sí sola, y tiene el siguiente tenor: «Recordar, una vez más, el estricto respeto a la legislación vigente, en cuya normativa racionalmente interpretada deben y pueden encontrar solución todos los problemas que la práctica cotidiana administrativa plantea» (9).

Por su parte, el profesor LEGUINA, en su esclarecedor libro, realiza un examen de los contratos de obras celebradas por el Ministerio de Educación y Ciencia, cuyo resultado arroja la cifra aproximada, nada despreciable, de veinticuatro contratos resueltos o en trámite de resolución, durante el periodo comprendido entre abril de 1974 y abril de 1976, es decir, a una media de doce contratos resueltos, y otras tantas obras inejecutadas, por año (uno cada mes), todas ellas imputables mediata o inmediatamente al propio Departamento como consecuencia de conductas culposas de alguno de sus funcionarios. De entre la casuística de estos contratos y respecto de la temática que nos ocupa cabe destacar los siguientes resultados:

- Omisión del trámite del replanteo previo.
- Formalización del contrato a pesar del resultado negativo del replanteo previo tardíamente realizado.
- Precipitación de la adjudicación de las obras cuando se puede prevenir razonablemente que éstas no podrán ser iniciadas ni terminadas dentro del plazo.

(9) La segunda Recomendación, consecuencia de la anterior, consiste en «llamar la atención de los servicios sobre la conveniencia de informar a esta Junta y de solicitar su parecer sobre las dificultades aplicativas que presenta la legislación de contratos del Estado al objeto de que pueda sentar los criterios de actuación más idóneos».

- Cambio de criterio del Ministerio en cuanto a las obras a realizar.
- No disponibilidad total o parcial de los terrenos o edificios sobre los que han de ejecutarse las obras.
- Consultas presuntamente dolosas de ciertos funcionarios.
- Inviabilidad del proyecto por no ajustarse a la realidad.
- Expedición y abono de certificaciones de obras no realizadas.
- Adjudicación de sucesivos contratos a un mismo contratista incumplidor.
- Duración excesiva del procedimiento de resolución del contrato (10).

Los daños económicos e inmateriales que todo ello ha producido y la actuación de la Administración es tan irregular que el propio Consejo de Estado se manifiesta de manera rotunda en sus preceptivos dictámenes sobre cada supuesto. Así, y a título meramente ejemplificativo, el dictamen de 16 de octubre de 1975 señala: «El Consejo de Estado llama vivamente la atención sobre la actuación administrativa que ha conducido a perjuicios graves para los intereses públicos como son la indemnización que ha de ser abonada al contratista, además del daño que se ha inferido a la comunidad por no haberse llevado a cabo la obra en el momento oportuno, con el consiguiente retraso en la correspondiente prestación del servicio.»

Cabe destacar, finalmente, que un altísimo porcentaje de los dictámenes del Consejo de Estado contemplados en el estudio del profesor LEGUINA finalizan con la valoración de que «procede instruir los correspondientes expedientes en averiguación de las responsabilidades a que, en su caso, hubiere lugar».

Como se ha podido comprobar, existen tres afirmaciones que al menos desde una perspectiva general contractual podríamos realizar. En primer lugar, la propia existencia en el ordenamiento contractual jurídico administrativo de un cuadro completo de garantía del contrato, de garantías del cumplimiento que responde a la propia filosofía de la regulación contractual. En segundo lugar, el

(10) De entre los que, a su vez, destacan el INEM femenino de Valladolid, pues desde la adjudicación hasta su dictamen transcurren doce años, y la Facultad de Ciencias de la Universidad de Salamanca, pues desde la formalización del contrato hasta su dictamen transcurren diez años y dos meses. Respecto de esta Facultad, soy testigo, si no mudo sí callado, al menos hasta ahora, de su imperfecta construcción, continuo agrietamiento de pisos, paredes, desprendimiento de materiales en alguna de sus fachadas, etc.

grado de incumplimiento contractual, a pesar del propio ordenamiento jurídico, es muy elevado; y en tercer lugar, a la vista de lo que la Junta de Contratación, el Consejo de Estado y la doctrina señalan, en este incumplimiento contractual la responsabilidad parece recaer del todo en la propia Administración Pública. La consecuencia final de este proceso argumental es que la Administración Pública no cumple la normativa contractual.

Pero, a pesar de todo ello, en estos últimos años estamos asistiendo al fenómeno de la introducción por parte de la Administración en las relaciones contractuales de cláusulas de contenido y finalidad claramente punitivas para el contratista en caso de incumplimiento. Es ya un dato totalmente generalizado la existencia de una cláusula penal para supuestos incumplimientos del contratista, introducida por la propia Administración contratante fundamentalmente respecto del contrato de suministros y quizá por la propia naturaleza de dicho contrato (11).

Dada la peculiaridad que, respecto del cumplimiento efectivo, parece tener este contrato específico; dada la gravedad de los efectos de esta cláusula; dada la semejanza de ésta con la *stipulatio poenae* en la contratación iuscivilista; teniendo en cuenta que el establecimiento de esta medida parece afirmar la inoperatividad e insuficiencia de las medidas de garantía del ordenamiento contractual, comprobando claramente que esta cláusula juega sólo en detrimento de una de las partes contratantes y con la preocupación de una posible generalización de estas técnicas a todo el campo de la contratación administrativa, aparecen claras y suficientes las razones para un estudio específico de la *stipulatio poenae* en la contratación administrativa y de las posibles consecuencias.

II. LA «STIPULATIO POENAE» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO

1.º *Fundamento y caracterización*

Señala ESPÍN (12) que el deudor necesita disponer de una cosa o recurrir a un tercero para poder ofrecer al acreedor una garantía del cumplimiento de su obligación, sea ésta una garantía per-

(11) Véanse José Luis RIVERO: *El contrato de suministros*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976, y DE MARINO Y BORREGO: *El suministro*, Salamanca, 1959.

(12) ESPÍN CÁNOVAS, D.: *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*. «Revista de Derecho Privado», núm. 348, marzo 1946, pp. 145 y ss.

sonal o real. Es posible, sin embargo, que el deudor no pueda o no quiera emplear estas medidas para asegurar el crédito, pudiéndose entonces constituir una garantía obligándose por un nuevo vínculo obligatorio a satisfacer una prestación caso de incumplimiento de la primera obligación. Esta obligación accesoria, establecida en garantía de la primera, es la que se conoce en la doctrina con el nombre de cláusula penal, o *stipulatio poenae*, recibido de la jurisprudencia romana.

Parece, no obstante, evidente que si la pena con la que se pretende conminar al deudor tiene, en caso de incumplimiento, el mismo valor que el objeto de la obligación principal, en realidad no se ha añadido ninguna garantía, pero si la pena supera el valor de aquello a lo que estaba obligado el deudor, es claro que éste tendrá interés en cumplir lo estipulado, precisamente para no incurrir en la pena pactada, que, en definitiva, representa para él una obligación más gravosa.

Es, pues —recalca ESPÍN—, un medio de garantía, de fortalecimiento de la obligación principal (13). En consecuencia, es importante poner de manifiesto este carácter original de la llamada *stipulatio poenae*: medio de garantía.

Ahora bien, si tenemos en cuenta el cuadro de garantías al que respecto de la contratación administrativa hemos hecho referencia y pensamos sobre todo en el juego de la fianza, aval, intereses por demora y posibles sanciones de inhabilitación del contratista en caso de incumplimiento, parece clara, al menos *a priori*, la innecesariedad de la introducción en la contratación administrativa de una cláusula nueva en paralelo con la *stipulatio poenae* civil.

Posteriormente, la *stipulation poenae romana* fue recogida en las Partidas (14): «Pena ponen los omnes a las vegadas en las promisiones que facen, porque sean mas firmes e mejor guardadas. A esta pena atal es dicha en latín *convencionalis*, que quiere tanto dezir come pena que es puesta a plazer de amas las partes.» Esta concepción de la pena es más amplia, pero mantiene fundamentalmente su función de garantía, y así lo ha entendido tanto la doctrina como la jurisprudencia (15). Se mantiene, por tanto, en la legisla-

(13) *Op. cit.*, p. 146.

(14) Partida 5.^a Título XI. Ley 34.

(15) Así, SÁNCHEZ ROMÁN considera como obligación con cláusula penal aquella por la que el deudor se compromete a otra prestación en el caso de no cumplir la obligación principal («Estudios de Derecho civil», citado por ESPÍN, *op. cit.*, p. 149). Respecto de la jurisprudencia, el propio ESPÍN cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1883: «Las cláusulas penales establecidas en los contratos

ción alfonsina el concepto de la pena como medio de garantía de una obligación (16).

