



Exp. Junta Consultiva: RES 10 i 11/2020
Resolució de les sol·licituds de suspensió
Exp. d'origen: contracte de serveis de manteniment general d'edificis i instal·lacions adscrits al sector sanitari de Llevant
SSCC PA 66/2015 NCASE 20386/2015
Òrgan de contractació: Servei de Salut de les Illes Balears
Recurrent: Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA

Resolució de la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 23 d'octubre de 2020

Ateses les sol·licituds de suspensió de l'execució de les Resolucions del director general del Servei de Salut de les Illes Balears, de 5 de maig i de 13 d'agost, per les quals s'imposen penalitats a l'empresa per la no realització de les 5.000 hores extraordinàries anuals oferides en el contracte de serveis de manteniment general d'edificis i instal·lacions adscrits al sector sanitari de Llevant per al període de juny de 2018 a maig de 2019 i per la període de juny 2019 a maig 2020, respectivament, que l'empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, ha plantejat en el recursos especials en matèria de contractació que ha interposat, la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa resol el següent:

Fets

1. El 22 de maig de 2017, el director general del servei de Salut de les Illes Balears i el representant de l'empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, (en endavant, la contractista o la recurrent) van formalitzar el contracte de serveis de manteniment general d'edificis i instal·lacions adscrits al sector sanitari de Llevant.
2. El 14 de març de 2020, mitjançant la Disposició Addicional Tercera del *Real Decreto 463/2020, de 14 de març, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, varen quedar suspesos els termes i els terminis per a la tramitació de procediments administratius, entre d'altres, del recurs interposat.

3. El 5 de maig de 2020, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució per la qual s'imposa una penalitat a la contractista d'un import total de 40.102,50 euros per la no realització de les 5.000 hores extraordinàries anuals oferides en el contracte de serveis de manteniment general d'edificis i instal·lacions adscrits al sector sanitari de Llevant, per al període de juny de 2018 a maig de 2019.

Aquesta penalitat es farà efectiva mitjançant deducció de les quantitats que en concepte de pagament total o parcial s'hagin d'abonar al contractista.

Aquesta Resolució es va notificar al contractista el 7 de maig.

4. El 23 de maig de 2020, l'article 9 del *Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, va disposar que «*Con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas.*»
5. El 5 de juny de 2020, el representant de l'empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, (en endavant, la recurrent) va presentar al registre de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució d'imposició de penalitats. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 8 de juny.

La recurrent fonamenta el recurs en els arguments següents:

- Desproporció i imposició de penalitats contrària a la legislació de contractes per superar el 10% del preu del contracte.
- Extemporaneïtat i finalitat purament sancionadora de la penalitat imposada.
- Inexistència de l'incompliment, atès l'acord entre el Servei de Salut de les Illes Balears i Urbia per a substituir determinades hores extraordinàries per la realització d'altres treballs.

— Inexistència de requeriment formal previ a Urbia per part del Servei de Salut de les Illes Balears per a la realització de les hores presumptament incomplides.

— Error en el còmput de les hores efectuat pel Servei de Salut de les Illes Balears.

Amb aquests arguments, la recurrent sol·licita que es declari nul·la la Resolució d'imposició de la penalitat i, subsidiàriament, que es recalculi l'import i es calculi sobre les hores efectivament no realitzades.

Així mateix, també sol·licita, com a mesura provisional, la suspensió de l'execució de la Resolució d'imposició de penalitats, d'acord amb el punt 3 de l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i amb la lletra a de l'apartat 2 de l'article 117 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPACAP), que fonamenta en els arguments següents:

— *Periculum in mora*. La penalitat imposada suposa un perjudici de molt difícil reparació, ja que en el cas que el recurs s'estimàs l'empresa ja hauria pagat i el recurs perdria es seu objecte. L'import resulta elevat sumat al de les penalitats ja imposades a l'empresa per diversos incompliments en un altre període del contracte, i a la situació creada pel Covid-19.

— *Fumus boni iuris*. Aquesta aparença de bon dret es desprèn dels arguments exposats en l'escrit de recurs.

