



Exp. Junta Consultiva: RES 15/2020

Resolució de la sol·licitud de suspensió

Exp. d'origen: contracte d'obres per a l'ampliació del CEIP Sant Carles (Terme municipal Santa Eulària des Riu) exp. 024/2019

Òrgan de contractació: Institut Balear d'Infraestructures i Serveis Educatius i Culturals (IBISEC)

Recurrent: UTE Zima Desarrollos Pegiro

Resolució de la secretaria de la Junta Consultiva de Contractación Administrativa de 21 de enero de 2021

Atesa la sol·licitud de suspensió de l'execució de la Resolució del director gerent de l'Institut Balear d'Infraestructures i Serveis Educatius i Culturals (en endavant, IBISEC) per la qual s'imposen penalitats a l'UTE Zima Desarrollos Pegiro (en endavant, l'UTE) per retards en l'execució del contracte d'obres per a l'ampliació del CEIP Sant Carles, que l'UTE ha plantejat, en escrit a part i amb posterioritat a la presentació del recurs especial en matèria de contractació, la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa resol el següent:

Fets

1. El 10 de febrer de 2020, el director gerent de l'IBISEC i el representant de l'UTE van firmar el contracte d'obres per a l'ampliació del CEIP Sant Carles. La clàusula segona del contracte preveu, en relació amb el termini d'execució, el següent:

1. Conforme a los PCAP aplicables al contrato (letra D y cláusulas 8, 23 y 24, y concordantes), el plazo de ejecución es de 6 meses a contar desde el acta de comprobación del replanteo (ACR), con las particularidades indicadas en dichas cláusulas respecto del inicio efectivo de las obras. El cómputo del plazo de ejecución se inicia con el ACR en los términos del artículo 237 LCSP.
2. Las obras no podrán iniciarse de manera efectiva hasta que el contratista aporte al responsable del contrato la siguiente documentación:
[...]
3. El contratista está obligado a cumplir a su riesgo y ventura este plazo (obligación esencial del contrato conforme a la cláusula 27 PCAP). En caso de producirse demora en la ejecución del contrato se estará a lo dispuesto en la cláusula 8.1 de los PCAP. Cualquier modificación del plazo de ejecución deberá comportar la correspondiente modificación del Plan de Trabajo (cláusula 20.1 PCP), que deberá estar, en todo caso, actualizado y conforme a las circunstancias reales de la obra.

L'acta de comprovació del replanteig es va subscriure l'11 de març de 2020.

2. El 14 de març de 2020, mitjançant la Disposició addicional tercera del Reial decret 463/2020, de 14 de març, pel qual es declara l'estat d'alarma per a la gestió de la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19, van quedar suspesos els termes i terminis per a la tramitació dels procediments administratius.
3. El 2 de abril de 2020, el director gerent l'IBISEC va dictar la Resolució per la qual s'acorda la suspensió temporal de les obres, ateses les circumstàncies plantejades per la contractista, la qual, en compliment del que disposa el Reial Decret Llei 10/2020, de 29 de març, pel qual es regula un permís retribuït recuperable per a les persones treballadores per compte aliena que no presten serveis essencials, amb el fi de reduir la mobilitat de la població en el context de la lluita contra la COVID-19, i, atès que no es tracta d'una empresa dedicada a alguna de les activitats qualificades pel RDL com a essencials, s'havia vist obligada a atorgar un permís retribuït recuperable al seu personal fins al 9 d'abril.
4. El 14 d'abril de 2020, el director gerent de l'IBISEC va dictar la Resolució per la qual s'aixeca la suspensió total de les obres, per haver desaparegut la circumstància que l'havia motivat.
5. El 14 de setembre de 2020, l'empresa contractista va sol·licitar una ampliació —de 90 dies— del termini d'execució de les obres, donant com a nova data de finalització el 14 de desembre de 2020.
6. El 23 de maig de 2020, l'article 9 del Reial Decret 537/2020, de 22 de maig, pel que es prorroga l'estat d'alarma declarat pel Reial Decret 463/2020, de 14 de març, pel que es declara l'estat d'alarma per a la gestió de la situació de crisi sanitària ocasionada per la 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.»*
7. El 26 d'octubre de 2020, el director gerent de l'IBISEC va dictar la Resolució per la qual s'amplia el termini d'execució del contracte fins al 14 de desembre de 2020, i s'acorda iniciar un expedient d'imposició de penalitats al contractista —per import de 38.789,70 euros per 82 dies de retard imputables a l'empresa—, concedint, així mateix, a l'empresa el termini

previst en l'article 97 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques per formular al·legacions. La Resolució es va notificar a l'empresa aquest mateix dia.

8. El 5 de novembre de 2020, el representant de la contractista va sol·licitar una ampliació del termini per formular al·legacions, que es va inadmetre per haver-se sol·licitat fora de termini.
9. El 4 de novembre de 2020, el director gerent de l'IBISEC va dictar la Resolució per la qual s'imposa una penalitat al contractista per import de 38.789,70 euros per 82 dies de retard imputables a l'empresa, sens perjudici de la imposició de noves penalitats, o la resolució del contracte, en cas de produir-se noves demores. Aquesta Resolució es va notificar al contractista el 6 de novembre.
10. El 4 de desembre de 2020, el representant de l'UTE Zima Desarrollos Pegiro (en endavant, el recurrent) va presentar en el registre del Govern de les Illes Balears, dirigit a la Conselleria d'Educació, Universitat i Investigació, 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 22 de desembre.

