



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

Exp. Junta Consultiva: RES 20/2015

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 desobeir les ordres de l'Administració en relació amb la col·locació de cartells a l'aparcament de l'Hospital

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 2 de juliol de 2013, el subdirector d'Infraestructures i Serveis Generals del Servei de Salut de les Illes Balears va trametre a la concessionària el Reglament de la Comissió Mixta de seguiment del contracte de concessió, aprovat per l'òrgan de contractació, que havia de regular les relacions entre l'Administració i la concessionària.
3. El 10 de juliol de 2014, el gerent de la concessionària, durant la sessió de la Comissió Mixta de seguiment del contracte va indicar, a requeriment del president, que la informació als usuaris sobre la posada en marxa del sistema

de pagament en els aparcaments es faria posant cartells, que es facilitarien a l'Administració perquè els aprovàs abans d'imprimir-los, i també mitjançant fulls informatius per col·locar als cotxes.

4. El 23 de juliol de 2014, el director d'exploració de la concessionària va presentar al subdirector d'Infraestructures i Serveis Generals del Servei de Salut de les Illes Balears una proposta per posar en marxa l'exploració del servei d'aparcament a la qual adjuntava un annex que incloïa els cartells que tenia previst col·locar, i va sol·licitar l'aprovació de la proposta. Aquesta proposta contenia accions, com ara la col·locació de cartells, que s'havien de dur a terme aquest mateix dia i els dies següents.
5. El 25 de juliol de 2014, el responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera va adreçar un escrit al gerent de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera en el qual li explicava que, malgrat la decisió adoptada entre la concessionària i la gerència de consensuar amb el Servei de Comunicació tot allò referent a la informació relativa al servei d'aparcament, i malgrat haver intentat mantenir una reunió de planificació amb la concessionària, aquesta li havia tramès la proposta de cartelleria per a la zona d'aparcaments per correu electrònic, sense indicar la data en què es col·locarien els cartells. Afirmava que els cartells que s'havien col·locat el dia anterior induïen a error i que, després de rebre l'ordre de retirar-los, la concessionària els va mantenir instal·lats durant tot el dia, i que, a més, el mateix dia 25 la concessionària va tornar a col·locar cartells nous, que no havien estat aprovats, en zones errònies i amb informació no autoritzada.
6. El 28 de juliol de 2014, el responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera va adreçar un escrit al gerent de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera en el qual li comunicava que a dos diaris d'Eivissa es publicava informació errònia sobre els aparcaments de l'Hospital Can Misses, basada en els cartells que la concessionària havia col·locat sense l'aprovació prèvia del Servei de Comunicació.
7. El 29 de juliol de 2014, el director de Gestió i Serveis Generals de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera va trametre al subdirector d'Infraestructures i Serveis Generals del Servei de Salut de les Illes Balears l'informe del responsable del seguiment de l'exploració de la concessió en el qual proposava a l'òrgan de contractació incoar un procediment d'imposició de penalitats a la concessionària, atès que el 25 de juliol la concessionària havia col·locat uns cartells informatius sobre el servei d'aparcament sense el vistiplau previ del responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera i sense l'autorització de l'Administració per col·locar-los, i, a més, es desconeixia el contingut de la informació que els operaris que la concessionària havia situat a les entrades dels aparcaments donaven als usuaris. El responsable de seguiment manifestava que com a conseqüència



d'aquesta actuació unilateral es va donar informació contradictòria, es va col·lapsar l'entrada als aparcaments i es va perjudicar greument la imatge de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera.

8. El 5 de setembre de 2014, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució per la qual s'aproven les propostes de la Comissió Mixta de seguiment relatives als acords adoptats el 10 de juliol de 2014, entre els quals hi ha l'acord relatiu al fet que la informació als usuaris sobre la posada en marxa del sistema de pagament als aparcaments es farà posant cartells, que s'han de facilitar a l'Administració perquè els aprovi abans d'imprimir-los, i també mitjançant fulls informatius per col·locar als cotxes. Aquesta Resolució es va notificar a la concessionària el 16 de desembre de 2014.
9. L'11 de setembre de 2014, el responsable de seguiment de l'explotació, amb el vistiplau del director de Gestió i Serveis Generals de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera, va emetre un informe en el qual feia constar que la concessionària havia presentat la documentació que contenia la descripció i la ubicació dels cartells el dia anterior a col·locar-los, la qual cosa no va permetre un marge temporal mínim per revisar-los, i, per tant, els cartells varen ser impresos i col·locats per la concessionària de forma unilateral, sense comptar amb l'autorització preceptiva de l'Administració.

