



G CONSELLERIA
O HISENDA
I I ADMINISTRACIONS
B PÚBLIQUES
/ JUNTA CONSULTIVA
CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Exp. Junta Consultiva: RES 12/2015

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de concesión de obras públicas para la construcción, conservación y explotación del nuevo complejo asistencial de Can Misses y un centro de salud que está vinculado al mismo SSCC CA 151/09

Servicio de Salud de las Illes Balears

Recurrente: Gran Hospital Can Misses, SA

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 31 de octubre de 2017 por el que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Gran Hospital Can Misses, SA, contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se impone una penalidad al contratista por incumplimiento de la obligación de instalar el pago con tarjeta en los cajeros automáticos de los aparcamientos

Hechos

1. El 15 de marzo de 2010, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears y los representantes de Gran Hospital Can Misses, SA, (en adelante, la concesionaria) firmaron el contrato de concesión de obras públicas para la construcción, conservación y explotación del nuevo complejo asistencial de Can Misses.
2. El 30 de julio de 2014, el director de explotación de la concesionaria presentó un escrito relativo a la puesta en marcha del servicio de aparcamiento en el que manifestaba, entre otras cosas, que la explotación comercial de los aparcamientos P1 y P2 se iniciaría el 4 de agosto, que la explotación comercial del aparcamiento P4 se iniciaría el 20 de agosto, y que el aparcamiento P3 sería de uso exclusivo para el personal autorizado desde el 4 de agosto.
3. El 4 de agosto de 2014, se puso en funcionamiento el sistema de cobro en los aparcamientos P1 y P2.
4. El 15 de septiembre de 2014, el director general de la concesionaria solicitó al subdirector de Infraestructuras y Servicios Generales la autorización para poner en funcionamiento el sistema de pago del aparcamiento P4 el 17 de octubre.

5. El 7 de octubre de 2014, el responsable del seguimiento de la explotación del nuevo complejo asistencial emitió un informe en el que proponía la imposición de una penalidad de 6.000 euros a la concesionaria por incumplimiento leve del pliego de prescripciones técnicas del contrato y de su oferta, dado que había constatado que no funcionaba el sistema de pago con tarjeta en los cajeros automáticos de los aparcamientos P1, P2 y P3.
6. El 10 de octubre de 2014, el director de explotación de la concesionaria solicitó que el aparcamiento P4 se abriese el 13 de octubre y aportó un documento denominado "Explotación comercial nuevo complejo asistencial Can Misses. Aparcamiento 4 ", en el que se afirma que el aparcamiento dispone de un cajero automático que permite el pago del servicio con tarjetas de crédito.
7. El 20 de octubre de 2014, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears inició el procedimiento de imposición de una penalidad a la concesionaria por incumplimiento de la obligación de instalar el pago con tarjeta en los cajeros automáticos de los aparcamientos.
8. El 12 de noviembre de 2014 (por error se indica 2013), el subdirector de Infraestructuras y Servicios Generales propuso la imposición de una penalidad de 6.000 euros a la concesionaria. La propuesta se notificó a la concesionaria el 19 de noviembre de 2014, con la indicación de que disponía de quince días para formular las alegaciones y aportar la documentación que estimase oportuna, y también para consultar el expediente.
9. El 24 de noviembre de 2014, el director gerente del Área de Salud de Ibiza y Formentera autorizó la activación del sistema de cobro en la zona de aparcamiento P4.
10. El 9 de diciembre de 2014, la concesionaria presentó un escrito de alegaciones en el que manifestaba que la falta de disponibilidad del servicio de pago con tarjeta no le era imputable, dado que había sido imposible conseguir una conexión a los sistemas de información del Hospital —a los que debía tener acceso conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares—, por lo que había tenido que contratar una línea particular que no quedó instalada hasta el 27 de octubre, y que, después de efectuar las pruebas necesarias con la entidad bancaria, el sistema de pago con tarjeta de crédito quedó operativo el 3 de noviembre.
11. El 29 de enero de 2015, el responsable del seguimiento de la explotación, con el visto bueno del director de Gestión y Servicios Generales, emitió un informe sobre las alegaciones presentadas por la concesionaria en el que manifestaba que el sistema de cobro en los aparcamientos se había activado sin comprobar que el sistema de pago con tarjeta de crédito funcionaba correctamente y que existían alternativas técnicas como la que finalmente eligió la concesionaria para solucionar la falta de conectividad que podía haberse aplicado anteriormente, pero que se recurrió a ella el 27 de octubre, más de dos meses después de la activación del sistema de cobro, con el consiguiente perjuicio para los usuarios que no disponían de efectivo

para pagar, por lo que consideraba que debía mantenerse la imposición de la penalidad.