El recurrent fonamenta el recurs en els arguments següents:

- La defectuosa notificació del tràmit d'audiència, al no haver expressat clarament el termini de què disposava l'UTE per presentar al·legacions.
- La manca de motivació de la Resolució per la qual s'imposa la penalitat, la qual simplement es remet a un informe.
- La improcedència de la sanció, per trobar-se justificat el retard per l'estat d'alarma, el tancament de fàbriques en s'estiu, les modificacions necessàries del projecte i els canvis de personal de l'obra.

Amb aquests arguments, el recurrent sol·licita que es declari nul·la la Resolució d'imposició de la penalitat i, subsidiàriament, que es retroreguin les actuacions al moment del tràmit d'al·legacions, tenint per correctament formulades les incorporades a l'escrit de recurs i amb la consegüent revisió de la sanció.

11. El 22 de desembre de 2020, el recurrent va presentar en el Registre del Govern de les Illes Balears, dirigit a la Conselleria d'Educació, Universitat i

Investigació, un escrit en el qual sol·licita la suspensió de l'execució de la Resolució impugnada.

El recurrent fonamenta la sol·licitud en els arguments següents:

— L'execució de la Resolució afecta a l'equilibri econòmic de l'execució del contracte, atesa l'elevada quantia de la sanció, que suposa un 33,58% de la certificació objecte de liquidació.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la resolució per la qual s'imposa una penalitat per incompliment d'un contracte d'obres, tramitat per l'IBISEC, que té caràcter d'administració pública.

Contra aquest acte 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. Atès que el recurrent sol·licita la suspensió de l'execució de la resolució que impugna mitjançant el recurs, abans d'entrar a analitzar els motius en què fonamenta la sol·licitud, cal tenir en compte el règim jurídic que li és aplicable i 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 els és d'aplicació l'article 49 de la LCSP—vigent en el moment en què 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:

— Si s'al·leguen 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 Justicia 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.

— I si s'al·lega 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 solo 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 tomada 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.

— Finalment, 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.

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.

3. Entrant ja en l'anàlisi dels motius en què la recurrent fonamenta la sol·licitud de suspensió de l'execució de la Resolució en virtut de la qual se'ls imposen penalitats per retard en el compliment del termini d'execució de les obres, cal assenyalar el següent:

La recurrent al·lega que, tractant-se d'una obra en curs, amb sumes pendents de facturar, amb modificacions executades i altres dificultats al·legades en l'escrit del recurs, relacionades especialment amb l'actual situació de pandèmia, l'execució de la Resolució de penalitats en aquest moment, mitjançant la incautació de 38.789,70 euros de l'última certificació emesa, afecta a l'equilibri econòmic de l'execució del contracte, atesa l'elevada quantia de la sanció, que suposa un 33,58% de la certificació objecte de liquidació.

La recurrent al·lega, en definitiva, motius econòmics; no obstant això, com ja s'ha exposat, la Jurisprudència del Tribunal Suprem no considera aquests motius com a perjudicis de difícil o impossible reparació als efectes de suspendre l'executivitat de l'acte administratiu dictat.

D'altra banda, atès que la càrrega de la prova d'altres possibles perjudicis recau sobre la recurrent, que és la interessada en obtenir la suspensió, sense que els hagi argumentat ni provat, cal afirmar que, en aquest cas, sense aquesta mínima activitat probatòria per la seva banda, no hi hauria res que ponderar i no és possible dur a terme un judici d'interessos contraposats, públics, privats i de tercers, per ponderar i inclinar-se pel que resulti més digne de protecció.

A més, tractant-se de la imposició de penalitats, que són immediatament executives, cal assenyalar que el règim legalment previst en l'article 194.2 LCSP per fer-les efectives és, en primera instància, el de la deducció de les quantitats que s'hagin d'abonar al contractista en concepte de pagament total o parcial, és a dir, amb càrrec a les certificacions d'obra en curs. Sols està prevista que es dedueixi de la garantia que, en tot cas, s'hagués constituït, quan no puguin deduir-se de les esmentades certificacions, la qual cosa tampoc concorre en el cas que ens ocupa.

Finalment, però sense entrar en el fons del recurs que serà resolt en el moment oportú, a la vista de l'expedient, no s'aprecia tampoc la concurrència de cap causa de nul·litat que sigui evident o manifesta.

Por tot això, no existeix cap causa que fonamenti la suspensió que sol·licita la recurrent, i per aquest motiu, la Resolució impugnada és un acte administratiu immediatament executiu.

Resolc

1. Desestimar la sol·licitud de suspensió de la Resolució del director gerent de l'IBISEC per la qual s'imposen penalitats a l'UTE per retards en l'execució del contracte.
2. Notificar aquesta Resolució a UTE Zima Desarrollos Pegiro i a l'Institut Balear d'Infraestructures i Serveis Educatius i Culturals.

Interposició de recursos

Contra aquesta Resolució —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.