Així mateix, va adjuntar a l'informe diferents publicacions en premsa amb informació errònia sobre el servei d'aparcament l'origen de la qual era la informació dels cartells que havia col·locat la concessionària, i diversos correus electrònics i escrits del responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera dels quals, a parer seu, es podia deduir que la concessionària no va atendre les sol·licituds de modificació dels cartells que havia demanat el responsable de Comunicació.

Finalment, va afirmar que l'actuació de la concessionària havia tingut com a conseqüència un dany a la imatge de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera i va proposar la imposició d'una penalitat a la concessionària per un import de 12.001 euros per considerar que els fets descrits constituïen un incompliment greu del contracte.

10. El 30 de gener de 2015, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va aprovar iniciar el procediment d'imposició de penalitats a la concessionària per desobeir les ordres de l'Administració en relació amb la col·locació de cartells a l'aparcament de l'Hospital.
11. El 17 de febrer de 2015, la instructora del procediment va elaborar el plec de càrrecs en el qual, d'acord amb el que estableix l'apartat *b* de la clàusula 56.1 del plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte,

proposava la imposició d'una penalitat a la concessionària per un import de 12.001 euros. Aquest plec de càrrecs es va notificar a la concessionària el 5 de març de 2015, amb la indicació que disposava d'un termini de 15 dies hàbils per formular-hi al·legacions.

12. El 23 de març de 2015, el representant de la concessionària va presentar un escrit d'al·legacions al plec de càrrecs en el qual manifestava que totes les actuacions relatives als cartells s'havien consensuat amb el responsable de senyalística de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera i que la concessionària no havia desobeït cap ordre, atès que no se li havia donat cap ordre, i va sol·licitar l'arxiu de l'expedient.
13. El 22 d'abril de 2015, el responsable del seguiment de l'explotació va emetre un informe sobre les al·legacions de la concessionària al plec de càrrecs, en el qual indicava que la concessionària havia col·locat els cartells sense l'aprovació prèvia del responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera i, en conseqüència, proposava no acceptar les al·legacions formulades per la concessionària.
14. El 4 de maig de 2015, el subdirector d'Infraestructures i Serveis Generals va trametre a la concessionària la proposta de la instructora de l'expedient d'imposició d'una penalitat per un import de 12.001 euros per desobeir les ordres de l'Administració en relació amb la col·locació de cartells a l'aparcament, amb la indicació que disposava de 10 dies per formular-hi al·legacions. La concessionària va rebre la proposta el 12 de maig de 2015,.
15. El 22 de maig de 2015, el representant de la concessionària va presentar un escrit d'al·legacions a la proposta en el qual reiterava que la concessionària no va desobeir les ordres de l'Administració, sinó que va efectuar totes les correccions en els cartells que va indicar el responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera, el qual va donar el seu consentiment verbalment, i sol·licitava l'arxiu de l'expedient o, subsidiàriament, la revisió de l'import de la penalitat.
16. El 6 de juliol de 2015, el responsable del seguiment de l'explotació va emetre un informe sobre les al·legacions de la concessionària en el qual manifestava que no hi va haver consentiment verbal, atès que el responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera va manifestar expressament que els cartells eren erronis i que s'havien col·locat sense la seva autorització; que malgrat que el responsable de Comunicació va comunicar a la concessionària que la mida dels logotips de determinats cartells no era correcta, no es varen corregir, i que de la documentació que hi ha a l'expedient resulta que la concessionària havia instal·lat els cartells informatius sense comptar amb l'aprovació del responsable de Comunicació

de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera, i va proposar la no acceptació de les al·legacions formulades per la concessionària.

17. El 17 de juliol de 2015, 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 desobeir les ordres de l'Administració en relació amb la col·locació de cartells a l'aparcament de l'Hospital. Aquesta Resolució es va notificar a la concessionària el 30 de juliol de 2015.
18. El 7 d'agost de 2015, el representant de la concessionària va interposar davant el Servei de Salut de les Illes Balears un recurs especial en matèria de contractació contra aquesta Resolució, i va sol·licitar, com a mesura provisional, la suspensió de l'execució de la Resolució, atès que li podria suposar un perjudici difícil o impossible de reparar i que hi concorren les causes de nul·litat que preveuen les lletres *a* i *f* de l'article 62.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú. El recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 13 d'agost de 2015.
19. El 31 d'agost de 2015, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa va adoptar l'Acord pel qual es denegava la suspensió de l'execució de la Resolució objecte del recurs, atès que no s'havia acreditat que se'n derivàs cap perjudici per al recurrent.