Ese mismo día, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears dictó la Resolución por la que se impone una penalidad a la concesionaria por incumplimiento de la obligación de instalar el pago con tarjeta en los cajeros automáticos de los aparcamientos. Esta Resolución se notificó a la concesionaria el 16 de febrero de 2015.

12. El 16 de marzo de 2015, el representante de la concesionaria interpuso ante el Área de Salud de Ibiza y Formentera, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se impone una penalidad a la empresa Gran Hospital Can Misses, SA, por incumplimiento de la obligación de instalar el pago con tarjeta en los cajeros automáticos de los aparcamientos. Este recurso se recibió en la Junta Consultiva el 13 de mayo de 2015.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución por la que se impone una penalidad por el incumplimiento de un contrato de concesión de obras públicas, tramitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

Dado que se trata de un acto no susceptible del recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), contra el mismo puede interponerse el recurso administrativo que proceda. Este recurso, en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, es el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y tiene que resolverlo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

Dado que la tramitación del expediente de contratación se inició en el año 2010, será de aplicación la normativa vigente en ese momento, en concreto, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), todo ello de acuerdo con la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.



2. El recurso especial que ha interpuesto la concesionaria se fundamenta en el hecho de que, en su opinión, el retraso en la prestación del servicio de pago con tarjeta de crédito no le es imputable, ya que el acceso a Internet que debía proporcionar el Servicio de Salud de las Illes Balears, que era necesario para prestar el servicio, no funcionó. Así, se afirma que no existe culpa de la concesionaria y sí un incumplimiento del órgano de contratación.

Además, el recurrente alega la falta de motivación de la imposición de la penalidad, la falta de motivación de la penalidad concreta impuesta y la falta de proporcionalidad de la penalidad.

Por todo ello, el recurrente solicita que se declare nula la Resolución impugnada y, subsidiariamente, que se rebaje la penalidad al grado mínimo.

3. Las cláusulas penales, previstas en el artículo 1152 del Código Civil, son obligaciones accesorias de la obligación principal que sancionan el incumplimiento o el cumplimiento irregular de una obligación.

Las cláusulas penales también estaban previstas en la LCSP, en el apartado 4 del artículo 75, que preveía el establecimiento de penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales, y en el artículo 196, que permitía a la Administración imponer penalidades, de acuerdo con las previsiones específicas de los pliegos, en los casos de ejecución defectuosa de la prestación objeto del contrato o de incumplimiento de los compromisos adquiridos o de las condiciones especiales de ejecución que se hubiese establecido en los pliegos y en el anuncio de licitación. En cuanto a los incumplimientos del concesionario, el artículo 235 preveía lo siguiente:

1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecerán un catálogo de incumplimientos de las obligaciones del concesionario, distinguiendo entre los de carácter leve y grave. Se consideran penalizables el incumplimiento total o parcial por el concesionario de las prohibiciones establecidas en esta Ley, la omisión de actuaciones que fueran obligatorias de conformidad con ésta y, en particular, el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras, la negligencia en el cumplimiento de sus deberes de uso, policía y conservación de la obra pública, la interrupción injustificada total o parcial de su utilización, y el cobro al usuario de cantidades superiores a las legalmente autorizadas.

2. El órgano de contratación podrá imponer penalidades de carácter económico, que se establecerán en los pliegos de manera proporcional al tipo de incumplimiento y la importancia económica de la explotación. El límite máximo de las penalidades a imponer no podrá exceder del 10 por ciento del presupuesto total de la obra durante la fase de construcción. Si la concesión está en fase de explotación, el límite máximo de las penalidades anuales no podrá exceder del 20 por ciento de los ingresos obtenidos por la explotación de la obra pública durante el año anterior.
[...]

Además, en aplicación del principio de libertad de pactos, reconocido en el artículo 25 de la LCSP, el pliego de cláusulas administrativas que define las obligaciones del contratista puede incluir cláusulas penales específicas y propias.

El Tribunal Supremo ha considerado en numerosa jurisprudencia que las cláusulas penales incorporadas a un contrato administrativo: a) responden al principio de libertad de pactos tradicionalmente reconocido en la normativa reguladora de la contratación administrativa; b) no constituyen el ejercicio de derecho sancionador, sino que se rigen por las normas reguladoras de las obligaciones, y c) deben establecerse de forma expresa y manifiesta, de manera que no caben las presunciones de su establecimiento.

En consecuencia, aunque las penalidades no suponen la imposición de una sanción ni, por tanto, es predicable la aplicación de principios propios del derecho sancionador, de conformidad con el principio de tipicidad es necesario que, previamente a la imposición de una penalidad, el supuesto de hecho punible haya sido previsto en los pliegos.

