



Exp. Junta Consultiva: RES 10 i 11/2020

Resolución de las solicitudes de suspensión

Exp. de origen: contrato de servicios de mantenimiento general de edificios e instalaciones adscritos al sector sanitario de Levante

SSCC PA 66/2015 NCASE 20386/2015

Órgano de contratación: Servicio de Salud de las Illes Balears

Recurrente: Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA

Resolución de la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 23 de octubre de 2020

Dadas las solicitudes de suspensión de la ejecución de las Resoluciones del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears, de 5 de mayo y de 13 de agosto, por las que se imponen penalidades a la empresa por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofrecidas en el contrato de servicios de mantenimiento general de edificios e instalaciones adscritos al sector sanitario de Levante para el período de junio de 2018 a mayo de 2019 y para el periodo de junio de 2019 a mayo de 2020, respectivamente, que la empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, ha planteado en los recursos especiales en materia de contratación que ha interpuesto, la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa resuelve lo siguiente:

Hechos

1. El 22 de mayo de 2017, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears y el representante de la empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, (en adelante, la contratista o la recurrente) formalizaron el contrato de servicios de mantenimiento general de edificios e instalaciones adscritos al sector sanitario de Levante.
2. El 14 de marzo de 2020, mediante la Disposición Adicional Tercera del *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, quedaron suspendidos los términos y plazos para la tramitación de procedimientos administrativos, entre otros, del recurso interpuesto.

3. El 5 de mayo de 2020, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears dictó la Resolución por la que se impone una penalidad a la contratista de un importe total de 40.102,50 euros por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofrecidas en el contrato de servicios de mantenimiento general de edificios e instalaciones adscritos al sector sanitario de Levante, para el periodo de junio de 2018 a mayo de 2019.

Esta penalidad se hará efectiva mediante deducción de las cantidades que en concepto de pago total o parcial tengan que abonarse al contratista.

Esta Resolución se notificó al contratista el 7 de mayo.

4. El 23 de mayo de 2020, el artículo 9 del *Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, dispuso que «*Con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas.*»
5. El 5 de junio de 2020, el representante de la empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, (en adelante, la recurrente) presentó en el registro de la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de imposición de penalidades. Este recurso se recibió en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 8 de junio.

La recurrente fundamenta el recurso en los siguientes argumentos:

- Desproporción e imposición de penalidades contraria a la legislación de contratos por superar el 10% del precio del contrato.
- Extemporaneidad y finalidad puramente sancionadora de la penalidad impuesta.
- Inexistencia del incumplimiento, dado el acuerdo entre el Servicio de Salud de las Illes Balears y Urbia para sustituir determinadas horas extraordinarias por la realización de otros trabajos.

— Inexistencia del requerimiento formal previo a Urbia por parte del Servicio de Salud de las Illes Balears para la realización de las horas presuntamente incumplidas.

— Error en el cómputo de las horas efectuado por el Servicio de Salud de las Illes Balears.

Con estos argumentos, la recurrente solicita que se declare nula la Resolución de imposición de la penalidad y, subsidiariamente, que se recalculen el importe y se calcule sobre las horas efectivamente no realizadas.

Asimismo, también solicita, como medida provisional, la suspensión de la ejecución de la Resolución de imposición de penalidades, de acuerdo con el punto 3 del artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y con la letra *a* del apartado 2 del artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), que fundamenta en los siguientes argumentos:

— *Periculum in mora*. La penalidad impuesta supone un perjuicio de muy difícil reparación, ya que en el caso de que el recurso se estimase la empresa ya habría pagado y el recurso perdería su objeto. El importe resulta elevado sumado al de las penalidades ya impuestas a la empresa por diversos incumplimientos en otro periodo del contrato y a la situación creada por el Covid-19.

— *Fumus boni iuris*. Esta apariencia de buen derecho se desprende de los argumentos expuestos en el escrito de recurso.

— La suma de las penalidades impuestas hasta el momento a la empresa superan el 10% del importe del contrato.

6. El 13 de agosto de 2020, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears dictó la Resolución por la que se impone una penalidad a la contratista de un importe total de 18.510,00 euros por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofrecidas en el contrato de servicios de mantenimiento general de edificios e instalaciones adscritos al sector sanitario de Levante, para el periodo de junio de 2019 a mayo de 2020.

Esta penalidad se hará efectiva mediante deducción de las cantidades que en concepto de pago total o parcial tengan que abonarse al contratista.

