



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

Exp. Junta Consultiva: RES 12/2015

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de concessió d'obres públiques per a la construcció, conservació i explotació del nou complex assistencial de Can Misses i un centre de salut que hi està vinculat

SSCC CA 151/09

Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: Gran Hospital Can Misses, SA

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 31 d'octubre de 2017 pel qual es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa Gran Hospital Can Misses, SA, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'imposa una penalitat al contractista per incompliment de l'obligació d'instal·lar el pagament amb targeta en els caixers automàtics dels aparcaments

Fets

1. El 15 de març de 2010, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears i els representants de Gran Hospital Can Misses, SA (en endavant, la concessionària) varen signar el contracte de concessió d'obres públiques per a la construcció, conservació i explotació del nou complex assistencial de Can Misses.
2. El 30 de juliol de 2014, el director d'explotació de la concessionària va presentar un escrit relatiu a la posada en marxa del servei d'aparcament en què manifestava, entre altres, que l'explotació comercial dels aparcaments P1 i P2 s'iniciaria el 4 d'agost, que l'explotació comercial de l'aparcament P4 s'iniciaria el 20 d'agost, i que l'aparcament P3 seria d'ús exclusiu per al personal autoritzat des del 4 d'agost.
3. El 4 d'agost de 2014, es va posar en funcionament el sistema de cobrament als aparcaments P1 i P2.



4. El 15 de setembre de 2014, el director general de la concessionària va sol·licitar al subdirector d'Infraestructures i Serveis Generals l'autorització per posar en funcionament el sistema de pagament de l'aparcament P4 el 17 d'octubre.
5. El 7 d'octubre de 2014, el responsable del seguiment de l'explotació del nou complex assistencial va emetre un informe en el qual proposava la imposició d'una penalitat de 6.000 euros a la concessionària per incompliment lleu del plec de prescripcions tècniques del contracte i de la seva oferta, atès que havia constatat que no funcionava el sistema de pagament amb targeta en els caixers automàtics dels aparcaments P1, P2 i P3.
6. El 10 d'octubre de 2014, el director d'explotació de la concessionària va sol·licitar que l'aparcament P4 s'obris el 13 d'octubre i va aportar un document denominat "Explotación comercial nuevo complejo asistencial Can Misses. Aparcamiento 4", en el qual s'afirma que l'aparcament disposa d'un caixer automàtic que permet el pagament del servei amb targetes de crèdit.
7. El 20 d'octubre de 2014, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va iniciar el procediment d'imposició d'una penalitat a la concessionària per incompliment de l'obligació d'instal·lar el pagament amb targeta als caixers automàtics dels aparcaments.
8. El 12 de novembre de 2014 (per error s'indica 2013), el subdirector d'Infraestructures i Serveis Generals va proposar la imposició d'una penalitat de 6.000 euros a la concessionària. La proposta es va notificar a la concessionària el 19 de novembre de 2014, amb la indicació que disposava de quinze dies per formular-hi les al·legacions i aportar la documentació que consideràs oportuna, i també per consultar l'expedient.
9. El 24 de novembre de 2014, el director gerent de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera va autoritzar l'activació del sistema de cobrament en la zona d'aparcament P4.
10. El 9 de desembre de 2014, la concessionària va presentar un escrit d'al·legacions en el qual manifestava que la manca de disponibilitat del servei de pagament amb targeta no li era imputable, atès que havia estat impossible aconseguir una connexió als sistemes d'informació de l'Hospital —als quals havia de tenir accés conforme al plec de clàusules administratives particulars—, motiu pel qual havia hagut de contractar una línia particular que no va quedar instal·lada fins el 27 d'octubre, i que, després d'efectuar les proves necessàries amb l'entitat bancària, el sistema de pagament amb targeta de crèdit va quedar operatiu el 3 de novembre.