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 de les Illes Balears, 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 les al·legacions següents:

— La caducitat del procediment d'imposició de la penalitat, atès que la tramitació de l'expedient ha excedit el termini de tres mesos que preveuen els articles 42.3 i 44.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, per dictar i notificar les resolucions expresses dels procediments.

— La infracció del principi de tipicitat. A parer del recurrent, la concessionària no va desobeir cap ordre, atès que l'Administració no li'n va donar cap i, a més, afirma que totes les decisions adoptades en relació amb els cartells havien estat consensuades verbalment amb el responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera, per la qual cosa la seva conducta no es pot considerar constitutiva de la infracció greu de desobediència que preveu el plec de clàusules administratives particulars del contracte.

— La manca de motivació de la imposició de la penalitat i la manca de proporcionalitat de la penalitat.

Per tot això, el recurrent sol·licita que s'arxivi l'expedient, atès que, a parer seu, el procediment ha caducat, i, subsidiàriament, que s'anul·li la Resolució impugnada o que es redueixi l'import de la penalitat que se li ha imposat.

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, entendiendo 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 mediere 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 el centro de salud de Sant Josep vinculado 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 del centro de salud de Sant Josep objeto del presente contrato, descritos en la cláusula 46.3 del presente Pliego.
[...]

— Clàusula 31.11, "Imagen corporativa":

El concesionario está obligado a adecuarse a las normas de imagen corporativa y de cualquier otro tipo establecidas, o que eventualmente se establezcan, por la Administración en la prestación de los servicios y en el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato.

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

[...]

- Servicio de aparcamiento
[...]

— Clàusula 47, "Relaciones entre la Administración y la sociedad concesionaria; órganos de control":

1. Se constituirá una Comisión Mixta de Seguimiento, en la que estarán representados la Administración y el concesionario, que se reunirá de forma periódica durante todo el plazo de vigencia del contrato de concesión.

2. La composición y normas de funcionamiento de dicha comisión se recogerán en su reglamento que será aprobado por la Administración y, además de sus funciones de coordinación e información, llevará a cabo la propuesta de resolución de los conflictos surgidos entre las partes, que resolverá el Director General del Servicio de Salud.

3. Corresponderá a la Comisión Mixta de Seguimiento:

- a) Intervenir en la elaboración de las propuestas cuya adopción implique una modificación de los términos del contrato, en especial, aquellas que puedan incidir en las especificaciones técnicas relativas a la forma de prestación de los servicios no clínicos por parte del concesionario.
- b) Supervisar la ejecución ordinaria de la prestación de servicios por parte del concesionario.
- c) Proponer la adopción de medidas a la vista de los resultados obtenidos por el concesionario en el desempeño de los servicios.

4. La Comisión Mixta de Seguimiento sólo tendrá poderes para hacer recomendaciones a las partes.
[...]

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

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

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

— Cláusula 55, “Graduación de los incumplimientos”:

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

55.1 Incumplimientos graves

Constituyen incumplimientos graves:
[...]

3) En la explotación de las nuevas infraestructuras sanitarias.
[...]

e) Obstrucción de las tareas de inspección general y fiscalización de la explotación de la infraestructura y la desobediencia a las órdenes impartidas por la Administración.

— Clàusula 56, “Imposición de las 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.
 - b) Los incumplimientos graves serán sancionados con multa de entre 12.001 a 100.000 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.

L'article 7 del Reglament de la Comissió Mixta de seguiment del contracte disposa que la Comissió formularà les recomanacions i/o propostes de resolució de comú acord i que les elevarà al director general del Servei de Salut perquè les aprovi.

L'article 8 d'aquest Reglament estableix que s'ha d'aixecar acta de les resolucions de la Comissió i que, una vegada elaborada, s'ha de remetre a cada membre perquè en el termini de cinc dies naturals efectuïn les al·legacions que considerin oportunes, i que si no les formulen, l'acta esdevé definitiva.