Finalmente, la cláusula penal aparece recogida en el Código Civil español conforme al siguiente texto:

«En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuera exigible conforme a las disposiciones del presente Código (art. 1152).

El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada (art. 1.153).

El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (art. 1.154).

La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.

La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal (art. 1.155).»

Como puede observarse, la funcionalidad y finalidad de la citada cláusula penal en el Código Civil desborda ya la simple configuración de ésta como función de garantía. La propia doctrina (17) iuscivilista así lo reconoce, y, desde luego, la Jurisprudencia recoge todas las posibilidades encerradas en el Código. Basta para prueba de este desbordamiento de la operatividad primigenia de la cláusula penal dos ejemplos jurisprudenciales.

La Sentencia de 29 de abril de 1965 (Rep. 2.434) señala lo siguiente:

«La finalidad de la *stipulatio poenae* no se limita exclusivamente a fortalecer, garantizar o asegurar el cumplimiento de una obligación principal, ni a sustituir aquélla por una simple indemnización de daños y abonos de intereses predeterminados cuantitativamente en el contrato, sino que su verdadero objeto está constituido

por voluntad de las partes tienen por objeto el que las promisiones sean más firmes o mejor guardadas, como dice la Ley 31, título XI, de la partida 5.ª que las autoriza.»

(16) *Op. cit.*, p. 198.

(17) Véase por todas DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Editorial Tecnos.

por un conjunto de funciones armónicamente coordinadas, entre las que, además de las anteriormente expresadas, ocupa un lugar preeminente, como su propio nombre indica, y salvo pacto en contrario, la estrictamente punitiva reflejada, bien mediante una posible agravación del resarcimiento o por la necesidad de que la inejecución de lo convenido sea imputable a su deudor, puesto que de quedar siempre al arbitrio de éste, la elección de la prestación a cumplir se estaría en presencia de una disyuntiva *stipulatio* o del supuesto regulado en los artículos 1.131 y posteriores del mismo Texto legal, de lo que se infiere que todos estos móviles, caracteres o requisitos deben entenderse por lo general subsumidos dentro de la cláusula penal, sin que pueda excluirse ninguno de ellos a no ser que el propio pacto o el conjunto de elementos probatorios aportados al proceso lo indiquen de forma clara, explícita y terminante.»

Por su parte, la Sentencia de 21 de febrero de 1969 (Rep. 967) es también muy clara al respecto:

«Aunque la cláusula penal en sentido amplio consiste en una estipulación añadida al contrato, por la cual se establece una prestación generalmente pecunaria, que el deudor promete para el supuesto de que no cumpla la obligación principal, o al cumplirla contravenga su tenor, en sentido estricto sólo merece ese nombre cuando se estipula que el «acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena —pena conmutativa—, dejando de merecer aquel nombre tanto en el supuesto de que, por pacto expreso, se deje al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse del cumplimiento de la obligación pagando la pena —en cuyo caso existe más bien una obligación facultativa con cláusula de sustitución, y surge la pena de arrepentimiento o multa *poenitentialis*— como en el supuesto de que se le asigne una función liquidatoria o de cubrimiento de riesgos, en el que, en realidad, viene a constituir una anticipada fijación del importe de los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento, sin necesidad de acudir a un ulterior proceso para tal fijación. Nuestro Ordenamiento Jurídico admite esa triple finalidad de la cláusula penal asignándole una «función liquidatoria», sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios en el artículo 1152, párrafo 1.º, del Código Civil, una «misión liberatoria», en el párrafo 1.º del artículo 1153 —*multa poenitentiales*—, que ello ocurrirá si no se ha pactado otra cosa, exigiendo, en cambio, que para el deudor pueda eximirse del cumplimiento

de la obligación, es necesario que «expresamente se le hubiese reservado ese derecho», y también, para que el acreedor pueda «exigir conjuntamente» el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena que esta facultad le haya sido expresamente otorgada» (18).

En consecuencia, la *stipulatio poenae* puede llegar a cumplir en el ordenamiento jurídico privado, al menos cuatro funciones.

1.º Función de garantía, que es función primigenia (19), aunque realmente haya quedado desvirtuada como tal; o si se prefiere, haya sido desarrollada en otras direcciones.

2.º Función sustitutiva-liquidatoria, es decir, en sustitución de la indemnización de daños y perjuicios, con este carácter puede observarse el artículo 1.152, párrafo 1.º, del Código Civil.

3.º Función liberatoria. En este sentido obraría como obligación sustitutoria del cumplimiento; tal parece ser el caso de la configurada como *multa poenitencialis* por la jurisprudencia civil y que aparece residenciada en el artículo 1153, párrafo 1.º

4.º Función auténtica y específicamente sancionadora, en el caso de que pueda exigirse de forma conjunta, con alguna de las otras funciones por haberse pactado así de forma expresa.

2.º *Funcionalidad y operatividad real*

La *stipulatio poenae* juega en el campo jurídico-privado conjugando frecuentemente algunas de las funciones (20) conforme a los siguientes esquemas:

1. Como condición *sine qua non* la cláusula penal necesita previo pacto expreso. Tanto el ordenamiento jurídico-privado como la propia jurisprudencia señala claramente como condición de existencia de esta cláusula su previo pacto. Ha de notarse, además, que este pacto previo tiene que venir configurado de tal forma que cumpla realmente su función de modo indubitable.

(18) «La cláusula penal, en esta doble función reparatoria y punitiva, requiere para su posible exigibilidad que subsistan esencialmente...», dice la Sentencia de 13 de octubre de 1966 (Rep. 4405). «El régimen normal en el derecho especial respecto de la finalidad de la cláusula penal, mientras otra cosa no se estipule, es el de atribuirse una función liquidatoria de perjuicios o sustitutiva», señala la Sentencia de 13 de junio de 1962 (Rep. 3168).

(19) «Surge a la vista del derecho con tenue y remota reminiscencia de la *stipulatio poenae* la llamada cláusula penal». Se lee ya en la Sentencia de 8 de enero de 1945 (Rep. 7).

(20) Su verdadero objeto está constituido por un conjunto de funciones armónicamente coordinadas, dice la citada Sentencia de 29 de abril de 1965.

Es decir, deben ser tenidos en cuenta dos principios importantes; en primer lugar, que este pacto debe, necesariamente, ser pacto expreso, por consiguiente no puede en modo alguno ser admitida la existencia tácita o presunta de esta cláusula, lo cual es perfectamente coherente y lógico dada la índole de su posible carácter sancionador: *odiosa sunt restringenda*. En segundo lugar y, además, este pacto expreso debe señalar con claridad cuál es su juego y operatividad concreta, es decir, debe acordarse expresamente también cuál o cuáles de las funciones antes señaladas ha de cumplir y su posible interconexión: «toda estipulación de una pena civil, por su peculiar naturaleza y función, exige ser establecida con claridad», manifiesta la Sentencia de 4 de noviembre de 1958 (Rep. 3.432). En este contexto, además, son de aplicación el resto de los principios propios de la contratación civil: en consecuencia, si este pacto no aparece con claridad, las cláusulas oscuras no pueden favorecer a quien potenció o provocó tal confusión, porque la interpretación de esa cláusula del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes. Será, en definitiva, el juez quien interprete y, en todo caso, modere las características de la *stipulatio poenae*.

2.º Se trata, en principio, de una obligación accesoria unida a la obligación principal, pero que no puede existir ni, por tanto, operar, sin la previa existencia de ella. Por tanto, toda la posible «patología» que pueda sufrir la obligación principal afecta directamente a esta obligación porque es obvio que lo accesorio sigue a lo principal. En consecuencia, la nulidad de la obligación principal lleva consigo la nulidad de la misma *stipulatio poenae*; naturalmente, no ocurre el fenómeno inverso, es decir, la posible patología de la obligación accesoria no afecta normalmente a la obligación principal.

Este carácter originario de accesoriedad de la denominada *stipulatio poenae* es lo que permite, al menos en vía de principio, su clara diferenciación con otras figuras. Así, afirma ESPÍN, que no se trata de una obligación alternativa. La obligación con cláusula penal no constituye una obligación alternativa porque extinguido sin culpa el objeto de la obligación, el deudor queda liberado, pues en la obligación alternativa, por el contrario, extinguida una de las prestaciones, el deudor debe la otra (21).