— La suma de les penalitats imposades fins a les hores a l'empresa supera el 10% de l'import del contracte.

6. El 13 d'agost de 2020, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució per la qual s'imposa una penalitat a la contractista d'un import total de 18.510,00 euros per la no realització de les 5.000 hores extraordinàries anuals oferides en el contracte de serveis de manteniment general d'edificis i instal·lacions adscrits al sector sanitari de Llevant, per al període de juny 2019 a maig 2020.

Aquestes penalitats es faran efectives mitjançant deducció de les quantitats que en concepte de pagament total o parcial s'hagin d'abonar al contractista.

Aquesta Resolució es va notificar al contractista el 25 d'agost, segons manifesta el recurrent en l'escrit de recurs.

7. El 24 de setembre de 2020, el representant de l'empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, (en endavant, la recurrent) va presentar al registre de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució d'imposició de penalitats. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 28 de setembre.

La recurrent fonamenta el recurs en els arguments següents:

- Desproporció i imposició de penalitats contrària a la legislació de contractes per superar el 10% del preu del contracte.
- Extemporaneïtat i finalitat purament sancionadora de la penalitat imposada.
- Inexistència de l'incompliment, atès l'acord entre el Servei de Salut de les Illes Balears i Urbia per a substituir determinades hores extraordinàries per la realització d'altres treballs.
- Inexistència de requeriment formal previ a Urbia per part del Servei de Salut de les Illes Balears per a la realització de les hores presumptament incomplides.
- Error en el còmput de les hores efectuat pel Servei de Salut de les Illes Balears.

Amb aquests arguments, la recurrent sol·licita que es declari nul·la la Resolució d'imposició de la penalitat.

Així mateix, també sol·licita, com a mesura provisional, la suspensió de l'execució de la Resolució d'imposició de penalitats, d'acord amb el punt 3 de l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i amb la lletra a de l'apartat 2 de l'article 117 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPACAP), que fonamenta en els arguments següents:

— *Periculum in mora*. La penalitat imposada suposa un perjudici de molt difícil reparació, ja que en el cas que el recurs s'estimàs l'empresa ja hauria pagat i el recurs perdria es seu objecte. I el perjudici addicional per la situació creada pel Covid-19.

— *Fumus boni iuris*. Aquesta aparença de bon dret es desprèn dels arguments exposats en l'escrit de recurs.

— La suma de les penalitats imposades fins a les hores a l'empresa supera el 10% de l'import del contracte.

Fonaments de dret

1. Els actes objecte de recurs son dues resolucions per les quals s'imposen penalitats a la contractista per l'incompliment en l'execució d'un contracte de serveis, tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

Contra aquests actes es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (en endavant, LRJ-CAIB). La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

La competència de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa per resoldre el recurs especial en matèria de contractació comprèn també la facultat de suspendre l'execució de l'acte impugnat i, si n'és el cas, l'adopció de mesures cautelars. Aquesta facultat l'ostenta la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, per delegació de la Comissió Permanent, que es va acordar el 27 de setembre de 2019.

2. D'acord amb l'article 57 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, l'òrgan administratiu que iniciï o tramiti un procediment, independentment de quina hagi estat la forma de la seva iniciació, pot disposar, d'ofici o a instància de part, la seva acumulació a d'altres amb els quals guardi identitat substan-

cial o íntima connexió, sempre que sigui el mateix òrgan qui hagi de tramitar i resoldre el procediment.

2. Abans d'entrar a analitzar els motius en què la recurrent fonamenta les sol·licituds de suspensió, cal tenir en compte el règim jurídic que els és aplicable, així com el que té establert la jurisprudència pel que fa al cas.