Si no fuese así, la Administración estaría imponiendo una penalidad *ad hoc*, que no sería ajustada a derecho y nos encontraríamos ante una violación del principio de seguridad jurídica de los ciudadanos, porque si bien es cierto que las cláusulas penales dentro del contrato administrativo no son sanciones en sentido estricto, su imposición no está exenta de los principios jurídicos que deben regir el ordenamiento, como son, entre otros, los principios de tipicidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y transparencia.

Hay que recordar que el fin de que la Administración persigue con la imposición de penalidades es, esencialmente, de carácter coercitivo para garantizar el cumplimiento contractual y, por tanto, las penalidades responden a un incumplimiento obligacional, de tal manera que se enmarcan en los poderes de dirección, inspección y control de que dispone el órgano de contratación en garantía del interés público.

Así, en la Sentencia de 18 de mayo de 2005 el Tribunal Supremo manifiesta lo siguiente:

Penalidades a satisfacer a la administración contratante por la comisión de faltas por el contratista que, independientemente de su denominación gramatical próxima al derecho punitivo, hemos de considerar como similares a las obligaciones con cláusula penal (art. 1152 y siguientes del Código civil) en el ámbito de la contratación privada. En el ámbito de la contratación pública, al igual que en la contratación privada, desempeñan una función coercitiva para estimular el cumplimiento de la obligación principal, es decir el contrato, pues, en caso contrario, deberá satisfacerse la pena pactada. Son, por tanto, estipulaciones de carácter accesorio, debidamente plasmadas en el contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal de que se trate por lo que, en aras a la garantía del contrato, conducen a que el contratista, o deudor de la prestación que se trata de garantizar, venga obligado no solo al pago de una determinada cantidad de dinero calculada en razón a la modulación del grado de inobservancia sino incluso a la extinción contractual si la modalidad de incumplimiento alcanza mayor intensidad.

Como en el ámbito civil vienen a sustituir a la indemnización por daños al fijarse una responsabilidad económica por la comisión de determinados hechos, con independencia de que mediere dolo o culpa, aunque, en el ámbito del derecho público, puedan incluso reputarse próximas a las multas coercitivas a fin de lograr la efectividad de lo pactado. [...] El problema en todo caso radica que, tengan naturaleza cercana a la multa coercitiva u ostenten el carácter de penalidad obligacional, nuestro ordenamiento carece de un procedimiento específico general



para su tramitación e imposición lo que obliga a acudir al procedimiento administrativo general. Si queda clara, independientemente de su nombre, la ausencia de carácter punitivo amparado en el art. 25.1 CE, es decir no es una multa-sanción.

Por ello en la sentencia de este Tribunal de 21 de noviembre de 1988 (reiterada el 10 de febrero de 1990) se afirma que “las consecuencias de una cláusula penal integrada en un contrato no constituyen una manifestación del derecho sancionador, entendiéndose en el sentido de potestad del Estado de castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la Ley... la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de la presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento”.

Esta Sentencia otorga a las penalidades una naturaleza esencialmente coercitiva para estimular el cumplimiento del contrato, pero admite su finalidad compensatoria o indemnizatoria, y afirma que, al igual que en el ámbito civil, sustituyen la indemnización por daños.

El Tribunal Supremo ha seguido este mismo criterio en otras sentencias, como en la Sentencia de 13 de febrero de 2012, y también la Audiencia Nacional, que, en la Sentencia de 9 de abril de 2014 manifiesta lo siguiente:

A tenor del artículo 196 de la Ley 30/2007, entre las penalidades, con el límite cuantitativo del 10 por 100 del presupuesto del contrato, y la gravedad del incumplimiento debe existir la adecuada correspondencia, estando impedido que las primeras resulten innecesarias o excesivas. Pero para valorar la gravedad del incumplimiento no puede atenderse, como pretende la demandante, única y exclusivamente al importe en el que se materializa el mismo, aunque puede resultar significativo, sino que esa gravedad alcanza a todos los elementos que condicionan y conducen al cumplimiento defectuoso de la prestación, pues, pese a lo que indica la Administración, estas penalidades, como en el ámbito civil, vienen a sustituir a la indemnización por daños al fijarse una responsabilidad económica por la comisión de determinados hechos, con independencia de que mediare dolo o culpa (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005).

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato de concesión de obras públicas para la construcción, conservación y explotación del nuevo complejo asistencial de Can Misses contiene, entre otras, las siguientes cláusulas, que son de interés para resolver el recurso:

— Cláusula 1, “Objeto”:

En el presente Pliego se recogen las cláusulas administrativas particulares que regirán el contrato de concesión de obras públicas relativo al Nuevo Complejo Asistencial de Can Misses, así como a dos centros de salud vinculados al mismo, cuyo objeto se define en atención a las siguientes prestaciones a cargo del concesionario:
[...]