Tampoco se trata, igualmente en vía de principio, de una obligación facultativa: «tan esencial es a la naturaleza de la cláusula penal que el deudor no puede liberarse de la obligación principal median-

(21) *Op. cit.*, p. 151.

te el pago de la pena que, cuando se pacta de esta forma la obligación, constituyendo un *pactum displicentiae* que confiere al deudor la facultad de liberarse mediante la prestación de la pena, no existe ya cláusula pena, sino una *facultas alternativa* concedida al deudor, que constituye una figura jurídica distinta y aun opuesta en su finalidad a la cláusula penal; se trata, en suma, de la multa de arrepentimiento» (22).

Finalmente tampoco se trata, igualmente en vía de principio, de una obligación condicional, porque mientras el deudor bajo condición potestativa, es libre de realizar el hecho puesto como condición, en cambio el deudor en la cláusula penal está obligado a cumplir la obligación principal (23).

De todas formas, empero, a pesar de estas distinciones debido a la clara amplitud con la que el propio Código Civil contempla la denominada *stipulatio poenae*, su auténtico significado, al menos su práctica jurídica en la realidad, parece haberse desvirtuado como veremos.

3.º Incumplimiento contractual y exigibilidad de la pena. La exigibilidad de la cláusula penal requiere, salvo pacto en contra, la existencia de ciertos requisitos. En primer término, que exista, obviamente, un incumplimiento real de la obligación principal. Este incumplimiento puede observarse como incumplimiento total, cumplimiento irregular, o retraso. En cualesquiera de estos tres casos habrá de estarse a lo que se haya pactado; es decir, al tipo de la pena pactada. Nótese, no obstante, que cuando existe una penalidad específica por demora, la *stipulatio poenae*, como cláusula general sancionadora, no tendría sentido, ya que daría lugar a una doble penalidad. Por tanto, es importante señalar que la existencia de penalidad específica por demérito incompatibiliza en buena medida la aplicación de otra penalidad. Esta es la interpretación que cabe hacer del artículo 1152, párrafo 1.º. Todo ello, naturalmente, hay que repetirlo, salvo pacto en contra. En segundo lugar, lógicamente, este incumplimiento opera como culpa del obligado, por lo que, en principio, la incidencia de fuerza mayor o caso fortuito no puede ser considerada como responsabilidad del deudor en orden a la exigibilidad de la pena. Pero el Código Civil concede también en esta ocasión amplio margen a la autonomía de la voluntad por cuanto admite también pacto expreso en contra. Con carácter general, en

(22) Así SAVIGNY, ENMECERUS, GIORGI, etc. Véase ESPÍN: *op. cit.*, *loc. cit.*

(23) *Op. cit.*, p. 152.

este sentido, la Sentencia de 13 de octubre de 1966 (Rep. 4.405) señalaba que la cláusula penal en su doble función reparatoria y punitiva requiere para su posible exigibilidad que subsistan esencialmente los mismos supuestos en base a los cuales se pactó, que si éstos se alteran con variaciones trascendentales, la eficacia de tal cláusula desaparece.

Por tanto, debe haberse producido auténtico incumplimiento porque «la eficacia de toda cláusula penal está subordinada al hecho de que exista incumplimiento de aquella precisa obligación a cuya garantía fuese estipulada la pena» (24), ya que tanto conforme a lo pactado como a la naturaleza de la cláusula penal, estos preceptos del Código Civil sólo rigen cuando uno incumple (25).

Pues bien, probada la existencia de incumplimiento y probada la existencia de la cláusula penal, ésta tiene normalmente función liquidatoria de los daños y perjuicios. «El régimen normal en el derecho español, respecto a la finalidad de la cláusula penal, mientras otra cosa no se estipule, es el de atribuirle una función liquidatoria de perjuicios o sustitutiva», señala la Sentencia de 13 de junio de 1962 (Rep. 3.168).

Dada la amplitud del pacto que el Código Civil permite puede también pactarse la *stipulatio poenae* como sustitutivo del cumplimiento, y en este sentido, a tenor del artículo 1.153, tiene carácter sustitutivo, pues el acreedor puede optar entre cumplir la pena o el cumplimiento de la obligación principal si realmente así se pactó.

De lo que se deduce que, en principio, es incompatible la exigencia de cumplimiento de la obligación y al mismo tiempo la satisfacción de la pena. Esto, no obstante, no es absolutamente cierto, porque el mismo artículo 1153 afirma textualmente: «Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada. Pero en este caso, la contratación privada cuenta con una posibilidad importantísima, es la posibilidad cuyo ejercicio supone la admisión del principio de equidad en la contratación civil y que viene establecida en el artículo 1154 del Código. El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

La Sentencia de 3 de enero de 1964 (Rep. 113) ha señalado, por lo demás, que siendo facultad atribuida u otorgada discrecionalmen-

(24) Sentencia de 15 de febrero de 1935 (Rep. 602).

(25) Véase Sentencia de 28 de octubre de 1957 (Rep. 3023).

te el juzgador, no requiere previa solicitud de parte, sino que el Tribunal de instancia hace uso de aquélla cuando lo estime conveniente.

Por último, cabe decir que cuando por pacto expreso quepa exigir tanto el cumplimiento de la obligación como la satisfacción de la pena, es de todo punto inaceptable que, además, pueda pedirse indemnización de daños y perjuicios o interés de demora. Esto es de meridiana evidencia.

3.º *Breve recapitulación: la «stipulatio poenae» civil en referencia a los esquemas jurídico-administrativos*

Hasta aquí, muy a *grosso modo*, una descripción de la denominada *stipulatio poenae* en el ordenamiento jurídico privado. Permítasenos, no obstante, manteniendo como telón de fondo la especificidad de la contratación administrativa, el señalamiento o apunte de los siguientes datos:

1.º La cláusula, a pesar de su posterior desarrollo y aplicación casuística, es concebida como cláusula de garantía. Recordemos que surge con una función garantizadora debido a que el deudor no quiere, no puede, disponer de una cosa o recurrir a un tercero precisamente como garantía del cumplimiento de la obligación. La cláusula penal sule esta garantía.

Por consiguiente, hay que pensar que la *stipulatio poenae* tiene sentido en su existencia, precisamente por la inexistencia de fianzas, y demás penalizaciones; en definitiva, la razón de ser de la *stipulatio poenae* reside en la inexistencia de un cuadro de medidas o medios garantizadores del cumplimiento.

2.º El desarrollo expansivo o la amplitud de la figura jurídica de referencia en la contratación jurídico-privada y más específicamente su caracterización como sustitutiva del cumplimiento deben ser observadas desde un contexto determinado; es decir, en el juego real de las obligaciones jurídico-privadas, en su propio tráfico jurídico-económico.

Quiérese significar con ello, principalmente, que en la contratación privada, generalmente no importe tanto el cumplimiento efectivo específico, concreto, de una determinada obligación, cuanto la efectiva contraprestación, es decir, la satisfacción a la otra parte. Satisfacción o contraprestación que muy frecuentemente puede ser

cuantificada económicamente, de aquí que pueda hablarse precisamente de «sustitutiva» del cumplimiento, sustitución que opera, en definitiva, como si de auténtico cumplimiento se tratase.

En resumidas cuentas, se trataría de que a través de una cierta ficción jurídica, las partes contratantes dan por efectuado el cumplimiento del contrato sin que específicamente se haya producido, porque se sustituye la concreción del cumplimiento. La satisfacción de los intereses privados de alguna manera y, maximalismos aparte, pueden ser referidas a variables económicas (26). La autonomía de la voluntad en el campo iusprivatista permite perfectamente este tipo de soluciones sin que por ello sufra menoscabo alguno la legalidad o se produzca fricción en la armonía de estas relaciones jurídicas.

Pero ocurre que en el campo jurídico-administrativo, expresamente, lo que prevalece no es el interés privado, sino el público. El interés público, aunque, como señalaba GARCÍA-TREVIJANO, es un concepto *estándar*, móvil, ha de ser tenido en cuenta siempre. El concepto jurídico indeterminado interés público aparece como determinado en cada relación jurídico-administrativa concreta. En la contratación administrativa el interés público viene siempre determinado por cuanto se refiere directamente a la construcción de determinada obra, a la gestión de determinados servicios públicos o al suministro de determinado bien concreto.

Lo que realmente importa, en consecuencia, en el Derecho administrativo es el cumplimiento efectivo, específico, concreto y determinado del contrato administrativo de que se trae. Y ello por la elemental razón de no ser intereses privados los que se cuestionan sino el interés público.