11. El 29 de gener de 2015, el responsable del seguiment de l'exploració, amb el vistiplau del director de Gestió i Serveis Generals, va emetre un informe sobre les al·legacions presentades per la concessionària en el qual manifestava que el sistema de cobrament als aparcaments s'havia activat sense comprovar que el sistema de pagament amb targeta de crèdit funcionava correctament i que hi havia alternatives tècniques com la que finalment va triar la concessionària per solucionar la manca de connectivitat que es podia haver aplicat anteriorment, però que s'hi va recórrer el 27 d'octubre, més de dos mesos després de l'activació del sistema de cobrament, amb el consegüent perjudici per als usuaris que no disposaven d'efectiu per pagar, motiu pel qual considerava que s'havia de mantenir la imposició de la penalitat.

Aquest mateix dia, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució per la qual s'imposa una penalitat a la concessionària per incompliment de l'obligació d'instal·lar el pagament amb targeta en els caixers automàtics dels aparcaments. Aquesta Resolució es va notificar a la concessionària el 16 de febrer de 2015.

12. El 16 de març de 2015, el representant de la concessionària va interposar davant l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'imposa una penalitat a l'empresa Gran Hospital Can Misses, SA, per incompliment de l'obligació d'instal·lar el pagament amb targeta als caixers automàtics dels aparcaments. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva el 13 de maig de 2015.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual s'imposa una penalitat per l'incompliment d'un contracte de concessió d'obres públiques, tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

Atès que es tracta d'un acte no susceptible del recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 40 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), es pot interposar en contra el recurs administratiu que sigui procedent. Aquest recurs, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, és 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, i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.



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.

Atès que la tramitació de l'expedient de contractació es va iniciar l'any 2010, hi és aplicable la normativa vigent en aquell moment, en concret, la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), tot això d'acord amb la disposició transitòria primera del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, i la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.

2. El recurs especial que ha interposat la concessionària es fonamenta en el fet que, a parer seu, el retard en la prestació del servei de pagament amb targeta de crèdit no li és imputable, atès que l'accés a Internet que havia de proporcionar el Servei de Salut de les Illes Balears, que era necessari per prestar el servei, no va funcionar. Així, s'afirma que no hi ha culpa de la concessionària i sí un incompliment de l'òrgan de contractació.

A més, el recurrent al·lega la manca de motivació de la imposició de la penalitat, la manca de motivació de la concreta penalitat imposada i la manca de proporcionalitat de la penalitat.

Per tot això, el recurrent sol·licita que es declari nul·la la Resolució impugnada i, subsidiàriament, que es rebaixi la penalitat al grau mínim.

3. Les clàusules penals, previstes en l'article 1152 del Codi civil, són obligacions accessòries de l'obligació principal que sancionen l'incompliment o el compliment irregular d'una obligació.

Les clàusules penals també estaven previstes en l'LCSP, en l'apartat 4 de l'article 75, que preveia l'establiment de penalitzacions per incompliment de clàusules contractuals, i en l'article 196, que permetia a l'Administració imposar penalitats, d'acord amb les previsions específiques dels plecs, en els casos d'execució defectuosa de la prestació objecte del contracte o d'incompliment dels compromisos adquirits o de les condicions especials d'execució que s'haguessin establert en els plecs i en l'anunci de licitació. Pel que fa als incompliments del concessionari, l'article 235 preveia el següent:

1. Els plecs de clàusules administratives particulars han d'establir un catàleg d'incompliments de les obligacions del concessionari, distingint entre els de caràcter lleu i greu. Es consideren penalitzables l'incompliment total o parcial pel concessionari de les prohibicions establertes en aquesta Llei, l'omissió d'actuacions que siguin obligatòries de

conformitat amb aquesta i, en particular, l'incompliment dels terminis per a l'execució de les obres, la negligència en el compliment dels seus deures d'ús, policia i conservació de l'obra pública, la interrupció injustificada total o parcial de la seva utilització, i el cobrament a l'usuari de quantitats superiors a les legalment autoritzades.