. Explotación de los servicios no clínicos tanto del Nuevo Complejo Asistencial de Can Misses como de los dos centros de salud objeto del presente contrato, descritos en la cláusula 46.3 del presente Pliego.
[...]

Queda expresamente excluido del objeto del presente contrato la dotación, mantenimiento y actualización tanto del equipamiento electro-médico como de los sistemas de información. No obstante, el concesionario tendrá derecho a acceder a los sistemas de información que resulten necesarios para el desarrollo de los



servicios no clínicos objeto de explotación, en la forma en que se describe en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

El concesionario realizará las anteriores prestaciones de conformidad con lo previsto en los respectivos Proyectos de Construcción, en este Pliego y el de Prescripciones Técnicas, en su oferta, en el documento de formalización del contrato y en los restantes documentos que tengan carácter contractual, de conformidad con lo establecido en la cláusula 4.2 del presente Pliego.
[...]

— Cláusula 32, “Gastos por cuenta del concesionario”:

Además de todos los gastos propios de la ejecución en su integridad del presente contrato, el concesionario afrontará los siguientes:
[...]

bb. Cualquier otro gasto a que hubiere lugar para la realización del contrato con arreglo al presente Pliego, al Pliego de Prescripciones Técnicas, así como, en especial, los que se desprendan del desarrollo e implantación del Plan Económico-Financiero o de los demás documentos contractuales.

— Cláusula 46.2, “Puesta en funcionamiento de las infraestructuras sanitarias”:

[...]

4.El concesionario dispondrá de un plazo máximo de 2 meses, a contar desde la aprobación del acta de comprobación de las obras respectivo, para el inicio de la prestación de los servicios objeto del presente contrato de concesión en las obras aprobadas, de conformidad, en todo caso, con las instrucciones del órgano de contratación. El retraso en el inicio de la prestación de los servicios no clínicos por causa imputable al concesionario dará lugar, o bien a la resolución del contrato, o bien a la imposición de las correspondientes penalidades.

— Cláusula 46.3, “Servicios no clínicos de las nuevas infraestructuras sanitarias”:

[...]

. Servicio de aparcamiento

— Cláusula 46.4, “Régimen de explotación de los servicios no clínicos”:

1.La explotación de los servicios no clínicos de las nuevas infraestructuras sanitarias objeto del presente contrato se realizará en las condiciones y con los estándares previstos en la oferta, con sujeción siempre al Pliego de Prescripciones Técnicas y de conformidad con las estipulaciones establecidas en el presente Pliego, en el contrato de concesión y en el resto de documentos contractuales, comprometiéndose, en todo caso, el concesionario a la mejora continua de los servicios prestados, para lo que establecerá los sistemas oportunos que le permitan alcanzar dicho objetivo.

2.La ejecución de la conservación de las nuevas infraestructuras sanitarias se desarrollará de conformidad con las estipulaciones contenidas en el Plan de Conservación y Mantenimiento y en el Plan de Calidad presentado por el concesionario en su oferta y aprobado por la Administración, con sujeción al Pliego de Prescripciones Técnicas.

3.Para cada uno de los servicios no clínicos atribuidos al concesionario se establecen unos Requerimientos Generales y unas Especificaciones Técnicas del Servicio incluidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, que permitirán medir el nivel de desempeño del concesionario en la explotación de los respectivos servicios.

4.Los incumplimientos de los citados Requerimientos Generales y Especificaciones Técnicas de los Servicios, medidos de conformidad con los parámetros objetivos que



se establecen, darán lugar a la aplicación de las correspondientes deducciones en el pago de los servicios no clínicos objeto del presente contrato, cuyo importe efectivo se fijará de conformidad con el sistema de determinación del precio previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Ello sin perjuicio de las penalidades que pudieran corresponder en aplicación de lo establecido en la cláusula 54 del presente Pliego.

5.El concesionario asumirá los riesgos y responsabilidades de toda índole que se deriven de la explotación de los servicios no clínicos objeto del presente contrato.

— Cláusula 54, “Penalidades y multas coercitivas por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato”:

1.El incumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión, llevará consigo la imposición al concesionario de las penalidades establecidas en este capítulo, sin perjuicio de la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios que, en su caso, se ocasionen y de las deducciones en los pagos a cargo de la Administración a que pueda haber lugar de acuerdo con lo establecido en el presente Pliego.

