



Exp. Junta Consultiva: RES 15/2020
Resolución de la solicitud de suspensión
Exp. de origen: contrato de obras para la ampliación del CEIP Sant Carles
(Término municipal Santa Eulària des Riu) exp. 024/2019
Órgano de contratación: Instituto Balear de Infraestructuras y Servicios
Educativos y Culturales (IBISEC)
Recurrente: UTE Zima Desarrollos Pegiro

Resolución de la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 21 de enero de 2021

Dada la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución del director gerente del Instituto Balear de Infraestructuras y Servicios Educativos y Culturales (en adelante, IBISEC) por la que se imponen penalidades a la UTE Zima Desarrollos Pegiro (en adelante, la UTE) por retrasos en la ejecución del contrato de obras para la ampliación del CEIP Sant Carles, que la UTE ha planteado, en escrito aparte y con posterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación, la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa resuelve lo siguiente:

Hechos

1. El 10 de febrero de 2020, el director gerente del IBISEC y el representante de la UTE firmaron el contrato de obras para la ampliación del CEIP Sant Carles. La cláusula segunda del contrato prevé, en relación con el plazo de ejecución, lo siguiente:
 1. Conforme a los PCAP aplicables al contrato (letra D y cláusulas 8, 23 y 24, y concordantes), el plazo de ejecución es de 6 meses a contar desde el acta de comprobación del replanteo (ACR), con las particularidades indicadas en dichas cláusulas respecto del inicio efectivo de las obras. El cómputo del plazo de ejecución se inicia con el ACR en los términos del artículo 237 LCSP.
 2. Las obras no podrán iniciarse de manera efectiva hasta que el contratista aporte al responsable del contrato la siguiente documentación:
[...]
 3. El contratista está obligado a cumplir a su riesgo y ventura este plazo (obligación esencial del contrato conforme a la cláusula 27 PCAP). En caso de producirse demora en la ejecución del contrato se estará a lo dispuesto en la cláusula 8.1 de los PCAP. Cualquier modificación del plazo de ejecución deberá comportar la correspondiente modificación del Plan de Trabajo (cláusula 20.1 PCP), que deberá estar, en todo caso, actualizado y conforme a las circunstancias reales de la obra.

El acta de comprobación del replanteo se suscribió el 11 de marzo de 2020.

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.
3. El 2 de abril de 2020, el director gerente del IBISEC dictó la Resolución por la que se acuerda la suspensión temporal de las obras, dadas las circunstancias planteadas por la contratista, la cual, en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, y al no tratarse de una empresa dedicada a alguna de las actividades calificadas por el RDL como esenciales, se había visto obligada a otorgar un permiso retribuido recuperable a su personal hasta el 9 de abril.
4. El 14 de abril de 2020, el director gerente del IBISEC dictó la Resolución por la que se levanta la suspensión total de las obras, por haber desaparecido la circunstancia que la había motivado.
5. El 14 de septiembre de 2020, la empresa contratista solicitó una ampliación —de 90 días— del plazo de ejecución de las obras, dando como nueva fecha de finalización el 14 de diciembre de 2020.
6. 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.»
7. El 26 de octubre de 2020, el director gerente del IBISEC dictó la Resolución por la que se amplía el plazo de ejecución del contrato hasta el 14 de diciembre de 2020, y se acuerda iniciar un expediente de imposición de penalidades al contratista —por importe de 38.789,70 euros por 82 días de retraso imputables a la empresa—, concediendo, asimismo, a la empresa el

plazo previsto en el artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para formular alegaciones. La Resolución se notificó a la empresa ese mismo día.

8. El 5 de noviembre de 2020, el representante de la contratista solicitó una ampliación del plazo para formular alegaciones, que se inadmitió por haberse solicitado fuera de plazo.
9. El 4 de noviembre de 2020, el director gerente del IBISEC dictó la Resolución por la que se impone una penalidad al contratista por importe de 38.789,70 euros por 82 días de retraso imputables a la empresa, sin perjuicio de la imposición de nuevas penalidades, o la resolución del contrato, en caso de producirse nuevas demoras. Esta Resolución se notificó al contratista el 6 de noviembre.
10. El 4 de diciembre de 2020, el representante de la UTE Zima Desarrollos Pegiro (en adelante, el recurrente) presentó en el registro del Gobierno de las Illes Balears, dirigido a la Consejería de Educación, Universidad e Investigación, 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 22 de diciembre.

El recurrente fundamenta el recurso en los siguientes argumentos:

- La defectuosa notificación del trámite de audiencia, al no haber expresado claramente el plazo de que disponía la UTE para presentar alegaciones.
- La falta de motivación de la Resolución por la que se le impone la penalidad, la cual simplemente se remite a un informe.
- La improcedencia de la sanción, por encontrarse justificado el retraso por el estado de alarma, el cierre de fábricas en verano, las modificaciones necesarias del proyecto y los cambios de personal de la obra.