A les sol·licituds de suspensió dels actes administratius en seu del recurs especial en matèria de contractació de l'article 66 de la LRJ-CAIB, no les és d'aplicació l'article 43 del TRLCSP —vigent en el moment en que es va iniciar l'expedient de contractació—, sinó el règim jurídic previst en l'article 117 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPAC), que disposa el següent:

1. La interposició de qualsevol recurs, excepte en els casos en què una disposició estableixi el contrari, no suspèn l'execució de l'acte impugnat.
2. No obstant el que disposa l'apartat anterior, l'òrgan a qui competeix resoldre el recurs, amb la ponderació prèvia, suficientment raonada, entre el perjudici que causaria a l'interès públic o a tercers la suspensió i l'ocasionat al recurrent com a conseqüència de l'eficàcia immediata de l'acte recorregut, pot suspendre, d'ofici o a sol·licitud del recurrent, l'execució de l'acte impugnat quan concorrin alguna de les circumstàncies següents:
 - a) Que l'execució pugui causar perjudicis de reparació impossible o difícil.
 - b) Que la impugnació es fonamenti en alguna de les causes de nul·litat de ple dret que preveu l'article 47.1 d'aquesta Llei.

Així, per regla general, els actes administratius són immediatament executius i només es podrà acordar la suspensió realitzant un anàlisi detallat de la concurrència dels requisits esmentats, d'acord amb la interpretació que en fa la Jurisprudència del Tribunal Suprem (en endavant, TS) de cada un d'ells:

— En relació amb els perjudicis de difícil o impossible reparació: el TS manté que tal consideració s'ha de prendre sobre la base de la justificació que ofereixi el recurrent en el moment de sol·licitar la suspensió. Per tant, el deure d'acreditar la concurrència de perjudicis de difícil o impossible reparació correspon al recurrent, i la mera al·legació, sense cap prova, no permet considerar provat que l'execució de l'acte impugnat li causi perjudicis ni que aquests siguin difícils o impossibles de reparar (entre d'altres, es poden esmentar les Sentències del TS de 27 de març de 2014, de 18 d'abril de 2016, de 30 de gener de 2008 o 20 de desembre de

2007). En aquesta darrera (RJ 1998/3216), el Tribunal Suprem és especialment clar al considerar el següent:

No basta, por otra parte, que la petición de suspensión vaya acompañada de una expresa manifestación de los perjuicios irreparables que pudieran irrogarse al recurrente caso de no acordarse, siendo necesario según reiterada doctrina de esta Sala que se aporte al menos un principio de prueba de la sobrevenida de tales perjuicios, o bien que la existencia de los mismos pueda deducirse de la naturaleza del acto impugnado, caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión.

Pel que fa a un possible perjudici econòmic, cal assenyalar que els actes de contingut econòmic no causen perjudicis que siguin difícils o impossibles de reparar.

Així ho ha manifestat el Tribunal Suprem, entre d'altres, en la Sentència de 16 de maig de 2000, en la qual manifesta que:

como ya tiene reiterado esta Sala, el contenido económico del acto administrativo, cuando éste no ostenta un carácter desorbitado, no puede reputarse perjuicio de difícil o imposible reparación, base necesaria e imprescindible para acordar la suspensión, porque la Administración es por su propia naturaleza y normal funcionamiento una entidad responsable y solvente en grado máximo, y por tanto, ante la posible existencia de perjuicios derivados de la ejecución inmediata del acto administrativo que posteriormente fuere anulado en vía jurisdiccional, no puede ofrecer ni ofrece dificultades la adecuada y fácil reparación de los mismos.

El Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears s'ha manifestat en el mateix sentit en les sentències de 10 de gener i de 5 de juny de 2012, entre d'altres.

A més, el Tribunal Suprem, en la Sentència de 31 d'octubre de 1995, va manifestar el següent:

Ciertamente, constituye doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala, que si bien el contenido económico del acto administrativo, no debe reputarse perjuicio de difícil reparación -base necesaria para acordar la suspensión- dada la solvencia y responsabilidad de la Administración, para la reparación del daño, si así fuese procedente, ello, desde luego, ha de referirse a contenidos económicos racionalmente moderados en relación con las circunstancias de cada caso, más si [mas sí] debe reputarse procedente la suspensión del acto impugnado si tales daños y perjuicios resultantes de la ejecución del acto impugnado son de muy considerable entidad, de modo que dificulte su posible resarcimiento y suponga un sacrificio económico de relevante y significativa magnitud para el obligado a su ejecución, en directa relación con el grado demandado por el interés público para su ejecución.