2. L'òrgan de contractació pot imposar penalitats de caràcter econòmic, que s'han d'establir en els plecs de manera proporcional al tipus d'incompliment i a la importància econòmica de l'explotació. El límit màxim de les penalitats que s'han d'imposar no pot excedir el 10 per cent del pressupost total de l'obra durant la fase de construcció. Si la concessió està en fase d'explotació, el límit màxim de les penalitats anuals no pot excedir el 20 per cent dels ingressos obtinguts per l'explotació de l'obra pública durant l'any anterior.
[...]

A més, en aplicació del principi de llibertat de pactes, reconegut en l'article 25 de l'LCSP, el plec de clàusules administratives que defineix les obligacions del contractista pot incloure clàusules penals específiques i pròpies.

El Tribunal Suprem ha considerat en nombrosa jurisprudència que les clàusules penals incorporades a un contracte administratiu: *a)* responen al principi de llibertat de pactes tradicionalment reconegut en la normativa reguladora de la contractació administrativa; *b)* no constitueixen l'exercici de dret sancionador, sinó que es regeixen per les normes reguladores de les obligacions, i *c)* han d'establir-se de forma expressa i manifesta, de manera que no hi caben les presumpcions del seu establiment.

En conseqüència, encara que les penalitats no suposen la imposició d'una sanció ni, per tant, és predicable l'aplicació de principis propis del dret sancionador, de conformitat amb el principi de tipicitat és necessari que, prèviament a la imposició d'una penalitat, el supòsit de fet punible hagi estat previst en els plecs.

Si no fos així, l'Administració estaria imposant una penalitat *ad hoc*, que no seria ajustada a dret i ens trobaríem davant una violació del principi de seguretat jurídica dels ciutadans, perquè si bé és cert que les clàusules penals dins el contracte administratiu no són sancions en sentit estricte, la seva imposició no està exempta dels principis jurídics que han de regir l'ordenament, com són, entre d'altres, els principis de tipicitat, proporcionalitat, seguretat jurídica i transparència.

Cal recordar que la finalitat que l'Administració persegueix amb la imposició de penalitats és, essencialment, de caràcter coercitiu per garantir el compliment contractual i, per tant, les penalitats responen a un incompliment obligacional, de tal manera que s'emmarquen en els poders de direcció, inspecció i control de què disposa l'òrgan de contractació en garantia de l'interès públic.

Així, en la Sentència de 18 de maig de 2005 el Tribunal Suprem manifesta el següent:

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”.

Aquesta Sentència atorga a les penalitats una naturalesa essencialment coercitiva per estimular el compliment del contracte, però admet la seva finalitat compensatòria o indemnitzatòria, i afirma que, igual com en l'àmbit civil, substitueixen la indemnització per danys.

El Tribunal Suprem ha seguit aquest mateix criteri en altres sentències, com ara en la Sentència de 13 de febrer de 2012, i també l'Audiència Nacional, que, en la Sentència de 9 d'abril de 2014 manifesta el següent:

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 plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte de concessió d'obres públiques per a la construcció, conservació i explotació del nou complex assistencial de Can Misses conté, entre altres, les clàusules següents, que són d'interès per resoldre el recurs:

— Clàusula 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 electromédico 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.

[...]

— Clàusula 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.

— Clàusula 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.

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

[...]

- Servicio de aparcamiento

— Clàusula 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.

— Clàusula 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.

— Clàusula 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.

— Clàusula 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 plec de prescripcions tècniques que regeixen la concessió estableix, en la clàusula 7.1.4, les especificacions tècniques de la prestació del servei d'aparcament, i disposa el següent:

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.