Con estos argumentos, el recurrente solicita que se declare nula la Resolución de imposición de la penalidad y, subsidiariamente, que se retrotraigan las actuaciones al momento del trámite de alegaciones, teniendo por correctamente formuladas las incorporadas la escrito de recurso y con la consiguiente revisión de la sanción.

11. El 22 de diciembre de 2020, el recurrente presentó en el Registro del Gobierno de las Illes Balears, dirigido a la Consejería de Educación, Universidad e Investigación, un escrito en el que solicita la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada.

El recurrente fundamenta la solicitud en los siguientes argumentos:

— La ejecución de la Resolución afecta al equilibrio económico de la ejecución del contrato, dada la elevada cuantía de la sanción, que supone un 33,58% de la certificación objeto de liquidación.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la resolución por la que se impone una penalidad por incumplimiento de un contrato de obras, tramitado por el IBISEC, que tiene carácter de administración pública.

Contra este acto 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 las 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 septiembre de 2019.

2. Dado que el recurrente solicita la suspensión de la ejecución de la resolución que impugna mediante el recurso, antes de entrar a analizar los motivos en los que se fundamenta la solicitud, hay que tener en cuenta el régimen que le es aplicable y lo que tiene establecido la jurisprudencia al respecto.

A 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 49 de la LCSP—vigente en el momento en 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 la 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 mencionados requisitos, de acuerdo con la interpretación que realiza la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de cada uno de ellos:

— Si se alegan perjuicios de difícil o imposible reparación, el TS mantiene que tal consideración debe tomarse sobre la base de la justificación que ofrezca el recurrente en el momento de solicitar la suspensión. Por tanto, el deber de acreditar la concurrencia de 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 lo que se refiere 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.

— Y si se alega 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 solo puede admitirse en casos en los que la pretensión del

recurrente aparezca justificada en forma manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.

Además, en el momento de analizar la causa de nulidad alegada, hay que tener en cuenta el criterio jurisprudencial restrictivo en la apreciación de 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.

— Finalmente, en relación con la necesidad de ponderar los intereses concurrentes, hay que tener en cuenta que para que pueda llevarse a cabo tal ponderación, se ha de partir 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 de 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.

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 e inclinarse por el que resulte más digno de protección.

3. Entrando ya en el análisis de los motivos en que la recurrente fundamenta la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución en virtud de la cual se les imponen penalidades por el retraso en el cumplimiento del plazo de ejecución de las obras, cabe señalar lo siguiente:

La recurrente alega que, tratándose de una obra en curso, con sumas pendientes de facturar, con modificaciones ejecutadas y otras dificultades alegadas en el escrito del recurso, relacionadas especialmente con la actual situación de pandemia, la ejecución de la Resolución de penalidades en este momento, mediante la incautación de 38.789,70 euros de la última certificación emitida, afecta al equilibrio económico de la ejecución del contrato, dada la elevada cuantía de la sanción, que supone un 33,58% de la certificación objeto de liquidación.

La recurrente alega, en definitiva, motivos económicos; no obstante, como ya se ha expuesto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no considera estos motivos como perjuicios de difícil o imposible reparación a los efectos de suspender la ejecutividad del acto administrativo dictado.

Por otro lado, dado que la carga de la prueba de otros posibles perjuicios recae sobre la recurrente, que es la interesada en obtener la suspensión, sin que los hayan argumentado ni probado, cabe afirmar que, en este caso, sin esta mínima actividad probatoria por su parte, no habría nada que ponderar y no es posible llevar a cabo un juicio entre los intereses contrapuestos, públicos, privados y de terceros, para ponderar e inclinarse por el que resulte más digno de protección.

Además, tratándose de la imposición de penalidades, que son inmediatamente ejecutivas, cabe señalar que el régimen legalmente previsto en el artículo 194.2 LCSP para hacerlas efectivas es, en primera instancia, el de la deducción de las cantidades que deban abonarse al contratista en concepto de pago total o parcial, es decir, con cargo a la certificaciones de obra en curso. Solo está prevista que se deduzcan de la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones, lo cual tampoco concurre en el caso que nos ocupa.

Finalmente, pero sin entrar en el fondo del recurso que será resuelto en el momento oportuno, a la vista del expediente, no se aprecia tampoco la concurrencia de causa de nulidad alguna que sea evidente o manifiesta.

Por todo ello, no existe causa alguna que fundamente la suspensión que solicita la recurrente, y por este motivo, la Resolución impugnada es un acto administrativo inmediatamente ejecutivo.

Resuelvo

1. Desestimar la solicitud de suspensión de la Resolución del director gerente del IBISEC por la que se imponen penalidades a la UTE por retrasos en la ejecución del contrato.
2. Notificar esta Resolución a UTE Zima Desarrollos Pegiro y al Instituto Balear de Infraestructuras y Servicios Educativos y Culturales.

Interposición de recursos

Contra esta Resolución —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* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.