Esta Resolución se notificó al contratista el 25 de agosto, según manifiesta el recurrente en el escrito de recurso.

7. El 24 de setiembre de 2020, el representante de la empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, (en adelante, la recurrente) presentó en el registro de la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de imposición de penalidades. Este recurso se recibió en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 28 de setiembre.

La recurrente fundamenta el recurso en los siguientes argumentos:

- Desproporción e imposición de penalidades contraria a la legislación de contratos por superar el 10% del precio del contrato.
- Extemporaneidad y finalidad puramente sancionadora de la penalidad impuesta.
- Inexistencia del incumplimiento, dado el acuerdo entre el Servicio de Salud de las Illes Balears y Urbia para sustituir determinadas horas extraordinarias por la realización de otros trabajos.
- Inexistencia de requerimiento formal previo a Urbia por parte del Servicio de Salud de las Illes Balears para la realización de las horas presuntamente incumplidas.
- Error en el cómputo de las horas efectuado por el Servicio de Salud de las Illes Balears.

Con estos argumentos, la recurrente solicita que se declare nula la Resolución de imposición de la penalidad.

Asimismo, también solicita, como medida provisional, la suspensión de la ejecución de la Resolución de imposición de penalidades, de acuerdo con el punto 3 del artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y con la letra *a* del apartado 2 del artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las

administraciones públicas (en adelante, LPACAP), que fundamenta en los siguientes argumentos:

— *Periculum in mora*. La penalidad impuesta supone un perjuicio de muy difícil reparación, ya que en caso de que el recurso se estimase la empresa ya habría pagado y el recurso perdería su objeto. Y el perjuicio adicional por la situación creada por el Covid-19.

— *Fumus boni iuris*. Esta apariencia de buen derecho se desprende de los argumentos expuestos en el escrito de recurso.

— La suma de las penalidades impuestas hasta el momento supera el 10% del importe del contrato.

Fundamentos de derecho

1. Los actos objeto de recurso son dos resoluciones por las que se imponen penalidades a la contratista por el incumplimiento en la ejecución de un contrato de servicios, tramitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

Contra estos actos puede interponerse el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante, LRJ-CAIB). La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

La competencia de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para resolver el recurso especial en materia de contratación comprende también la facultad de suspender la ejecución del acto impugnado y, en su caso, la adopción de medidas cautelares. Esta facultad la ostenta la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por delegación de la Comisión Permanente, que se acordó el 27 de setiembre de 2019.

2. De acuerdo con el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas, el

órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.

3. Antes de entrar a analizar los motivos en los que la recurrente fundamenta las solicitudes de suspensión, hay que tener en cuenta el régimen jurídico que les es aplicable, así como lo que tiene establecido la jurisprudencia al respecto.

En las solicitudes de suspensión de los actos administrativos en sede del recurso especial en materia de contratación del artículo 66 de la LRJ-CAIB, no les es de aplicación el artículo 43 del TRLCSP —vigente en el momento en el que se inició el expediente de contratación—, sino el régimen jurídico previsto en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), que dispone lo siguiente:

1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
 - b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.

Así, por regla general, los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos y solo podrá acordarse la suspensión realizando un análisis detallado de la concurrencia de los requisitos mencionados, de acuerdo con la interpretación que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de cada uno de ellos:

— En relación con los perjuicios de difícil o imposible reparación: el TS mantiene que tal consideración debe tomarse sobre la base de la justificación que ofrece el recurrente en el momento de solicitar la suspensión. Por tanto, el deber de acreditar la concurrencia de los perjuicios de difícil o imposible reparación corresponde al recurrente, y la mera alegación, sin prueba alguna, no permite considerar probado que la

ejecución del acto impugnado le cause perjuicios ni que estos sean difíciles o imposibles de reparar (entre otras, pueden mencionarse las sentencias del TS de 27 de marzo de 2014, de 18 de abril de 2016, de 30 de enero de 2008 o 20 de diciembre de 2007). En esta última (RJ 1998/3216), el Tribunal Supremo es especialmente claro al considerar lo siguiente:

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

En cuanto a un posible perjuicio económico, debe señalarse que los actos de contenido económico no causan perjuicios que sean difíciles o imposibles de reparar.

Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 16 de mayo de 2000, en la que manifiesta que:

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

El Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears se ha manifestado en el mismo sentido en las sentencias de 10 de enero y de 5 de junio de 2012, entre otras.

Además, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 31 de octubre de 1995, manifestó lo siguiente:

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

modo que dificulte su posible resarcimiento y suponga un sacrificio económico de relevante y significativa magnitud para el obligado a su ejecución, en directa relación con el grado demandado por el interés público para su ejecución.