L'oferta de la concessionària en relació amb l'explotació del servei d'aparcament estableix, en l'apartat 3.3.3, "Medios materiales", el següent:

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:

- Billetes de uno a cuatro valores faciales distintos dependiendo el modelo.
- 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 motiu d'impugnació es fonamenta en el fet que, a parer del recurrent, el retard en la prestació del servei de pagament amb targeta de crèdit no li és imputable, atès que l'accés a Internet que havia de proporcionar el Servei de Salut de les Illes Balears, que era necessari per prestar el servei, no va funcionar. Així, afirma que no hi ha culpa de la concessionària i sí un incompliment de l'òrgan de contractació.

El recurrent manifesta que no se li pot imposar la penalitat de forma automàtica, sinó que, en aplicació del principi de culpabilitat, el fet li hauria de ser imputable i no ho és perquè el Servei de Salut de les Illes Balears no li va facilitar la connexió a Internet necessària perquè el servei de pagament amb targeta de crèdit funcionàs, tal com es preveia en el plec de clàusules administratives particulars de la concessió.

S'ha de dir que la clàusula 1 del plec de clàusules administratives particulars estableix que s'exclou del contracte la dotació, el manteniment i l'actualització dels sistemes d'informació, però que, no obstant això, el concessionari tindrà dret a accedir als sistemes d'informació que resultin necessaris per al desenvolupament dels serveis no clínics objecte d'explotació en la forma que es descriu en el plec de prescripcions tècniques.

En aquest sentit, el plec de prescripcions tècniques, entre les especificacions tècniques de la prestació del servei d'aparcament, indica que la concessionària incorporarà al servei d'aparcament, entre altres mitjans materials, caixers de pagament, i no fa cap referència expressa a l'accés als sistemes d'informació per a la prestació d'aquest servei, com sí ho fa en relació amb la prestació dels serveis d'alimentació i de gestió d'arxius d'històries i documentació clínica.

Així doncs, s'observa que no és cert, com afirma el recurrent, que correspongués a l'Hospital proporcionar l'accés a Internet als caixers de l'aparcament.

Cal recordar que la concessionària indica en la seva oferta de mitjans materials que els caixers de pagament permeten el pagament automàtic del tiquet d'estacionament, bé mitjançant monedes i bitllets o mitjançant targeta de crèdit. Per tant, la mateixa concessionària va assumir amb la seva oferta l'obligació d'oferir el servei de pagament als caixers automàtics dels aparcaments mitjançant targeta de crèdit.

Atès tot això, s'ha de concloure que, contràriament al que afirma el recurrent, el plec de clàusules administratives particulars només estableix el dret a accedir als sistemes d'informació de l'Hospital que resultin necessaris per al desenvolupament dels serveis en la forma prevista en el plec de prescripcions tècniques, plec que, com s'ha posat de manifest, no preveia la forma de pagament als caixers de l'aparcament mitjançant targeta de crèdit ni preveia

l'accés als sistemes d'informació de l'Hospital perquè pogués funcionar aquest servei. Com ja hem dit, va ser la pròpia concessionària qui amb la presentació de la seva oferta es va obligar a instal·lar el sistema de pagament amb targeta de crèdit i, per tant, a habilitar els sistemes necessaris perquè pogués funcionar, assumint les despeses corresponents.

Finalment, pel que fa a les afirmacions del recurrent sobre la manca de culpa, cal recordar que, com ja s'ha dit abans, les penalitats no són sancions ni constitueixen una manifestació del dret sancionador entès com la potestat de l'Administració de castigar determinades conductes tipificades com a sancionables per la llei, sinó que la seva naturalesa respon a una concepció civil en la qual es predica el principi de la presumpció de culpa en el contractista que no compleix allò que va pactar o que incorre en algun defecte en el seu compliment.

Per tant, és suficient que la causa del retard en la instal·lació del pagament amb targeta als caixers automàtics dels aparcaments sigui imputable a la concessionària, com succeeix en el cas que ens ocupa, en què el responsable de seguiment de l'explotació va constatar que dos mesos després d'haver-se activat el sistema de cobrament per la utilització dels aparcament P1 i P2, el pagament amb targeta de crèdit no estava operatiu.