2.En los casos de incumplimientos contractuales o de aplicación de deducciones a la retribución del concesionario, éste indemnizará a la Administración, en todo caso, los daños y perjuicios que se le irroguen. Para ello se tendrán en cuenta precios de mercado, sin perjuicio de aplicar otros criterios que, en su caso, pudieran considerarse oportunos. La cuantía de las indemnizaciones a que haya lugar será compensada directa y automáticamente por la Administración minorando, a tal efecto, el importe de la retribución del concesionario.

3.El régimen de incumplimientos y penalidades que se regula a continuación es independiente de las infracciones y sanciones que sean ajenas al vínculo propiamente concesional, previstas en la normativa sectorial, que se regirán por sus propios principios y normas.

4.La firma del contrato por parte de la sociedad concesionaria implica la aceptación del régimen de penalidades recogido en el presente Pliego.

— Cláusula 55, “Graduación de los incumplimientos”:

1.Los incumplimientos del concesionario, a los efectos del presente régimen de penalidades, se clasifican en graves y leves.
[...]

55.2 Incumplimientos leves

Constituyen incumplimientos leves durante la ejecución del contrato, en sus diferentes fases, los siguientes:
[...]

g) Todos los demás incumplimientos de las obligaciones fijadas en el presente Pliego, en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en el contrato y en los documentos contractuales, así como en la demás normativa aplicable no calificados como graves en los términos dispuestos anteriormente, y siempre que no den lugar a deducciones conforme al presente Pliego.

— Cláusula 56, “Imposición de penalidades y multas coercitivas”:

56.1 Régimen general

Los incumplimientos del concesionario podrán dar lugar a las consecuencias jurídicas que a continuación se detallan, atendiendo, en todo caso, a los límites dispuestos en el artículo 235 de la LCSP:

a) Los incumplimientos leves serán sancionados con multa de hasta 12.000 euros.
[...]

56.2 Graduación de las penalidades



En la imposición de penalidades por la Administración se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del incumplimiento y la penalidad aplicada, atendiendo en su graduación a los siguientes criterios: (i) tipo de incumplimiento; (ii) existencia de intencionalidad; (iii) naturaleza de los perjuicios causados; (iv) reincidencia, por incurrir, en el término de un año, en más de un incumplimiento de la misma naturaleza y (v) el beneficio obtenido por el concesionario.
[...]

56.4, "Procedimiento de imposición de penalidades y multas coercitivas"

a) Caracteres generales

[...]

Para la imposición de penalidades por infracciones leves no será preceptiva la previa instrucción del expediente al que se refiere el párrafo anterior, salvo el trámite de audiencia al concesionario.

El pliego de prescripciones técnicas que rigen la concesión establece, en la cláusula 7.1.4, las especificaciones técnicas de la prestación del servicio de aparcamiento, y dispone lo siguiente:

El concesionario incorporará en el servicio de aparcamiento los medios materiales necesarios para realizar adecuadamente su cometido, y entre los que se encuentran:
[...]

. Dispositivos de señalización: indicativos de accesos, planta nivel, zona, ubicación de extintores, hidrantes, cajero de pago, caseta de control, etc.

La oferta de la concesionaria en relación con la explotación del servicio de aparcamiento establece, en el apartado 3.3.3, "Medios materiales", lo siguiente:

Los medios materiales que se proponen para la explotación del Aparcamiento del Hospital Can Misses son los que se detallan a continuación:
[...]

CAJEROS AUTOMÁTICOS DE TIQUES

Para el buen funcionamiento del servicio, se dispone de suficientes cajeros automáticos para el cobro y validación de tiques del aparcamiento.

Los cajeros automáticos permiten el pago automático del tique de estacionamiento, bien mediante monedas y billetes o mediante tarjetas de crédito. Los medios de pago utilizados por el cajero automático son los siguientes:

- . Monedas de curso legal entre 5 céntimos de Euro y 2 Euros.
- . Tarjetas de crédito.
- . El pago en metálico se realizará con monedas de curso legal admitiendo monedas entre 5 céntimos de euro y dos euros permitirán la devolución de monedas por abonar un importe superior.

Las amplias posibilidades anteriores, unidas a una operatoria clara y sencilla, con indicadores luminosos y pantalla de visualización, hacen de la caja automática una herramienta imprescindible en cualquier aparcamiento.

Por ello se prestará especial atención al mantenimiento en perfecto estado de las máquinas de pago automático, para lo cual siempre existirá una persona física dentro del aparcamiento que pueda solucionar cualquier fallo de la máquina, reposición de consumibles (tique) o del funcionamiento del aparcamiento.