El interés público, el interés general, concepto que capitaliza en cada momento jurídico la Administración pública concretándolo en la realización de tal obra pública, o en la gestión de tal servicio público, no es un concepto que pueda tener «sustitutivo» y menos todavía en referencia a variables o cuantificaciones económicas. En consecuencia, si en un momento dado el interés público demanda, por ejemplo, la construcción de una Facultad de Derecho, dicho interés público no se satisface, si no es precisamente construyendo tal obra pública. Y este interés público no queda realizado plenamente

(26) Naturalmente, esta afirmación debe entenderse de forma flexible. Nada más lejos de nuestra intención constituirmos en detractores del dogmatismo iuscivilista, ni de herir la sensibilidad de los iusprivatistas. Refiéranse, por tanto, estas afirmaciones a su esencial carácter de instrumentalidad, tal y como aparecen en el texto.

si el cumplimiento de dicho contrato se sustituye por una indemnización de daños y perjuicios o por una cláusula penal. Cuestión distinta será si con intención de garantizar la satisfacción de dicho y concreto interés público se establecen cláusulas específicas; de alguna manera, ésta es la función de la fianza; y otra cuestión distinta sería también sancionar el incumplimiento, si no existe otro tipo de sanción, con una cláusula específica: la *stipulatio poenae*. Pero de ninguna manera, insisto, puede ser sustituido el interés público (27).

3.º Finalmente, es importante constatar la trascendencia que respecto de las relaciones contractuales jurídico-privadas puede llegar a tener el juez o los Tribunales ordinarios, de acuerdo con el propio artículo 1.154 del Código Civil. El principio de equidad es siempre tenido en cuenta por el juez. Esta facultad de moderación del juez no es meramente facultativa sino imperativa, incluso sin previa solicitud de partes; es decir, aunque no haya sido cuestionada procesalmente. Piénsese inmediatamente en las posibilidades que respecto a la contratación administrativa tienen los tribunales contenciosos y específicamente en su carácter de jurisdicción revisora, y reténgase el dato.

III. LA «STIPULATIO POENAE» EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

1.º Viabilidad y encuadre de la «*stipulatio poenae*» en la contratación administrativa

Nada se opone, en principio, en el ordenamiento jurídico contractual vigente a la posibilidad del establecimiento de cláusulas penales por parte de la Administración. En este sentido, el artículo 3 de la LCE concede a la Administración una gran capacidad de maniobra: «La Administración podrá concertar los contratos, pactos o condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de los mismo sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso, en favor de aquélla.»

Ahora bien, debe tenerse presente que el artículo 3, además de suponer una especie de apoderamiento general a la Administración,

(27) «Cuando la Administración acude a un tercero para la construcción de una obra pública, su voluntad no es ni puede ser otra que el cumplimiento del contrato y la ejecución de la obra», afirma LEGUINA (*op. cit.*, p. 18).

fija también unos límites claros; estos límites son: en primer lugar, el respeto al ordenamiento jurídico, tal y como se debe entender esto; además, estos contratos, pactos o condiciones no pueden ser contrarios al interés público, por consiguiente, el establecimiento de cualquier cláusula, incluidas también, y sobre todo las de tipo penal, tienen que tener necesariamente como finalidad la satisfacción del interés público que en materia de contratación es necesariamente el cumplimiento del contrato; es decir, la construcción de una obra pública, la gestión de un servicio público, el suministro de determinado bien, etc. Por ello, pudiera ocurrir que este interés público en ocasiones concretas no coincidiese estrictamente con los intereses de determinados órganos de la Administración, por lo que cabría señalar entonces que una hipotética cláusula penal en estos determinados casos sería contraria al interés público. Finalmente, y es importante señalarlo porque así está específicamente señalado en el propio precepto citado, ninguna cláusula, pacto o condición es viable jurídicamente cuando sean contrarios a los principios de buena administración y los principios de buena administración suponen que es injustificado y contrario a derecho el establecimiento de cláusulas que sean perjudiciales a la racionalidad, flexibilidad y efectividad del cumplimiento del contrato. Todo ello, naturalmente, es un planteamiento general de principio.

El principio de la autonomía de la voluntad administrativa establecido con carácter general en el artículo 3 de la LCE respecto a la temática que ahora nos ocupa adquiere una cierta concreción en otros preceptos. Así, el propio artículo 115, 1.º, de la LCE, al señalar que las fianzas responden, entre otros conceptos, de las «penalidades impuestas al contratista por razón de la ejecución del contrato» parece dejar abierta de forma específica la posibilidad de existencia de cláusulas penales. Esta libertad de la Administración para el establecimiento de penalidades en el contrato se hace efectiva en la redacción de los correspondientes pliegos de la contratación no sólo a nivel general, sino en cada contrato concreto. Así, el artículo 82 del RCE señala que los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y deberán contener los siguientes extremos: «7: especial mención de las penalidades que sean de aplicación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 138 de este Reglamento, así como de los que excepcionalmente puedan establecerse». Una breve exégesis de este precepto permite claramente señalar que las penalidades normales que deben conte-

ner los pliegos particulares son las referidas al artículo 138 del propio Reglamento; es decir, las penalidades por demoras fijadas taxativamente en la escala contenida en este articulado, y sólo excepcionalmente pueden establecerse otras penalidades administrativas.

Ahora bien, una interpretación rigurosa y exacta de los artículos 82-7 y 138 del RCE, y de la relación de ambos entre sí, no permitiría deducir claramente que estén refiriéndose a la denominada *stipulation poenae* o cláusula penal: su hermenéutica parece sencilla: el artículo 82-7, de forma total, se refiere única y exclusivamente a las penalidades por demora del artículo 138; penalidades que están perfectamente tasadas, es decir, cuantificadas en una escala de penalidades, de modo que el término «excepcionalmente» debe entenderse rigurosamente referido a penalidades que exceden de la cuantía fijada en la escala de penalidades del artículo 138, pero siempre penalidades por el mismo concepto, es decir, penalidades por demora. Idéntica deducción se obtiene del artículo 138 cuyo encabezamiento tiene el siguiente tenor: «Sin perjuicio de que el Gobierno pueda autorizar otras penalidades distintas para un determinado tipo de contrato, éstas se graduarán con carácter general (...) con arreglo a la siguiente escala...», lo cual quiere decir que sólo el Gobierno, de forma excepcional, puede autorizar otras penalidades distintas, pero distintas respecto de la cuantificación económica, siempre penalidades por demora.

Por consiguiente, las penalidades a que hacen referencia estos artículos son las penalidades por demora que pueden resultar cuantificadas de dos formas. Las penalidades por demora generales o normales que son las expresamente tasadas en esta escala de penalidades y posibles penalidades, por demora que «excepcionalmente» (art. 82-7) puede autorizar el Gobierno (art. 138) que sobrepasen la escala prevista. Por tanto, insistimos, estas penalidades excepcionales no son distintas de las previstas en la escala por razón de la naturaleza sino por razón de su cuantificación económica. Nada permite suponer que los artículos 82-7 y 138 del RCE se estén refiriendo a la *stipulatio poenae*, más adelante tendremos ocasión de comprobar la distinción entre penalidades por demora y *stipulatio poenae*.

Por otro lado, el artículo 244 señala que en los contratos de suministros el pliego de bases deberá contener, atendiendo a su naturaleza, los siguientes conceptos: 8: especial mención de las penalidades administrativas, que sean de aplicación a los suministros,

así como de las que peculiarmente puedan establecerse» (28). Pues bien, aun reconociendo que estos preceptos permiten una interpretación más amplia que los artículos 82-7 y 138, creo que debe interpretarse de forma paralela. Parece, pues, claro el paralelismo entre el artículo 82-7 y el 244-8 del Reglamento de Contratación; aunque la alusión a penalidades que «peculiarmente» puedan establecerse, situada en la propia peculiaridad de los contratos de suministros por su propia naturaleza, parece dejar abierta la puerta por la cual pudiera entrar la «peculiar» penalidad que supone la *stipulatio poenae*. La puerta parece quedar abierta de forma expedita si tenemos en cuenta que el mismo artículo 244, en su punto 14, permite que el pliego de bases pueda contener: «cualquier otra cláusula que la Administración estime oportuno incluir...». Esta especie de cheque en blanco para la Administración respecto del contrato de suministros y el propio artículo 3 de la LCE permiten decir que la *stipulatio poenae* puede perfectamente existir en determinados contratos sin que ello repugne al ordenamiento jurídico.