5. El primer motiu d'impugnació es fonamenta en la caducitat del procediment d'imposició de la penalitat, atès que quan es va notificar la Resolució impugnada ja havia transcorregut el termini de tres mesos que estableix l'apartat 3 de l'article 42 de la Llei 30/1992 per notificar la resolució expressa dels procediments.

El recurrent considera que, a falta de previsió expressa en l'LCSP sobre els efectes del venciment del termini màxim per dictar la resolució en els procediments d'imposició de penalitats, és aplicable supletòriament l'article 44.2 de la Llei 30/1992, que fa referència a la caducitat dels procediments.

L'article 42 de la Llei 30/1992 disposava que l'Administració està obligada a dictar resolució expressa en tots els procediments i a notificar-la sigui quina sigui la seva forma d'iniciació, i l'article 44 establia que en els procediments iniciats d'ofici susceptibles de produir efectes desfavorables o de gravamen, el venciment del termini màxim establert sense que s'hagi dictat i notificat la

resolució expressa té com a efecte la caducitat del procediment. En l'àmbit de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, la Llei 3/2003 estableix que quan les normes reguladores dels procediments no fixin el termini màxim per dictar i notificar la resolució expressa, aquest termini és de sis mesos.

D'acord amb aquesta normativa, el termini màxim per resoldre el procediment per imposar una penalitat a causa de l'incompliment del contracte és de sis mesos. El còmput d'aquest termini s'inicia en el moment en què s'acorda l'inici del procediment i acaba quan es notifica la resolució a l'interessat.

Per tant, atès que el procediment es va iniciar el 30 de gener de 2015 i la Resolució per la qual es resol el procediment es va notificar a l'interessat el 30 de juliol de 2015, no se n'ha produït la caducitat.

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

6. El segon motiu d'impugnació es fonamenta en la infracció del principi de tipicitat.

El recurrent considera que els fets que se li imputen i que han donat lloc a la imposició de la penalitat a la concessionària no es poden considerar constitutius de la desobediència a les ordres impartides per l'Administració tipificada en el plec de clàusules administratives particulars de la concessió com a incompliment greu.

A parer seu, la concessionària no va rebre —i, per tant, no va desobeir— cap ordre clara i terminant de l'Administració i, a més, no va adoptar cap actitud d'oposició al compliment, sinó que va consensuar verbalment el disseny dels cartells amb el Servei de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera.

S'ha de dir que en el cas que ens ocupa hi ha un compromís o un pacte adoptat en el si de la Comissió Mixta de seguiment del contracte que, segons el Servei de Salut de les Illes Balears, s'ha incomplert.

Segons consta en l'acta de la Comissió Mixta de 10 de juliol de 2014 va ser el gerent de la concessionària qui, a requeriment del gerent de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera i president de la Comissió, va explicar que la informació als usuaris sobre la posada en marxa dels aparcaments es faria mitjançant cartells que es facilitarien a l'Administració perquè els aprovés abans d'imprimir-los, i també mitjançant fulls informatius per col·locar als cotxes.

Per tant, la concessionària havia de seguir les indicacions del personal de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera a l'hora dissenyar i elaborar els cartells, i

no podia ni encomanar-ne la fabricació o la impressió ni, per tant, instal·lar-los fins que no rebés el vistiplau o l'aprovació dels responsables de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera.

En l'expedient consten diversos informes o escrits, tant del responsable de Comunicació com del responsable de seguiment de l'explotació, en els quals s'indica que els cartells es varen instal·lar sense haver estat aprovats i que, fins i tot, no es varen retirar de manera immediata quan es va donar l'ordre de retirar-los perquè induïen a error.

El recurrent al·lega en l'escrit de recurs que el contingut dels cartells es va consensuar amb el responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera i que no se li va donar cap ordre en relació amb els cartells. No obstant això, dels missatges electrònics que la concessionària va adjuntar a l'escrit d'al·legacions al plec de càrrecs s'infereix una altra cosa. En aquests correus, la concessionària reconeix expressament que l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera ha de supervisar i aprovar els cartells; que el responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut va comunicar alguns aspectes que s'havien de corregir; que es varen fer les correccions indicades, llevat de les relatives a la mida dels logotips, i que la proposta final de cartelleria que va presentar la concessionària no comptava amb el vistiplau del responsable de Comunicació.

Així doncs, s'observa que la concessionària va anar incorporant a la proposta inicial de cartelleria les indicacions que el responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera li anava comunicant, llevat de les indicacions relatives a la mida del logotip.