5. El primer motivo de impugnación se fundamenta en el hecho de que, a juicio del recurrente, el retraso en la prestación del servicio de pago con tarjeta de crédito no le es imputable, ya que el acceso a Internet que

debía proporcionar el Servicio de Salud de las Illes Balears, que era necesario para prestar el servicio, no funcionó. Así, afirma que no hay culpa de la concesionaria y sí un incumplimiento del órgano de contratación.

El recurrente manifiesta que no puede imponérsele la penalidad de forma automática, sino que, en aplicación del principio de culpabilidad, el hecho debería serle imputable y no lo es porque el Servicio de Salud de las Illes Balears no le facilitó la conexión a Internet necesaria para que el servicio de pago con tarjeta de crédito funcionase, tal como se preveía en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la concesión.

Debe decirse que la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que se excluye del contrato la dotación, el mantenimiento y la actualización de los sistemas de información, pero que, sin embargo, el concesionario tendrá derecho a acceder a los sistemas de información que resulten necesarios para el desarrollo de los servicios no clínicos objeto de explotación en la forma que se describe en el pliego de prescripciones técnicas.

En este sentido, el pliego de prescripciones técnicas, entre las especificaciones técnicas de la prestación del servicio de aparcamiento, indica que la concesionaria incorporará al servicio de aparcamiento, entre otros medios materiales, cajeros de pago, y no hace referencia expresa alguna al acceso a los sistemas de información para la prestación de este servicio, como sí lo hace en relación con la prestación de los servicios de alimentación y de gestión de archivos de historias y documentación clínica.

Así pues, se observa que no es cierto, como afirma el recurrente, que correspondiese al Hospital proporcionar el acceso a Internet a los cajeros del aparcamiento.

Hay que recordar que la concesionaria indica en su oferta de medios materiales que los cajeros de pago permiten el pago automático del ticket de estacionamiento, bien mediante monedas y billetes o mediante tarjeta de crédito. Por tanto, la misma concesionaria asumió con su oferta la obligación de ofrecer el servicio de pago en los cajeros automáticos de los aparcamientos mediante tarjeta de crédito.

Por todo ello, debe concluirse que, contrariamente a lo que afirma el recurrente, el pliego de cláusulas administrativas particulares sólo establece el derecho a acceder a los sistemas de información del Hospital que resulten necesarios para el desarrollo de los servicios en la forma prevista en el pliego de prescripciones técnicas, pliego que, como se ha puesto de manifiesto, no preveía la forma de pago en los cajeros del aparcamiento mediante tarjeta de crédito ni preveía el acceso a los sistemas de información del Hospital para que pudiese funcionar este servicio. Como ya hemos dicho, fue la propia concesionaria quien con la presentación de su oferta se obligó a instalar el sistema de pago con tarjeta de crédito y, por tanto, a habilitar los sistemas necesarios para que pudiese funcionar, asumiendo los gastos correspondientes.

Finalmente, con respecto a las afirmaciones del recurrente sobre la ausencia de culpa, hay que recordar que, como ya se ha dicho antes, las penalidades no son sanciones ni constituyen una manifestación del derecho sancionador entendido como la potestad de la Administración de castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la ley, sino que su naturaleza responde a una concepción civil en la que se predica el principio de la presunción de culpa en el contratista que no cumple lo que pactó o que incurre en algún defecto en su cumplimiento.

Por tanto, es suficiente que la causa del retraso en la instalación del pago con tarjeta en los cajeros automáticos de los aparcamientos sea imputable a la concesionaria, como sucede en el caso que nos ocupa, en el que el responsable de seguimiento de la explotación constató que dos meses después de haberse activado el sistema de cobro por la utilización de los aparcamientos P1 y P2, el pago con tarjeta de crédito no estaba operativo.

En consecuencia, se ha producido un incumplimiento de las obligaciones a que se había comprometido la concesionaria en su oferta —que tiene carácter contractual— que, de acuerdo con la cláusula 55.2 *g* del pliego de cláusulas administrativas particulares, constituye un incumplimiento leve del contrato, por lo que se inició un procedimiento de imposición de penalidades que se ha tramitado conforme a la normativa aplicable.

Por tanto, este motivo de impugnación debe desestimarse.

6. El segundo motivo de impugnación se refiere a la falta de motivación de la imposición de la penalidad, a la falta de motivación de la concreta penalidad impuesta y a la falta de proporcionalidad de la penalidad.