La precedencia o viabilidad de la *stipulatio poenae* en la contratación administrativa parece, pues, clara. La supletoriedad de las normas de contratación privada sobre el propio contrato administrativo podría suponer también un argumento complementario. Nada hay, pues, en el ordenamiento contractual administrativo vigente que impida la posibilidad del establecimiento por la Administración de cláusulas penales como la *stipulatio poenae* y ello no solamente en la contratación estatal y actual, sino que tanto en la contratación local como en otras etapas históricas también parece haber existido esta peculiaridad. Así, por ejemplo, la Sentencia de 27 de mayo de 1968 (29) se hace eco de las posibilidades contenidas en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y señala «que la sanción aludida constituye una cláusula penal, de las previstas en el artículo 1.152 del Código Civil, aplicable, como es lógico, a los contratos administrativos al amparo del artículo 92 del Reglamento de Contratación; no puede, pues, reputarse como sanción impuesta por la autoridad en el ejercicio de su potestad tributaria, sino como la simple exigencia de una obligación contractual llevada a cabo de propio impulso por la Administración en virtud de su prerrogativa».

Es conveniente, sin embargo, poner de manifiesto dos notas o

(28) Los artículos 255-10, 256-8 y 257-7 del RCE parecen ir en la misma dirección.

(29) Sala cuarta (Rep. 4074). Ponente: Sr. Arias Ramos.

matices respecto de la viabilidad de la *stipulatio poenae* en la contratación administrativa. En primer lugar, que el actual ordenamiento contractual no se refiere en ninguna ocasión de forma expresa a dicha cláusula penal; no existe ni una mera alusión expresa, ni siquiera indirecta, a la *stipulatio poenae* en todo el ordenamiento jurídico estatal que se refiera a contratación. Ni la Ley ni el Reglamento de Contratos de Estado aluden a ella para nada, lo cual da idea de que en la mente de los legisladores dicha cláusula, o bien era desconocida, o bien no se le concedía importancia, utilidad o funcionalidad o bien, finalmente, se consideraba suficientemente completo el cuadro de garantía, como para no introducir de forma general y expresa una técnica más de este tipo.

Por otro lado, conviene también tener presente que en la contratación administrativa el principio de autonomía de la voluntad se inclina hacia la Administración. Es decir, parece impensable el establecimiento de la llamada *stipulatio poenae* operando contra la propia Administración; por todo lo cual parece conveniente, al menos como punto de partida, un planteamiento restrictivo respecto a la inclusión de cláusulas penales en la contratación administrativa, es decir, entender la llamada *stipulatio poenae* como técnica operativa muy específica y para determinados supuestos muy concretos, teniendo en cuenta la naturaleza de cada contrato, las circunstancias específicas de un determinado contrato o la coyuntura socioeconómica de un momento.

Así pues, el ordenamiento jurídico contractual «tolera» la procedencia de la denominada *stipulatio poenae* en la contratación administrativa. Ahora bien, es claro que dicha cláusula penal opera en la contratación administrativa sometida a los mismos principios que se establecen en la contratación privada. Por consiguiente, la *stipulatio poenae*, en la contratación administrativa, únicamente opera cuando así se ha pactado; este pacto ha de ser necesariamente previo y expreso, y ha de entenderse que no procede cuando aparece formulado de forma tácita o presunta; que ha de deducirse de manera clara y diáfana de las condiciones del propio contrato, pues juega aquí también el principio jurídico privado de que las cláusulas oscuras de un contrato no pueden favorecer a quien los impuso. Finalmente, y teniendo en cuenta además su carácter de cláusula sancionatoria, la *stipulatio poenae* nunca puede operar con el carácter de retroactividad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo acoge de forma contun-

dente todos estos principios jurídicos privados y los aplica a la contratación administrativa. Son de destacar, en este sentido, ejemplos muy significativos. Así, la Sentencia de 25 de mayo de 1981 (30) destaca la naturaleza misma de la cláusula penal que no admite la posibilidad de exigir una sanción de esta índole sin que haya sido objeto de una concreta y expresa estipulación, pues otra cosa implica conculcar lo prevenido en los artículos 1.152 y siguientes del Código Civil. Por su parte, la Sentencia de 13 de diciembre de 1980 (31) se niega a admitir «la partida resultante de lo que se llama penalización, toda vez que su carácter sancionador haría necesaria su derivación de una cláusula penal que existiera en el contrato o de precepto legal anterior a su celebración que así lo dispusiera».

A su vez, la Sentencia de 23 de mayo de 1981, exponente de todo un criterio jurisprudencial mantenido reiteradamente (32), afirma textualmente:

«Estamos ante la manifiesta ilegalidad de una sanción que se impone retroactivamente desoyendo elemental principio de todo derecho sancionador, y es así, que cuando en las llamadas normas internas de penalización conformadas documentalmente y expresiva su propia definición de unos criterios internos y, por tanto, carentes, asimismo, del principio de publicidad que permita conocer a los supuestos interesados el contenido de una regulación que tanto afecta a los intereses de los contratantes con la Administración señala la cantidad de la 'penalización a aplicar', lo hace en cumplimiento de normas posteriores a la fecha del contrato, produciéndose un abierto rechazo a esa pretendida aplicabilidad dejando, por consiguiente, al descubierto la ilegalidad de ese concepto primitivo» (33).

Finalmente, la Sentencia de 16 de diciembre de 1981 (34) completa el conjunto de principios jurídicos contractuales aplicables a la *stipulatio poenae* y señala «que indudablemente la cláusula controvertida da lugar a confusión en cuanto a su interpretación dada la forma ambigua en que está redactada, por lo que resulta acep-

(30) (Rep. 2003). Ponente: Sr. Fernández Santamaría. En idéntico sentido, también, la Sentencia de 25 de junio de 1981 (Rep. 2485).

(31) (Rep. 4629). Ponente: Sr. Garralda Valcárcel.

(32) Idéntica doctrina se mantiene en la Sentencia de 19 de junio de 1980 (Rep. 2457), 19 de noviembre de 1980 (Rep. 4099), 27 de diciembre de 1980 (Rep. 4653), 12 de marzo de 1981 (Rep. 944), 29 de abril de 1981 (Rep. 1472), 6 de mayo de 1981 (Rep. 1953) y 23 de octubre de 1981 (Rep. 3772), entre otras.

(33) (Rep. 1978). Ponente: Sr. Pérez Fernández.

(34) (Rep. 228). Ponente: Sr. Ruiz Sánchez. La Sentencia declara improcedente lo que denomina pena convencional.

tada la tesis (...) en cuanto a la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 1.288 del Código Civil, a tenor del cual la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (...) por lo que ha de rechazarse igualmente la tesis (...), por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.283 y 1.284 del Código Civil, sobre la interpretación de las cláusulas o palabras que admitan diversos sentidos en el más favorable a la naturaleza y objeto del contrato y en el más adecuado para que produzcan efecto».

2.º *Cláusula penal. Sanción por demérito. Sanción por demora. Distinciones*

En el contrato administrativo, específicamente en el contrato de suministros, adquiere gran importancia que el cumplimiento se efectúe ateniéndose exactamente a las características fijadas respecto del bien suministrado. Por ejemplo, en el suministro de carne congelada a la Comisaría de Abastecimientos y Transportes que constituye el supuesto más reiterado jurisprudencialmente, el bien suministrado debe entregarse en perfecto estado de conservación y cumpliendo los requisitos de calidad, cantidad y peso especificados en el contrato.

Cuando el cumplimiento, en términos generales, se ha efectuado, es decir, se ha suministrado el bien o la mercancía, pero dicho cumplimiento no se ha ajustado perfectamente a lo convenido, es decir, cuando existe una diferencia de calidad, fundamentalmente de cantidad o peso, estamos en presencia de un demérito o incumplimiento parcial del contrato. Igual fenómeno se produce cuando efectivamente se ha cumplido el contrato pero este cumplimiento se ha realizado fuera del plazo establecido, es decir, ha existido demora. Pues bien, tanto en un como en otro caso, demora y demérito pueden traer como consecuencia sanciones o penalizaciones. Ahora bien, estas cláusulas penales o sancionadoras son completamente distintas de lo que conocemos como *stipulatio poenae*. Es conveniente, por tanto, establecer el distinto tratamiento y operatividad de cada una de estas figuras y cuestionarse su compatibilidad en el mismo contrato.

El demérito es como lo define la jurisprudencia incumplimiento defectuoso en el elemento objetivo del contrato. Se ha ejecutado el contrato, pero esta ejecución no se adecua de forma perfecta al

cumplimiento acordado. Tres problemas específicos pueden plantear este supuesto contractual: en primer lugar, cuándo y cómo debe entenderse producido el demérito; en segundo lugar, a quién corresponde su prueba, y en tercer lugar, si existiendo penalizaciones por demérito ésta es compatible con la *stipulatio poenae*.