En conseqüència, s'ha produït un incompliment de les obligacions a què s'havia compromès la concessionària en la seva oferta —que té caràcter contractual— que, d'acord amb la clàusula 55.2 g del plec de clàusules administratives particulars, constitueix un incompliment lleu del contracte, motiu pel qual es va iniciar un procediment d'imposició de penalitats que s'ha tramitat conforme a la normativa aplicable.

Per tant, aquest motiu d'impugnació s'ha de desestimar.

6. El segon motiu d'impugnació fa referència a la manca de motivació de la imposició de la penalitat, a la manca de motivació de la concreta penalitat imposada i a la manca de proporcionalitat de la penalitat.

Quant a la motivació, l'article 89.3 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, disposava que les resolucions han de contenir la decisió, que ha de ser motivada en els casos que preveu l'article 54 del mateix text legal. En concret, la lletra f de l'apartat 1 d'aquest darrer article disposava que s'han de motivar, amb referència succinta de fets i fonaments de dret els actes que es dicten en l'exercici de potestats discrecionals, com també els que han de ser-ho en virtut d'una disposició legal o reglamentària expressa. L'apartat segon d'aquest article establia que la motivació dels actes que exhaureixin els procediments selectius i de concurrència competitiva s'ha de fer de conformitat amb el que

disposin les normes que regulin les convocatòries, i, en tot cas, han de quedar acreditats en el procediment els fonaments de la resolució que s'adopti.

El Tribunal Superior de Justícia de Madrid, en la Sentència de 31 d'octubre de 2006, fa referència a la doctrina jurisprudencial sobre la motivació i manifesta 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 (...).

Cal recordar que tant la jurisprudència del Tribunal Constitucional com la jurisprudència ordinària han admès la motivació per referència a informes que formen part de les actuacions, tant sigui de manera expressa (amb la incorporació formal del text de l'informe en el cos de la resolució), com, fins i tot, de manera presumpta, això és, en vista del contingut material de la resolució (motivació *in aliunde*). En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem de 22 de setembre de 2011 manifesta 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).

Quant als efectes de la manca de motivació dels actes administratius, el Tribunal Suprem, en la Sentència d'11 de febrer de 2011, manifesta 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.

I en diverses sentències de 3 de novembre de 1987, el Tribunal Suprem ha manifestat el següent:

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 [...].

D'acord amb la doctrina exposada, el requisit de motivació té per finalitat donar a conèixer a les persones interessades els motius en els quals l'Administració fonamenta els seus actes, de manera que els puguin rebatre si consideren que no s'ajusten a dret mitjançant la interposició d'un recurs degudament fonamentat. A més, aquesta motivació, que pot ser per referència a informes, no requereix de raonaments exhaustius i pormenoritzats, sinó que s'admet una motivació breu i concisa, sempre que sigui suficient perquè les persones interessades coneguin les raons que fonamenten les decisions de l'Administració.

En aquest cas, la Resolució objecte de recurs conté una referència expressa als fets i als fonaments de dret que justifiquen la decisió adoptada per l'Administració, i s'ha de considerar que la concessionària ha pogut conèixer els motius o les raons que fonamenten la decisió d'imposar-li la penalitat i, per tant, ha pogut rebatre'ls, motiu pel qual es pot afirmar que la Resolució no li ha produït indefensió.



Per tant, aquesta al·legació s'ha de desestimar.

Pel que fa a la manca de motivació de la concreta penalitat imposada i a la manca de proporcionalitat de la penalitat, el recurrent al·lega que va solucionar el problema amb el pagament amb targeta tan prest com va poder i que només es va demorar un mes en posar en marxa el sistema. A més, indica que no s'ha motivat la concreta penalitat imposada ni la seva graduació de conformitat amb l'apartat 2 de la clàusula 56 del plec de clàusules administratives particulars, que estableix que la graduació de la penalitat s'ha d'efectuar aplicant els criteris següents: (i) tipus d'incompliment; (ii) existència d'intencionalitat; (iii) naturalesa dels perjudicis causats; (iv) reincidència, per incórrer, en el termini d'un any, en més d'un incompliment i (v) el benefici obtingut pel beneficiari.