— En relación con la concurrencia de una causa de nulidad para que pueda adoptarse la suspensión solicitada: el TS exige que la nulidad sea evidente o manifiesta, de tal manera que se aprecie, al menos con carácter indiciario, que existe una causa clara de nulidad. En este sentido hay que tener en cuenta la Sentencia del TS de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/3004), que indicó que:

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

Además, en el momento de analizar la causa de nulidad alegada, debe tenerse en cuenta el criterio jurisprudencial restrictivo en la apreciación de las causas de nulidad de los actos administrativos en el momento de la adopción de medidas cautelares, establecido, entre otras, en la Sentencia del TS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004/402), en el siguiente sentido:

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

En este sentido, hay que mencionar la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/4409), en la que consta que:

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

— En relación con la necesidad de ponderar los intereses concurrentes: hay que tener en cuenta que para que pueda llevarse a cabo tal ponderación, debe partirse de la base de la existencia de una mínima actividad probatoria por parte del recurrente, relativa al daño que le ocasionaría la ejecutividad del acto o resolución administrativa objeto del recurso. Así lo exige el TS, por ejemplo, en la Sentencia de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006/1081):

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

4. En este caso concreto el recurrente alega que la ejecución de las Resoluciones impugnadas podría suponerle un perjuicio difícil o imposible de reparar, pero no argumenta ni acredita cuál es este posible perjuicio.

Como hemos dicho, la mera alegación, sin prueba alguna, no permite considerar probado que la ejecución del acto impugnado le cause perjuicios ni que estos sean difíciles o imposibles de reparar y, en todo caso, los actos de contenido económico no causan perjuicios que sean difíciles o imposibles de reparar.

Así, la carga de la prueba recae sobre el recurrente, que es el interesado en obtener la suspensión.

Por tanto, sin esta mínima actividad probatoria del recurrente no habría nada que ponderar, ya que no sería posible llevar a cabo un juicio entre los intereses contrapuestos, públicos, privados y de terceros, para ponderar y decantarse por lo que resulte más digno de protección.

Aun así, hay que decir que el órgano de contratación, en el informe jurídico de 14 de octubre, relativo al recurso RES 10-2020 y a la correspondiente solicitud de suspensión, ha manifestado, entre otras cuestiones, lo siguiente:

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

[...]

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

Y en el informe jurídico de 21 de octubre relativo al recurso RES 11-2020 y a la correspondiente solicitud de suspensión, ha manifestado, entre otras cuestiones, lo siguiente:

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

[...]

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

Por todo ello, aunque la empresa se ofrece a aportar garantía en forma de aval bancario que cubra la totalidad de la deuda, con los intereses y los gastos previstos en la legislación tributaria, para asegurar la indemnidad del interés público, debe concluirse que, dado que no se acredita perjuicio alguno para el recurrente, no hay causa alguna que fundamente la suspensión de las Resoluciones del director gerente del Servicio de Salud de las Illes Balears, de 5 de mayo y de 13 de agosto, por las que se imponen penalidades a la empresa por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofrecidas en el contrato de servicios de mantenimiento general de edificios e instalaciones adscritos al sector sanitario de Levante para el periodo de junio de 2018 a mayo de 2019 y para el periodo de junio de 2019 a mayo de 2020, que son, por tanto, actos administrativos inmediatamente ejecutivos.

Resuelvo

1. Acumular los recursos presentados el 5 de mayo y el 23 de agosto de 2020 por la empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, dada la identidad sustancial de sus pretensiones, y, por tanto, acumular también las solicitudes de suspensión.
2. Desestimar la solicitud de suspensión de la ejecución de las Resoluciones del director gerente del Servicio de Salud de las Illes Balears, de 5 de mayo y de 13 de agosto, por las que se imponen penalidades a la empresa por la no realización de las 5.000 horas extraordinarias anuales ofrecidas en el contrato de servicios de mantenimiento general de edificios e instalaciones adscritos al sector sanitario de Levante para el periodo de junio de 2018 a mayo de 2019 y para el periodo de junio de 2019 a mayo de 2020, dado que no se acredita que de ellas se derive perjuicio alguno para el recurrente.
3. Notificar esta Resolución a la empresa Urbia Intermediación Ingeniería y Servicios, SA, y al Servicio de Salud de las Illes Balears.

Interposición de recursos

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

Contra el acuerdo de acumulación no es procedente recurso alguno.