Respecto del primer problema, es decir cuándo puede afirmarse que existe demérito y cuándo éste da lugar a penalización, es necesario señalar los siguiente extremos: el demérito no es una situación que pueda ser entendida de forma automática ni bajo variables estrictamente aritméticas. La Jurisprudencia, en este sentido, clasifica esta temática y señala que deben ser tenidas en cuenta una serie de circunstancias. Así, la Sentencia de 6 de junio de 1981 alude al «juicio valorativo de todas las circunstancias expuestas y a la serena ponderación de sus consecuencias (...) por eso no merece la calificación de incumplimiento la mínima y parcial diferencia representativa del 1,11 por 100 de la partida que cabe entender comprendida dentro de un equitativo margen de tolerancia en la precisión del género propio de este tipo de contratación y que trasciende del espíritu que impera en el contrato» (35).

Por su parte, la Sentencia de 10 de mayo de 1982 señala «que si bien es cierto que la obligación debe vincular a su realización en los términos estipulados, no lo es menos, que en muchos casos se tropieza con grandes dificultades en la interpretación fiel y exacta de lo específicamente convenido, circunstancias que, en función de la naturaleza de la obligación y de los intereses debe ser objeto de ponderada contemplación con la posibilidad de mantener el necesario equilibrio de las prestaciones» (36).

Es decir, la Jurisprudencia afirma el principio fundamental del cumplimiento contractual pero entiende que este cumplimiento parcial debe valorarse. Realmente el planteamiento jurisprudencial es lógico porque en determinados contratos de suministro, concretamente durante el cumplimiento, puede producirse algún tipo de demérito que es de mínima importancia y no tiene consecuencia negativa para la Administración. Piénsese en el suministro de determinadas mercancías o alimentos en los que el simple transcurso del tiempo o el transporte puede ocasionar alguna merma de impor-

(35) (Rep. 2449). Ponente: Sr. Garralda Valcárcel. De lo que sigue que al no haber habido incumplimiento no puede haber demérito.

(36) (Rep. 2759). Ponente: Sr. Ruiz Fernández.

tancia insignificante y sin consecuencias respecto de la calidad del producto (37).

De equilibrada ponderación, con objeto de mantener una perfecta relación de reciprocidad objetiva en las prestaciones, habla también la Sentencia de 16 de junio de 1981 (38).

Pero además de estos criterios jurisprudenciales para la constatación del demérito, para que la penalización por demérito opere, el Tribunal Supremo señala la observancia de lo siguiente: que se haya producido un daño o perjuicio real y evidente para la otra parte, y que ésta pruebe, de modo fidedigno, tal perjuicio. «El Tribunal Supremo, en constante doctrina, tanto de la Sala de lo civil como en las Salas de lo contencioso-administrativo, ha reiterado la necesidad de probar la existencia de los perjuicios causados, la relación de causalidad entre el hecho productor y los mismos y, sobre todo, el incumbir su prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil a aquel que los reclama», manifiesta claramente la Sentencia de 3 de julio de 1980 (39).

Por consiguiente, la penalización por demérito opera bajo los siguientes presupuestos:

1.º Cuando realmente se ha producido demérito apreciable como tal. 2.º Cuando este demérito origina un perjuicio o daño evidente y real para la otra parte. 3.º Cuando la otra parte contratante pruebe fehacientemente tales daños y perjuicios. Esto es la reiteradísima doctrina del Tribunal Supremo respecto del demérito. La Sentencia de 25 de febrero de 1981 (40) constituye un compendio de todo lo que afirmamos: Que respecto a la sanción impuesta por demérito la jurisprudencia reciente de esta Sala viene sosteniendo lo

(37) «Que si bien en principio las cláusulas de un contrato tan fundamentales como las que describen aquello que constituye su objeto y sus características comerciales específicas definidoras de la calidad determinante de la contratación, han de ser interpretadas con rigor y cumplidas en sus propios términos, no va contra ello la ponderación y valoración racional de ciertas circunstancias particulares concurrentes en el caso de autos, de posible influencia para la solución jurídica del mismo», argumenta la Sentencia de 12 de junio de 1981 (Rep. 2458). Ponente: Don José Garralda Valcárcel. Existe así toda una casuística jurisprudencial que contempla supuestos de pretendido demérito por diferencia en el peso, o la materia grasa, o por exceso de peso en determinadas carnes o por la forma de tener en cuenta los huesos de estos productos, descompensación entre ruedas y *beefes*, etc. «La diferencia del 0,33 por 100 de la partida cabe entenderlo dentro de un equitativo margen de tolerancia en la precisión del género propio de este tipo de contratación que trasciende del espíritu que impera en el contrato», repite la Sentencia de 16 de junio de 1981 (Rep. 2466. Ponente: D. José Garralda Valcárcel).

(38) (Rep. 2464). Ponente: Sr. Ruiz Sánchez.

(39) (Rep. 4412). Ponente: Sr. Ruiz-Jarabo y Ferrán.

(40) (Rep. 450). Ponente: Sr. Fernández Santamaría.

siguiente: a) si bien es cierto que la obligación debe vincular a su realización en los términos estipulados, no es menos que en muchos casos se tropieza con grandes dificultades en la ejecución fiel y exacta de lo específicamente convenido, circunstancias que en función de la naturaleza de la obligación y de los intereses concurrentes debe ser objeto de ponderada contemplación con la finalidad de mantener el necesario equilibrio de las recíprocas prestaciones; b) cuando se articula una indemnización por demérito, como consecuencia de un incumplimiento defectuoso en el elemento objetivo del contrato, requiere que el acreedor justifique se ha producido efectivo y real daño y perjuicio, esto es, exige demostración del hecho operante en el desequilibrio de las prestaciones, al objeto de dar satisfacción al acreedor en su interés deducible del contrato y susceptible de protección; c) que en los casos en que no se aprecie perjuicio por venderse las carnes afectadas de cumplimiento defectuoso «al mismo precio y no habiéndose formulado reclamación alguna», pretender la obtención de una indemnización, por daños y perjuicios no experimentados y sin que se haya causado aquel desequilibrio, aun subsistente una alteración de las condiciones objetivas del contrato, implica tanto como llegar a una sublimación absoluta de una valoración subjetiva de una probabilidad de perjuicio y estimar concurrente una «multa penitencial» (41).

Finalmente hay que señalar que las penalidades por demérito y la *stipulatio poenae* son incompatibles entre sí. Por consiguiente, una cosa es sanción por demérito, es decir, por cumplimiento defectuoso y otra, completamente distinta, la denominada *stipulatio poenae*, que es incompatible como propia sanción por demérito. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es igualmente clara y precisa respecto de este punto. La Sentencia de 12 de marzo de 1981 (42) es un ejemplo más de una doctrina mantenida con reiteración por el Tribunal Supremo (43). La citada Sentencia señala «que con independencia de la reclamación de daños por demérito, resultante de la falta de compensación entre ruedas y *beefes* se pretende imponer a la entidad recurrente una penalización en la misma cuan-

(41) En idéntico sentido, las Sentencias de 4 de marzo de 1981 (Rep. 929), 13 de marzo (Rep. 945), 5 de mayo (Rep. 1948), 18 de mayo (Rep. 1975) y 18 de diciembre de 1981 (Rep. 4910).

(42) Ponente: Sr. Pérez Fernández.

(43) Véanse en este sentido las Sentencias de 19 de junio de 1980 (Rep. 2457), 13 de diciembre (Rep. 4629) y 27 de diciembre (Rep. 653) del mismo año, y 12 de junio (Rep. 2458) y 16 de junio (Rep. 2465) de 1981, y 10 de mayo de 1982, entre otras muchas.

tía de la de los daños y perjuicios por los supuestos deméritos, criterio de estimación improcedente (...) que la imposición de la pena no sólo supone conculcar lo prevenido en los artículos 1.252 y siguientes del C. Civil, sino que no se puede sentar condición alguna que suponga cláusula penal en el sentido deducido (...) para que, al margen y con independencia de la posible indemnización de daños y perjuicios que se dicen causados se imponga una multa penitencial con otra cantidad análoga, todo ello sin perjuicio de la doctrina de esta Sala (...) que proclama que ambos conceptos de demérito y penalización son excluyentes el uno del otro, resultando anómalo su aplicación simultánea por el propio pliego de la cláusula penal según el concepto jurídico de la misma».