— En relació amb la concurrència d'una causa de nul·litat perquè es pugui adoptar la suspensió sol·licitada: el TS exigeix que la nul·litat sigui evident o manifesta, de tal manera que s'aprecii, almenys amb caràcter indiciari, que existeix una clara causa de nul·litat. En aquest sentit cal tenir en compte la Sentència del TS de 23 de març de 2001 (RJ 2001/3004), que va indicar que:

No resulta suficiente por último, en contra de lo que se alega, la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho de los acuerdos impugnados para que proceda acordar su suspensión cautelar. Esta Sala tiene declarado que la apariencia de buen Derecho sólo puede admitirse en casos en los que la pretensión del recurrente aparezca justificada en forma manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.

A més, en el moment d'analitzar la causa de nul·litat al·legada, s'ha de tenir en compte el criteri jurisprudencial restrictiu en l'apreciació de causes de nul·litat dels actes administratius en el moment de l'adopció de mesures cautelars, establert entre d'altres en la Sentència del TS d'11 de novembre de 2003 (RJ 2004/402), en el sentit següent:

La doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito»

En aquest sentit, cal esmentar la Sentència del TS de 18 de maig de 2004 (RJ 2004/4409), en la qual consta que:

[...] es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la que precisa que la pieza de suspensión o el incidente de medidas cautelares no es el cauce o momento procesal oportuno para resolver la cuestión de fondo, ni por tanto para hacer valoraciones que sean propias del fondo del asunto, pues ello sería tanto como desvirtuar su propia naturaleza y contenido, y el resolver la cuestión de fondo sin trámite de demanda, de prueba y de conclusiones, esto es, sin las garantías y trámites que al efecto ha establecido el Legislador.

— En relació amb la necessitat de ponderar els interessos concurrents: cal tenir en compte que perquè es pugui dur a terme tal ponderació, s'ha de partir de la base de l'existència d'una mínima activitat probatòria per part del recurrent, relativa al dany que li ocasionaria l'executivitat de l'acte o resolució administrativa objecte de recurs. Així ho exigeix el TS, per exemple, en la Sentència de 6 de març de 2006 (RJ 2006/1081):

La necesidad de ponderación de los intereses en juego requiere que la petición de suspensión haya ido acompañada de una mínima actividad probatoria sobre el perjuicio derivado de la ejecución.

3. En aquest cas concret, el recurrent al·lega que l'execució de les Resolucions impugnades li podria suposar un perjudici difícil o impossible de reparar, però no argumenta ni acredita quin és aquest possible perjudici.

Com hem dit abans, la mera al·legació, sense cap prova, no permet considerar provat que l'execució de l'acte impugnat li causi perjudicis ni que aquests siguin difícils o impossibles de reparar i, en tot cas, els actes de contingut econòmic no causen perjudicis que siguin difícils o impossibles de reparar.

Així, la càrrega de la prova recau sobre el recurrent, que és l'interessat a obtenir la suspensió.

Per tant, sense aquesta mínima activitat probatòria del recurrent no hi hauria res a ponderar, ja que no seria possible dur a terme un judici entre els interessos contraposats, públics, privats i de tercers, per ponderar i decantar-se pel que resulti més digne de protecció.

Tot i això, cal dir que l'òrgan de contractació, en l'informe jurídic de 14 d'octubre, relatiu al recurs RES 10-2020 i a la corresponent sol·licitud de suspensió, ha manifestat, entre d'altres, el següent:

En este caso, la totalidad de las penalizaciones no se pueden considerar desorbitadas en relación al precio total del contrato (145.243,85 € la totalidad de las penalizaciones y casi 1.200.000 € el precio del contrato) y, por tanto, no se puede considerar un perjuicio de difícil o imposible reparación por lo que no se cumple el requisito exigido en el artículo 117 [...].

[...]