En cuanto a la motivación, el artículo 89.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponía que las resoluciones contendrán la decisión, que debe ser motivada en los casos previstos en el artículo 54 del mismo texto legal. En concreto, la letra *f* del apartado 1 de este último artículo disponía que deben motivarse, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deben serlo en virtud de una disposición legal o reglamentaria expresa. El apartado segundo de este artículo establecía que la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen las convocatorias, y, en todo caso, deben quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia de 31 de octubre de 2006, hace referencia a la doctrina jurisprudencial sobre la motivación y manifiesta que:

En lo que se refiere a la motivación, ésta tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 2003, que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto, motivación que es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de

interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución y también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa), que se refuerza en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, que incluye dentro de su artículo 41, dedicado al “Derecho a una buena Administración”, la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. Siguiendo reiterada doctrina jurisprudencial, el requisito de motivación que tiene por finalidad dar a conocer a los administrados las razones de la decisión, no sólo asegura la seriedad en la formación de la voluntad de la administración, sino que permite al interesado impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; y, en último término, facilita el control que el artículo 106.1 CE, encomienda a los Tribunales de Justicia, habiéndose proclamado que la motivación sucinta o escueta no equivale a ausencia del aludido requisito cuando es suficientemente indicativa (...).

Hay que recordar que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia ordinaria han admitido la motivación por referencia a informes que forman parte de las actuaciones, tanto sea de forma expresa (con la incorporación formal del texto del informe en el cuerpo de la resolución), como, incluso, de manera presunta, esto es, en vista del contenido material de la resolución (motivación *in aliunde*). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2011 manifiesta que:

Es, por tanto, admisible una motivación breve y lacónica que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos en que se apoya la decisión adoptada. En este sentido, se ha aceptado, como motivación constitucionalmente adecuada, la motivación por remisión o *aliunde*, técnica en virtud de la cual se incorporan a la resolución que prevé la remisión los razonamientos jurídicos de la decisión o documento a la que se remite (Auto del Tribunal Constitucional 207/1999, de 28 de julio), porque ello permite conocer las razones en las que se ha basado la decisión judicial. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/2007, de 18 de junio, FJ 3, una fundamentación por remisión «no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia constitucional contenida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [entre otras muchas, SSTC 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 3, *in fine*; 13/2001, de 29 de enero, FJ 2; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; 171/2002, de 30 de septiembre FJ 2; y ATC 194/2004, de 26 de mayo, FJ 4 b); en términos similares, SSTC 115/2003, de 16 de junio, FJ 8; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 8; 113/2004, de 12 de julio, FJ 10; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3], siempre y cuando dicha remisión se produzca de forma expresa e inequívoca [STC 115/1996, de 25 de junio, FJ 2 b)] y que la cuestión sustancial de que se trate se hubiera resuelto en la resolución o documento al que la resolución judicial se remite (SSTC 27/1992, de 9 de marzo, FJ 4; y 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; y ATC 312/1996, de 29 de octubre, FJ 6).

En cuanto a los efectos de la falta de motivación de los actos administrativos, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 11 de febrero de 2011, manifiesta que:

El cumplimiento de esta exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, se salvaguarda mediante la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo no motivado, en caso de incumplimiento.

Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser un vicio invalidante, como hemos señalado, o una mera irregularidad en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones

de la decisión adoptada por la Administración, pues solo si se conocen pueden impugnarse. Se trata, en definitiva, de valorar si concurre la indefensión a que se refiere el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 cuya existencia es necesaria para incurrir en el vicio de invalidez señalado. El defecto de forma “sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”, nos indica el citado artículo 63.2.

Y en varias sentencias de 3 de noviembre de 1987, el Tribunal Supremo ha manifestado lo siguiente:

es cierto, según ha venido afirmando la Jurisprudencia, la imposibilidad de imputarse a una resolución falta de motivación cuando se puede llegar a deducir las causas o motivos del propio expediente antecedente de la misma con datos y elementos suficientes para que se pueda llegar a conocer por el afectado, siendo bastante que se desprenda de la conjunta apreciación del contenido de las actuaciones administrativas [...].

De acuerdo con la doctrina expuesta, el requisito de motivación tiene por finalidad dar a conocer a los interesados los motivos en los que la Administración fundamenta sus actos, de manera que puedan rebatirlos si consideran que no se ajustan a derecho mediante la interposición de un recurso debidamente fundamentado. Además, esta motivación, que puede ser por referencia a informes, no requiere de razonamientos exhaustivos y pormenorizados, sino que se admite una motivación breve y concisa, siempre que sea suficiente para que los interesados conozcan las razones que fundamentan las decisiones de la Administración.

En este caso, la Resolución recurrida contiene una referencia expresa a los hechos y a los fundamentos de derecho que justifican la decisión adoptada por la Administración, y debe considerarse que la concesionaria ha podido conocer los motivos o las razones que fundamentan la decisión de imponerle la penalidad y, por tanto, ha podido rebatirlos, por lo que puede afirmarse que la Resolución no le ha producido indefensión.