Ahora bien, esta incompatibilidad entre demérito y cláusula penal puede compatibilizarse por pacto expreso, según declara también la Sentencia de 13 de marzo de 1981 (44). Esta peligrosa posibilidad puede resultar, por tanto, muy onerosa para el contratista.

Paralelos criterios cabe realizar respecto de la penalidad por demora. Es decir, que las penalizaciones por demora establecidas en la escala del artículo 138 del RCE son de contenido distinto a la que denominan cláusula penal o *stipulatio poenae*.

3.º Incumplimiento, cláusula penal. Compatibilidad de la «*stipulatio poenae*»

El juego real de la *stipulatio poenae* en la contratación administrativa está claramente supeditado a los mismos principios de dicha cláusula en la contratación privada.

Por ello, y además de la necesidad de previo pacto expreso y del que ya hemos hablado, la viabilidad de la *stipulatio poenae* requiere que haya habido auténtico incumplimiento: «por lo que se refiere a la penalización impuesta, ésta cae por su base al no constatarse incumplimiento de contrato alguno», dice la Sentencia de 26 de mayo de 1981 (45), que además establece también que el acreedor deberá haber justificado y probado la existencia real de daños y perjuicios.

(44) (Rep. 945). «Esta Sala proclama la inaplicación simultánea del demérito y la penalización al ser excluyente el uno del otro según lo dispuesto en el artículo 1.152 del C. Civil, salvo estipulación en contrario.»

(45) (Rep. 1981). Ponente: Sr. Rodríguez Hermida.

La *stipulatio poenae* en la contratación administrativa tiene también una función supletoria. La Sentencia de 27 de diciembre de 1980 se expresa de la siguiente manera: «Refuerza esta interpretación el propio juego de la cláusula penal establecida en un contrato según el concepto jurídico de la misma, puesto que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.152 del C. Civil, la pena establecida sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, es decir, que en ambos conceptos, indemnización y pena, son excluyentes el uno del otro, salvo estipulación en contrario, de modo que resulta jurídicamente anómalo pretender la aplicación simultánea de ellos a un supuesto de incumplimiento que es lo efectuado en las resoluciones impugnadas y a lo que no autoriza tampoco las peculiaridades de la contratación administrativa, en la que, sin perjuicio de aquellas especialidades que la singularizan en consonancia con la función teleológica que se trata de alcanzar, el contrato como *lex inter pares* tiene también ese carácter en este ámbito, lo que impide la alteración de sus estipulaciones por la exclusiva y unilateral voluntad de la Administración» (46).

El principio es, pues, el de que ambos conceptos, indemnización y pena, son excluyentes el uno del otro, y salvo estipulación en contrario, de modo que resulta jurídicamente anómalo pretender la aplicación simultánea de ellos a un supuesto de incumplimiento. Este principio es mantenido de forma continuada en la jurisprudencia (47).

En líneas generales, la Sentencia de 3 de diciembre de 1981 describe de forma completa el juego real de la llamada *stipulatio poenae* en la contratación administrativa:

«Que dicha cláusula contractual entraña un doble significado, a saber:

a) El normal, de incautación o pérdida de la garantía para el supuesto de incumplimiento culpable por el contratista de las prestaciones que integran su obligación principal, produciéndose así una evaluación objetiva y anticipada de los daños y perjuicios originados a la Administración por tal incumplimiento, a cuya figura acudirá la Administración cuando decida la resolución por incum-

(46) (Rep. 4653). Ponente: Sr. Garralda Valcárcel.

(47) Por ejemplo, las Sentencias de 13 y 27 de diciembre de 1980, 19 de enero (Rep. 6) y 23 de febrero de 1981 (Rep. 18).

plimiento, supuesto que no es el aquí contemplado. b) El de la pena convencional o multa para sancionar defectuoso cumplimiento del contratista; mas esta segunda hipótesis se entiende como «medio de presión» o fialidad coercitiva en supuesto en que mediante su ejercicio se pudiera racionalmente obtener del contratista un más adecuado cumplimiento de la obligación, como en contratos de plazos parciales o sucesivas entregas de la mercancía, naturaleza coercitiva y no sancionadora que se infiere tanto de la regulación del C. Civil —art. 1.153, *in fine*— como de la contenida en el artículo 45 de la Ley de Contratación del Estado, texto articulado de 8 de abril de 1965, y en los artículos 138 y 139 de su Reglamento General aprobado por D. de 28 de diciembre de 1967, pues para que a una cláusula penal se le atribuya carácter rigurosamente sancionador o punitivo, esto es, que el acreedor pueda pedir o aceptar el cumplimiento de la obligación y también el pago de la pena en función sancionadora, bien absorbiendo la indemnización de daños y perjuicios o bien independiente y además de ésta, por el juego de la autonomía de las partes al fijar a la pena más o menos amplitud, es preciso que tal facultad le haya sido expresamente otorgada, dada la interpretación restrictiva de las cláusulas penales que la Jurisprudencia —Sentencias de la Sala 1.ª de 21 de febrero de 1969 (R. 967), 14 de febrero de 1977 (R. 365) y 22 de enero de 1980 (R. 83) —entre otras— preconiza, tanto en su existencia como en su alcance y contenido, conforme al aforismo *odiosa sunt restringenda*, por lo que se desborda su límite y alcance cuando se da lugar a una sanción o multa represiva para la que la Administración carecía de expresa habilitación al no estar plasmada en el pliego de condiciones del contrato ni previsto en el Ordenamiento Jurídico, máxime en situaciones en que no se demuestran la existencia de daños y perjuicios y en que el incumplimiento defectuoso no ha impedido el fin esencial del contrato de servir al mercado y abastecimiento nacional de la mercancía objeto del contrato de suministro» (48).

(48) (Rep. 4781). Ponente: Sr. Pérez Fernández. En idéntico sentido, la Sentencia de 29 de junio de 1977 (Rep. 3458), que es la iniciadora de esta posición, y la Sentencia de 29 de abril de 1981 (Rep. 1470), así como la de 24 de mayo de 1982 (Rep. 2802), entre otras.

IV. CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y CLÁUSULA PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. A MODO DE CONCLUSIÓN

La cláusula penal, la *stipulatio poenae*, aparece en el ordenamiento jurídico como cláusula de garantía, es decir, intenta, de alguna forma, suplir la falta de determinadas garantías en las relaciones jurídico-privadas. Posteriormente esta cláusula amplía considerablemente su funcionalidad, pero sin perder, en todo caso, una cierta función garantizadora.

Cabría, en definitiva, señalar que su función última en el actual ordenamiento jurídico-privado es intentar que la satisfacción de la prestación a la otra parte contratante nunca quede ignorada, de aquí, precisamente, su función sustitutiva-liquidatoria del cumplimiento.

Sin embargo, observando esta figura y manteniendo como referencia el ordenamiento jurídico-administrativo no parece, en principio, que pueda tener mucho sentido su operatividad. En primer lugar, es evidente que existen en la contratación administrativa figuras homólogas a la *stipulatio poenae*, con su misma función. Nos hemos referido a la técnica que, incluso formalmente, significa lo mismo que la citada *stipulatio poenae*, y que es la fianza. La fianza puede tener si es necesario un contenido de auténtica penalidad (49), misión que puede hacerse extensiva respecto de las certificaciones de obras, pues es también posible su retención como penalidad.

Pero, además, si observamos detenidamente y desde un punto de vista conjunto más o menos armónico el ordenamiento contractual administrativo, aparece clara la existencia de un cuadro o conjunto, completo y complejo, como hemos constatado, de medidas, técnicas y principios jurídicos que constituyen un auténtico cuadro de garantías de la contratación. Por consiguiente, sigue sin tener

(49) La Sentencia de 19 de enero de 1944 (Rep. 37), cuando se refiere a la rescisión con pérdida de fianza, dice: «Por imponer una sanción penal gravísima, ha de interpretarse en sentido restrictivo, y sólo cabría la penalidad que se establece...». De igual modo, y por citar dos ejemplos muy separados en el tiempo, la Sentencia de 23 de noviembre de 1981 (Rep. 5268) señala «cómo sobre todo desde el punto de vista de la justicia material, a lo que repugna que en éste pueda ser sancionado el contratista con la pérdida de fianza, concebida como sanción por incumplimiento culpable y no como consecuencia necesaria e ineludible de todo incumplimiento cualquiera que haya sido la causa de éste (...) obviamente conduce a la conclusión de culpa por parte del contratista cualquiera que sea la causa de la resolución, la que ha de determinar la incautación de la fianza.

sentido el establecimiento de nuevas cláusulas penales o garantizadoras, a no ser que haya de entenderse la ineficacia de este cuadro garantizador. En último término cabe también pensar, y ello sería mucho más grave, que lo que en verdad ocurre es que dicho cuadro de técnicas y principios no se llevan a la práctica de manera concreta porque se obvia su cumplimiento; pero, incluso en este caso, tampoco parece adquirir significado la introducción de una nueva cláusula punitiva, porque no habría razón para pensar que si todo un cuadro de medidas articuladas por la ley, es decir, que se arbitran *ope legis*, no se cumplen, haya de cumplirse precisamente una cláusula que opera *ex contractu* y que, en cualquier caso, puede llegar a operar de forma mucho más arbitraria.