Si se accede a la suspensión de la ejecución y se abonan a URBIA las facturas pendientes de pago y en un futuro no se pudiera hacer efectivo el cobro de las penalizaciones, esta situación supondría un perjuicio al interés público ya que se trata de fondos públicos. En este caso, el mismo artículo 117 establece que si se

concede la suspensió debe hacerse previa prestaci3n o garantía suficiente para responder de los perjuicios que se podrían provocar. Debo recordar que la garantía definitiva, que asciende a unos 57.000 €, no cubre la totalidad del importe de las penalizaciones impuestas hasta el momento, por lo que en el supuesto de que se concediera la suspensió de la ejecuci3n debe hacerse condicionada a la previa presentaci3n de garantía suficiente para cubrir la totalidad de las penalizaciones.

I en l'informe jurídic de 21 d'octubre relatiu al recurs RES 11-2020 i a la corresponent sol·licitud de suspensió, ha manifestat, entre d'altres, el següent:

En este caso, la totalidad de las penalizaciones no se pueden considerar desorbitadas en relación al precio total del contrato (163.753,85 € la totalidad de las penalizaciones y casi 1.200.000 € el precio del contrato) y, por tanto, no se puede considerar un perjuicio de difícil o imposible reparaci3n por lo que no se cumple el requisito exigido en el artículo 117 [...].

[...]

Si se accede a la suspensió de la ejecuci3n y se abonan a URBIA las facturas pendientes de pago y en un futuro no se pudiera hacer efectivo el cobro de las penalizaciones, esta situaci3n supondría un perjuicio al interés público ya que se trata de fondos públcos. En este caso, el mismo artículo 117 establece que si se concede la suspensió debe hacerse previa prestaci3n o garantía suficiente para responder de los perjuicios que se podrían provocar. Debo recordar que la garantía definitiva, que asciende a unos 57.000 €, no cubre la totalidad del importe de las penalizaciones impuestas hasta el momento, por lo que en el supuesto de que se concediera la suspensió de la ejecuci3n debe hacerse condicionada a la previa presentaci3n de garantía suficiente para cubrir la totalidad de las penalizaciones.

Per tot aix3, encara que l'empresa s'ofereix a aportar garantia en forma d'aval bancari que cobreixi la totalitat del deute, amb els interessos i les despeses prevists en la legislaci3n tributària, per tal d'assegurar la indemnitat de l'interès públic, s'ha de concloure que, atès que no s'acredita cap perjudici per al recurrent, no hi ha cap causa que fonamenti la suspensió de les Resolucions del director gerent del Servei de Salut de les Illes Balears, de 5 de maig i de 13 d'agost, per les quals s'imposen penalitats a l'empresa per la no realitzaci3n de les 5.000 hores extraordinàries anuals oferides en el contracte de serveis de manteniment general d'edificis i instal·lacions adscrits al sector sanitari de Llevant per al període de juny de 2018 a maig de 2019 i per la període de juny 2019 a maig 2020, que son, per tant, actes administratius immediatament executius.

Resolc

1. Acumular els recursos presentats el 5 de maig i el 23 d'agost de 2020 per l'empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, atesa la identitat substancial de les seves pretensions, i, per tant, acumular també les sol·licituds de suspensió.
2. Desestimar la sol·licitud de suspensió de l'execució de les Resolucions del director gerent del Servei de Salut de les Illes Balears, de 5 de maig i 13 d'agost, per les quals s'imposen penalitats a l'empresa per la no realització de les 5.000 hores extraordinàries anuals oferides en el contracte de serveis de manteniment general d'edificis i instal·lacions adscrits al sector sanitari de Llevant per al període de juny de 2018 a maig de 2019 i per la període de juny 2019 a maig 2020, atès que no s'acredita que se'n derivi cap perjudici per al recurrent.
3. Notificar aquesta Resolució a l'empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, i al Servei de Salut de les Illes Balears.

Interposició de recursos

Contra la desestimació de la sol·licitud de suspensió —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Contra l'acord d'acumulació no és procedent cap recurs.