Tot i que els missatges electrònics no contenen una ordre en sentit literal, s'ha d'interpretar el missatge en el seu context i entendre que per obtenir l'aprovació de l'Administració la concessionària havia d'augmentar la mida dels logotips d'uns cartells concrets.

No consta que la concessionària ho fes, atès que en la proposta de cartelleria que va presentar el dia 23 de juliol s'observa que la mida dels logotips era la mateixa que la de la proposta que havia presentat el dia anterior. Per tant, queda clar que la concessionària va instal·lar els cartells el dia següent a la presentació de la proposta sense esperar l'aprovació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera.

La concessionària no ha desvirtuat aquests fets. El recurrent es limita a afirmar reiteradament que hi havia un consentiment verbal i que el contingut dels cartells es va consensuar, però en l'expedient no hi ha cap document ni cap prova de la qual se'n derivi que la concessionària havia rebut la conformitat del responsable de Comunicació de l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera en relació amb el contingut i disseny dels cartells abans d'imprimir-los i

d'instal·lar-los erròniament, ni tampoc no n'aporta cap amb l'escrit de recurs. Sembla que el recurrent identifica *supervisió* amb *aprovació*, i, tot i que, efectivament, el responsable de Comunicació va supervisar els cartells, d'aquesta supervisió no se'n deriva automàticament l'aprovació, sinó més bé una indicació a la concessionària que havia de modificar els cartells.

S'ha de dir que les sentències de tribunals superiors de justícia que esmenta el recurrent en l'escrit de recurs, relatives als elements que han de concórrer per determinar quan s'ha desobeït una ordre, fan referència a la infracció disciplinària de desobediència en cossos policials, que està tipificada en disposicions de rang legal. En el cas que ens ocupa, l'Administració no exerceix la potestat disciplinària i, per tant, no li són aplicables les sentències esmentades.

Així doncs, com hem vist, la clàusula 55.1 del plec de clàusules administratives particulars preveu, com a incompliment greu, la desobediència a les ordres de l'Administració, i en aquest cas s'ha dut a terme la instal·lació de cartells sense comptar amb l'aprovació de l'Administració ni el seu consentiment i sense fer tots els canvis que el tècnic havia demanat.

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

7. El tercer motiu d'impugnació es fonamenta en la manca de motivació de la imposició de la penalitat i 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 disposa 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 estableix 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.

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 reproduïx el contingut, no tan sols dels informes del responsable del seguiment de l'explotació que varen motivar l'inici del procediment d'imposició de penalitats, sinó també de les alegacions que la concessionària va fer al plec de càrrecs de l'instructora del procediment i sengles escrits de resposta de l'instructora i del responsable de seguiment de l'explotació en què proposaven no acceptar-les.

Per tant, som davant un cas de motivació *in aliunde* en què la Resolució impugnada conté una referència expressa als fets i als fonaments de dret que justifiquen la decisió adoptada per l'Administració i, en conseqüència, s'ha de considerar que la concessionària ha pogut conèixer els motius o les raons que fonamenten la decisió d'imposar-li una penalitat i ha pogut rebatre'ls, motiu pel qual es pot afirmar que la Resolució no li ha produït indefensió.

A més, el recurrent també considera que se li ha imposat la penalitat en el grau més alt sense justificar el motiu d'aquesta graduació amb cap prova o informe.

S'ha de dir que la clàusula 55.1 del plec de clàusules administratives particulars del contracte tipifica la desobediència a les ordres de l'Administració com a incompliment greu, i que la clàusula 56.1 estableix que els incompliments greus s'han de sancionar amb una multa d'entre 12.001 a 100.000 euros. Per tant, atès que la penalitat que s'ha imposat és de 12.001

euros, i, per tant, és la mínima que es preveu per a un incompliment greu, l'al·legació del recurrent manca de sentit.

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

8. Un cop examinat el contingut del recurs, els documents que hi ha a l'expedient i la Resolució impugnada, no consta que l'òrgan de contractació hagi actuat de manera arbitrària, ni s'adverteix que els plecs o la normativa específica hagin estat vulnerats en cap aspecte.

En conseqüència, no s'aprecia la concurrència de cap vici que pugui determinar la nul·litat de ple dret o l'anul·labilitat de la Resolució objecte del recurs.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Desestimar 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 desobeir les ordres de l'Administració en relació amb la col·locació de cartells a l'aparcament de l'Hospital, i, en conseqüència, confirmar l'acte impugnat.
2. 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 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.