Finalmente, el carácter sustitutivo-liquidatorio con que la cláusula penal funciona en el ordenamiento jurídico-privado no tiene sentido en el ordenamiento jurídico-administrativo, porque también ha quedado suficientemente claro que lo esencial e importante en el contrato administrativo es la satisfacción del interés público, y esta satisfacción del interés público únicamente se consigue con el cumplimiento efectivo del contrato; no queda satisfecho el interés público, bajo ningún concepto, sustituyendo el cumplimiento concreto del contrato por cualquiera otra modalidad.

Por ello precisamente, y en determinadas ocasiones, la rigidez tanto formal como de fondo con la que puede transcurrir el contrato administrativo se suaviza, pero pretendiendo siempre el cumplimiento, la satisfacción del interés público (50).

A todo ello hay que añadir dos precisiones muy importantes. En primer lugar, que dicha cláusula penal, es decir la *stipulatio*

(50) La Sentencia de 4 de mayo de 1981 (Rep. 2020. Ponente: Sr. Martín del Burgo y Marchán) es tremendamente significativa: «Que, evidentemente, a esta situación de hecho, tal y como queda descrita, no le encaja ninguna de las soluciones extremas adoptadas por (...) puesto que en una y otra falta la debida adecuación a la realidad y al conflicto de intereses que de ella surge; por esto viene muy bien a colación las palabras de un insigne tratadista sobre el sentido formalista y eminentemente práctico que debe tener la actuación contractual de la Administración y, sobre todo, el vigor con que debe jugar el principio de conservación del acto y del negocio en nuestro campo, más atento —dice— a mantener la posibilidad de satisfacción del interés público, aunque sea irregularmente obtenido, que a la subordinación a rígidos principios dogmáticos»; y en otro de los considerandos la Sentencia señala: «... por ello se impone una solución intermedia, puesto que hay circunstancias en que la justicia y el derecho han de auxiliarse de la equidad (Sentencia de 10 de octubre de 1955), en cuanto la equidad es nervio de todas las materias de apreciación de cuantía de las indemnizaciones o reparaciones de derecho público (Sentencia de 3 de junio de 1960), poniéndola en pliego como principio general del Derecho y, como tal, fuente supletoria del mismo (Sentencia de 21 de octubre de 1957) dentro de una interpretación que ha de concordar con la ofrecida en el título preliminar del C. Civil».

poenae, no juega realmente en el ordenamiento jurídico-administrativo de modo igual que en las relaciones jurídico-privadas, en las que el principio de autonomía de la voluntad se refiere de igual manera a las dos partes contratantes. En el campo administrativo este principio opera de modo mucho más rotundo respecto de una de las partes, la Administración. La posición de supremacía de la Administración, sus posibilidades evidentes a la hora de la redacción de los correspondientes pliegos de condiciones, confirman esta desigualdad; por otro lado, nada parece impedir que la propia Administración contratante realice un uso desmedido y continuo en la introducción de esta cláusula en la contratación administrativa. Este fenómeno, corregido en parte por la propia Jurisprudencia, hace pensar realmente si lo que se pretende es garantizar o simplemente penalizar.

Finalmente es obligado señalar que un uso desmedido de esta cláusula originaría exactamente el fenómeno contrario que parece constituir su razón de ser, es decir, una auténtica detracción en las relaciones contractuales, o sea, un detrimento por parte de los contratistas a la hora de contratar con la Administración, con el consiguiente perjuicio para los intereses públicos. La figura del contratista como colaborador de la Administración que había suplido concepciones históricas ya desfasadas en las que parecía predominar el recelo y la desconfianza podría volver a verse afectada, máxime si tenemos en cuenta la crisis económica existente.

En otro orden de cosas, y esto es quizá lo más sorprendente, parece también evidente que la parte contratante que lleva realmente la responsabilidad en el bajo nivel de cumplimiento en la contratación administrativa es, precisamente, la autora y responsable de la introducción en las relaciones jurídico-administrativas contractuales de la cláusula penal o *stipulatio poenae*. Desde una argumentación plenamente teórica cabría interrogarse acerca de la posibilidad de la introducción en estas relaciones de cláusulas penales contra la propia Administración; recuérdese aquí los términos con que el Consejo de Estado se manifestaba en cuanto a la apertura de los correspondientes expedientes para la exigencia de responsabilidades a los funcionarios que operan en esta materia.

Por consiguiente, la introducción en la contratación administrativa de la denominada *stipulatio poenae* debe ser observada necesariamente con especiales cautelas. No cabría, por supuesto, el maximalismo absurdo del tipo contrario, es decir, la negación absoluta

y total de la existencia de la cláusula penal en la contratación administrativa, entre otras razones porque el propio ordenamiento jurídico actual lo permite y porque sería negar totalmente la libertad de estimación o apreciación de la Administración en la constatación del interés público en materia de contratación. Debe, sin embargo, evitarse una auténtica generalización sin sentido de la viabilidad de la cláusula penal a todo el sector de la contratación administrativa. Debe reservarse esta cláusula penal para determinadas ocasiones en las que la peculiaridad del contrato así lo exija, o en las que las condiciones externas socioeconómicas que rodean el contrato lo aconsejen. Operando con prudencia y cautela y haciendo de esta cláusula una especialísima técnica de penalización o apoyo al cumplimiento se conseguiría entonces su auténtica operatividad; por ejemplo, reservando su inclusión en los contratos en los que operen contratistas con una cierta «historia contractual» o, si se quiere, con antecedentes no muy positivos. Hay que insistir, por tanto, en que una generalización abusiva de esta técnica incluso para hacer más fácil la misión de la Administración —lo que puede equivaler a «bajar la guardia» o a planteamientos de dejación de misiones de vigilancia contractual— conseguiría perjuicios evidentes para el nivel óptimo de la contratación administrativa, o, lo que es lo mismo, para la auténtica satisfacción del interés público.

Por último es necesario también destacar que la *stipulatio poenae* en la contratación administrativa debe operar forzosamente bajo los principios jurídicos que la informan en la contratación civil. En este sentido la jurisprudencia contenciosa ha venido ejerciendo una auténtica labor de purificación y clarificación que merece destacarse, frente a los evidentes abusos que la misma casuística jurisprudencial manifiesta. En este contexto tampoco hay que olvidar que no cabe una traslación automática de las reglas de fondo interpretativas establecidas en el ordenamiento privado al contractual administrativo. Quiérese decir que si la *stipulatio poenae*, por ejemplo, pudiese suponer en su concepción iuscivilista una reacción perjudicial para el interés público, las reglas hemenéuticas iustivilistas deberían ser matizadas (51). Al no existir una regulación específica de la *stipulatio poenae* en el ordenamiento administrativo,

(51) Las reglas de interpretación de los contratos privados deben ser aplicadas a la contratación administrativa de forma táctica, como sugiere Enrique RIVERO YSERN. Véase toda la problemática de interpretación del contrato administrativo a la luz de la hermenéutica iuscivilista en este autor: *La interpretación del contrato administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1971.

se aplica el orden privado, pero conviene recordar que en el ordenamiento jurídico-administrativo el interés público debe modular estas reglas, máxime teniendo en cuenta que esta cláusula penal tiene su pleno sentido en las relaciones jurídicas de igualdad, cuestión que no es totalmente cierta en la contratación administrativa.

La consecuencia de todo ello es clara: si el régimen jurídico actual de la *stipulatio poenae* —sustancialmente jurídico-privado— fuese contrario a la consecución del interés público, dicha cláusula penal debería desaparecer de la contratación administrativa o, cuando menos, someterse a un específico «reciclaje». La disfuncionalidad que puede aportar la *stipulatio poenae* a la contratación administrativa, según hemos hecho referencia, se sitúa obviamente en este contexto.