Por tanto, esta alegación debe desestimarse.

En cuanto a la falta de motivación de la penalidad concreta impuesta y a la falta de proporcionalidad de la penalidad, el recurrente alega que solucionó el problema con el pago con tarjeta tan pronto como pudo y que sólo se demoró un mes al poner en marcha el sistema. Además, indica que no se ha motivado la penalidad concreta impuesta ni su graduación de conformidad con el apartado 2 de la cláusula 56 del pliego de cláusulas administrativas particulares, que establece que la graduación de la penalidad se efectuará aplicando los siguientes criterios: (i) tipo de incumplimiento; (ii) existencia de intencionalidad; (iii) naturaleza de los perjuicios causados; (iv) reincidencia, por incurrir, en el plazo de un año, en más de un incumplimiento y (v) el beneficio obtenido por el beneficiario.

Debe decirse que en el expediente consta el informe del responsable de seguimiento de la explotación sobre la inspección física efectuada a los aparcamientos, en el que propuso la imposición de una penalidad por un incumplimiento leve por una cuantía de 6.000 euros, de conformidad con la cláusula 56 del pliego. Concretamente, propone la graduación de la penalidad de la siguiente forma:

Graduación de la penalidad	Res.	Observaciones
(i) Tipo de incumplimiento:	Leve	Se considera un incumplimiento de lo estipulado en la documentación contractual.
(ii) Existencia de intencionalidad:	25%	El servicio lleva más de dos meses activado y la concesionaria tiene pleno conocimiento del hecho.
(iii) Naturaleza de los perjuicios causados:	0%	No se considera que exista una afección directa al paciente dado que el servicio de aparcamiento no tiene influencia sobre su tratamiento.
(iv) Reincidencia (más de un incumplimiento en un año):	0%	Es el primer expediente por este motivo.
(v) Beneficio obtenido por el concesionario:	25%	Los usuarios que no dispongan de efectivo deben desplazarse hasta un cajero mientras el tiempo de estacionamiento se continúa contabilizando.

Sin embargo, ni la propuesta de imposición de la penalidad que se le notificó reproduce esta información, ni la Resolución impugnada contiene argumentación o referencia alguna sobre cómo se ha determinado la cuantía concreta de la penalidad, más allá de indicar que el incumplimiento de la concesionaria es una infracción tipificada como leve y que le corresponde una penalidad de 6.000 euros, ni tampoco consta que la concesionaria haya tenido acceso a este informe. Por tanto, no ha podido rebatir la graduación de la penalidad, por lo que puede afirmarse que la Resolución le ha producido indefensión.

En cuanto al contenido del informe, debe decirse que el técnico, si bien aplica los criterios que deben tenerse en cuenta para graduar las penalidades que establece la cláusula 56.2 del pliego, no explica de qué manera se valora la concurrencia de estos criterios o cómo inciden en el cálculo de la penalidad, sino que parece entender que cada criterio equivale a un porcentaje de la cuantía máxima que puede tener la penalidad.

Con respecto a las concretas manifestaciones del técnico, se observa que considera que hay intencionalidad por parte de la concesionaria, cuando lo cierto es que ha llevado a cabo diversas acciones para que el sistema de pago con tarjeta funcionase, y, además, en cuanto al beneficio obtenido por el concesionario, no tiene en cuenta, como afirma el recurrente en el escrito de recurso, que los usuarios podían utilizar gratuitamente el aparcamiento P4.

Por tanto, estas alegaciones deben estimarse.

- El artículo 31 de la Ley 30/2007 disponía que:



Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes.

Después de enumerar las causas de nulidad en el artículo 32, el artículo 33 disponía que:

Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En consecuencia, la Resolución por la que se impone una penalidad a la concesionaria por incumplimiento de la obligación de instalar el pago con tarjeta en los cajeros automáticos de los aparcamientos no se ajusta a derecho, dado que la graduación de la penalidad carece de motivación, y, en consecuencia, ha producido indefensión a la concesionaria. Por tanto, esta Resolución está afectada por una causa de invalidez.

Por todo ello, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la empresa Gran Hospital Can Misses, SA, contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se impone una penalidad al contratista por incumplimiento de la obligación de instalar el pago con tarjeta en los cajeros automáticos de los aparcamientos, y, en consecuencia, anular el acto impugnado.
2. Ordenar retrotraer las actuaciones administrativas al momento de determinar la cuantía de la penalidad.
3. Notificar este Acuerdo a Gran Hospital Can Misses, SA, y al Servicio de Salud de las Illes Balears.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo, que agota la vía administrativa, puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquél en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 a y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.