S'ha de dir que en l'expedient consta l'informe del responsable de seguiment de l'explotació sobre la inspecció física efectuada als aparcaments, en el qual va proposar la imposició d'una penalitat per un incompliment lleu per una quantia de 6.000 euros, de conformitat amb la clàusula 56 del plec.

Concretament, proposa la graduació de la penalitat de la forma següent:

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.

No obstant això, ni la proposta d'imposició de la penalitat que se li va notificar reproduïx aquesta informació, ni la Resolució impugnada conté cap argumentació o referència sobre com s'ha determinat la quantia concreta de la penalitat, més enllà d'indicar que l'incompliment de la concessionària és una infracció tipificada com a lleu i que li correspon una penalitat de 6.000 euros, ni tampoc consta que la concessionària hagi tingut accés a aquest



informe. Per tant, no ha pogut rebatre la graduació de la penalitat, motiu pel qual es pot afirmar que la Resolució li ha produït indefensió.

Quant al contingut l'informe, s'ha de dir que el tècnic, si bé aplica els criteris que s'han de tenir en compte per graduar les penalitats que estableix la clàusula 56.2 del plec, no explica de quina manera es valora la concurrència d'aquests criteris o com incideixen en el càlcul de la penalitat, sinó que sembla entendre que cada criteri equival a un percentatge de la quantia màxima que pot tenir la penalitat.

Pel que fa a les concretes manifestacions del tècnic, s'observa que considera que hi ha intencionalitat per part de la concessionària, quan el cert és que ha dut a terme diverses accions perquè el sistema de pagament amb targeta funcionàs, i, a més, pel que fa al benefici obtingut pel concessionari, no té en compte, com afirma el recurrent en l'escrit de recurs, que els usuaris podien utilitzar gratuïtament l'aparcament P4.

Per tant, aquestes al·legacions s'han d'estimar.

8. L'article 31 de la Llei 30/2007 disposava que:

A més dels casos en què la invalidesa derivi de la il·legalitat de les seves clàusules, els contractes de les administracions públiques i els contractes subjectes a regulació harmonitzada, inclosos els contractes subvencionats a què es refereix l'article 17, són invàlids quan ho sigui algun dels seus actes preparatoris o els d'adjudicació provisional o definitiva, pel fet que s'hi doni alguna de les causes de dret administratiu o de dret civil a què es refereixen els articles següents.

Després d'enumerar les causes de nul·litat en l'article 32, l'article 33 disposava que:

Són causes d'anul·labilitat de dret administratiu les altres infraccions de l'ordenament jurídic i, en especial, les de les regles que conté aquesta Llei, de conformitat amb l'article 63 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

En conseqüència, la Resolució per la qual s'imposa una penalitat a la concessionària per incompliment de l'obligació d'instal·lar el pagament amb targeta als caixers automàtics dels aparcaments no s'ajusta a dret, atès que la graduació de la penalitat manca de motivació, i, en conseqüència, ha produït indefensió a la concessionària. Per tant, aquesta Resolució està afectada per una causa d'invalidesa.

Per tot això, dict el següent

Acord



1. Estimar parcialment el recurs interposat per l'empresa Gran Hospital Can Misses, SA, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'imposa una penalitat al contractista per incompliment de l'obligació d'instal·lar el pagament amb targeta als caixers automàtics dels aparcaments, i, en conseqüència, anul·lar l'acte impugnat.
2. Ordenar retrotreure les actuacions administratives al moment de determinar la quantia de la penalitat.
3. Notificar aquest Acord a Gran Hospital Can Misses, SA, i al Servei de Salut de les Illes Balears.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhauereix 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.