EL CONTRATO DE OBRA Y LA CLÁUSULA PENAL MORATORIA

Siendo la ejecución de la obra la obligación fundamental que deriva para el contratista del contrato de obra, constituye elemento fundamental de dicha obligación la determinación del plazo para la ejecución de la misma. Dicho plazo viene constituido por dos parámetros temporales; el plazo inicial para comenzar los trabajos y el plazo para la finalización de la obra. Respecto al primero, es usual hacerlo coincidir con el acta de replanteo, ya que coincidiendo con dicha fase no sólo se dispone por el promotor de la licencia de obras, sino que se produce la verificación, conforme al proyecto, de la superficie del terreno o solar, así como las lindes del mismo con el fin de comprobar la viabilidad de la construcción proyectada. En cuanto al plazo de finalización, éste suele hacerse coincidir con el concepto de obra acabada, es decir, cuando está en condiciones de ser ocupada de inmediato al amparo de la expedición del certificado final de obra. El plazo pactado en el contrato de obra se presume establecido en beneficio de ambas partes contratantes, por lo que el constructor no podrá cumplir su prestación tras cumplirse el plazo (tampoco exigirse por el promotor con antelación), si bien cabe la posibilidad de que por acuerdo de ambas partes se prorrogue el plazo pactado. En tal sentido, nuestra jurisprudencia viene estableciendo que las modificaciones del proyecto que suponen una ampliación de la obra contratada conducen a la necesidad de un mayor tiempo para la ejecución de la misma, resultando de ello, una prorroga, expresa o tácita, del plazo de ejecución.

Como consecuencia de la importancia que reviste el plazo para la ejecución de la obra, el incumplimiento de dicho plazo a resultas del retraso imputable al constructor conforma lo que conocemos como mora del constructor (artículos 1.100 y 1.124 del Código Civil) , estado en el que se encuentra el constructor cuando de forma culpable se retrasa en el cumplimiento de su obligación (por lo que habría que excluir circunstancias fortuitas) y es requerido o intimado de forma expresa por el acreedor de la prestación contratada, momento éste en el que el constructor se hace responsable de las consecuencias que se derivan de la misma (quedando sometido a una eventual responsabilidad por daños y perjuicios causados; intereses moratorios; transmisión de riesgos, etc.).

Con estos antecedentes, es frecuente el incluir en los contratos de obra una cláusula penal por la que se impone al constructor una indemnización (a modo de sanción) alzada o proporcional al tiempo, como consecuencia del retraso en la terminación de la obra. El fundamento de dicha estipulación reside en la importancia y el carácter esencial que para el promotor (especialmente en los supuestos de promociones inmobiliarias) tiene la efectiva entrega de la obra en la fecha convenida, ya que el riesgo de verse afectado por reclamaciones de los compradores de los pisos y locales; en caso de incumplimiento del plazo de entrega pactado (plazo subordinado al estipulado para la ejecución de la obra) es altamente probable. En tal sentido, no podemos olvidar que conforme dispone el art. 5 del Real Decreto 5151/189 sobre Protección a los Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa, exige la consignación en los contratos de compraventa de vivienda de la fecha prevista de entrega.

Como viene reconociendo la jurisprudencia, la cláusula penal actúa como garantía personal que las partes agregan al contrato, y constituye un refuerzo respecto a lo prevenido por el legislador respecto a la mora del constructor, produciendo dicha cláusula sus efectos de forma automática en caso de incumplimiento, esto es, sin necesidad de interpelación o intimidación para estimar que el deudor ha incurrido en mora, sin que la parte perjudicada tenga que probar los daños y perjuicios que se le han producido, efecto éste que deriva del carácter esencial del término para la ejecución y entrega de las obras. Así, en estos casos, el promotor no está obligado a probar que el retraso ha sido culpa del contratista, bastando la constancia objetiva del retraso respecto de lo pactado. Por otro lado, dada la naturaleza penal de este tipo de cláusulas, la interpretación de las mismas debe realizarse en base a un criterio restrictivo y así vienen aplicándose por nuestros Juzgados y Tribunales. En torno a este principio, existe una reiterada jurisprudencia que establece que la exigibilidad de la cláusula penal requiere que en el momento de su aplicación subsistan los mismos supuestos en base a los cales se pactó, pues si estos se alteran, con variaciones trascendentes la eficacia de la cláusula desaparece.

Por lo tanto, en supuestos de aumento del volumen de obra debido a la petición de ejecución de nuevos trabajos; cambios y alteraciones en el proyecto original, etc... la cláusula penal deviene ineficaz dado el criterio restrictivo de aplicación de la misma concurriendo tales o circunstancias análogas. Si ello es así, obviamente en los supuestos de retraso de la entrega de la obra por causa de fuerza mayor o imputable al promotor la cláusula no será de aplicación. Otro interesante efecto, avalado por la práctica judicial, radica en que los órganos judiciales no pueden moderar de forma equitativa pena impuesta en la cláusula penal (artículo 1.154 del Código Civil: El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor) ya que dicha facultad queda limitada a supuestos de cumplimiento parcial, defectuoso o irregular de la prestación, al no ajustarse la actividad realizada a la literalidad de los términos de la obligación contraída, mientras que la entrega de la obra con retraso constituye un hecho que por si sólo constituye incumplimiento automático de la obligación, hecho éste (mora del constructor) totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular a los que se limita la aplicación del artículo 1.154 del Código Civil.

Finalmente, cabe señalar que la Administración está facultada para insertar cláusulas penales moratorias en el pliego de cláusulas particulares del contrato de obra pública al amparo de la facultad que disfruta de concertar en los contratos, los pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre qu no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

LEÓN & OLARTE
FIRMA DE ABOGADOS

Óscar Fernández León
LEON & OLARTE FIRMA DE ABOGADOS