



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

Exp. Junta Consultiva: RES 20/2015
Resolución del recurso especial en materia de contratación
Exp. de origen: contrato de concesión de obras públicas para la construcción, conservación y explotación del nuevo complejo asistencial de Can Misses y un centro de salud que está vinculado al mismo
SSCC CA 151/09
Servicio de Salud de las Illes Balears
Recurrente: Gran Hospital Can Misses, SA

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 31 de octubre de 2017 por el que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Gran Hospital Can Misses, SA, contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se impone una penalidad al contratista por desobedecer las órdenes de la Administración en relación con la colocación de carteles en el aparcamiento del Hospital

Hechos

1. El 15 de marzo de 2010, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears y los representantes de Gran Hospital Can Misses, SA (en adelante, la concesionaria) firmaron el contrato de concesión de obras públicas para la construcción, conservación y explotación del nuevo complejo asistencial de Can Misses.
2. El 2 de julio de 2013, el subdirector de Infraestructuras y Servicios Generales del Servicio de Salud de las Illes Balears remitió a la concesionaria el Reglamento de la Comisión Mixta de seguimiento del contrato de concesión, aprobado por el órgano de contratación, que debía regular las relaciones entre la Administración y la concesionaria.
3. El 10 de julio de 2014, el gerente de la concesionaria, durante la sesión de la Comisión Mixta de seguimiento del contrato indicó, a requerimiento del presidente, que la información a los usuarios sobre la puesta en marcha del sistema de pago en los aparcamientos se haría poniendo carteles, que se facilitarían a la Administración para que los aprobase antes de imprimirlos, y también mediante hojas informativas para colocar en los coches.
4. El 23 de julio de 2014, el director de explotación de la concesionaria presentó al subdirector de Infraestructuras y Servicios Generales del

Servicio de Salud de las Illes Balears una propuesta para poner en marcha la explotación del servicio de aparcamiento a la que adjuntaba un anexo que incluía los carteles que tenía previsto colocar, y solicitó la aprobación de la propuesta. Esta propuesta contenía acciones, tales como la colocación de carteles, que tenían que llevarse a cabo ese mismo día y los días siguientes.

5. El 25 de julio de 2014, el responsable de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera dirigió un escrito al gerente del Área de Salud de Eivissa y Formentera en el que le explicaba que, a pesar de la decisión adoptada entre la concesionaria y la gerencia de consensuar con el servicio de Comunicación todo lo referente a la información relativa al servicio de aparcamiento, y a pesar de haber intentado mantener una reunión de planificación con la concesionaria, ésta le había enviado la propuesta de cartelería para la zona de aparcamientos por correo electrónico, sin indicar la fecha en que se colocarían los carteles. Afirmaba que los carteles que se habían colocado el día anterior inducían a error y que, tras recibir la orden de retirarlos, la concesionaria los mantuvo instalados durante todo el día, y que, además, el mismo día 25 la concesionaria volvió a colocar carteles nuevos, que no habían sido aprobados, en zonas erróneas y con información no autorizada.
6. El 28 de julio de 2014, el responsable de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera dirigió un escrito al gerente del Área de Salud de Eivissa y Formentera en el que le comunicaba que en dos diarios de Ibiza se publicaba información errónea sobre los aparcamientos del Hospital Can Misses, basada en los carteles que la concesionaria había colocado sin la aprobación previa del Servicio de Comunicación.
7. El 29 de julio de 2014, el director de Gestión y Servicios Generales del Área de Salud de Eivissa y Formentera envió al subdirector de Infraestructuras y Servicios Generales del Servicio de Salud de las Illes Balears el informe del responsable del seguimiento de la explotación de la concesión en el que proponía al órgano de contratación incoar un procedimiento de imposición de penalidades a la concesionaria, dado que el 25 de julio la concesionaria había colocado unos carteles informativos sobre el servicio de aparcamiento sin el visto bueno previo del responsable de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera y sin la autorización de la Administración para colocarlos, y, además, se desconocía el contenido de la información que los operarios que la concesionaria había situado en las entradas de los aparcamientos daban a los usuarios. El responsable de seguimiento manifestaba que como consecuencia de esta actuación unilateral se dio información contradictoria, se colapsó la entrada a los aparcamientos y se perjudicó gravemente la imagen del Área de Salud de Eivissa y Formentera.
8. El 5 de septiembre de 2014, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears dictó la Resolución por la que se aprueban las propuestas de la Comisión Mixta de seguimiento relativas a los acuerdos adoptados el 10 de julio de 2014, entre los que se encuentra el acuerdo relativo a que la información a los usuarios sobre la puesta en marcha del sistema de pago en los aparcamientos se hará poniendo carteles, que se tienen que facilitar a la Administración para su aprobación antes de imprimirlos, y también mediante hojas informativas para colocar en

los coches. Esta Resolución se notificó a la concesionaria el 16 de diciembre de 2014.

9. El 11 de septiembre de 2014, el responsable de seguimiento de la explotación, con el visto bueno del director de Gestión y Servicios Generales del Área de Salud de Eivissa y Formentera, emitió un informe en el que hacía constar que la concesionaria había presentado la documentación que contenía la descripción y la ubicación de los carteles el día anterior a colocarlos, lo que no permitió un margen temporal mínimo para revisarlos, y, por tanto, los carteles fueron impresos y colocados por la concesionaria de forma unilateral, sin contar con la preceptiva autorización de la Administración.

Asimismo, adjuntó al informe diferentes publicaciones en prensa con información errónea sobre el servicio de aparcamiento cuyo origen era la información de los carteles que había colocado la concesionaria, y varios correos electrónicos y escritos del responsable de comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera de los que, a su juicio, podía deducirse que la concesionaria no atendió las solicitudes de modificación de los carteles que había pedido el responsable de Comunicación.

Finalmente, afirmó que la actuación de la concesionaria había tenido como consecuencia un daño a la imagen del Área de Salud de Eivissa y Formentera y propuso la imposición de una penalidad a la concesionaria por un importe de 12.001 euros por considerar que los hechos descritos constituían un incumplimiento grave del contrato.

10. El 30 de enero de 2015, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears aprobó iniciar el procedimiento de imposición de penalidades a la concesionaria por desobedecer las órdenes de la Administración en relación con la colocación de carteles en el aparcamiento del Hospital.
11. El 17 de febrero de 2015, la instructora del procedimiento elaboró el pliego de cargos en el que, de acuerdo con lo establecido en el apartado *b* de la cláusula 56.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato, proponía la imposición de una penalidad a la concesionaria por un importe de 12.001 euros. Este pliego de cargos se notificó a la concesionaria el 5 de marzo de 2015, con la indicación de que disponía de un plazo de 15 días hábiles para formular alegaciones.
12. El 23 de marzo de 2015, el representante de la concesionaria presentó un escrito de alegaciones al pliego de cargos en el que manifestaba que todas las actuaciones relativas a los carteles se habían consensuado con el responsable de señalética del Área de Salud de Eivissa y Formentera y que la concesionaria no había desobedecido orden alguna, ya que no se le había dado orden alguna, y solicitó el archivo del expediente.
13. El 22 de abril de 2015, el responsable del seguimiento de la explotación emitió un informe sobre las alegaciones de la concesionaria al pliego de cargos, en el que indicaba que la concesionaria había colocado los carteles sin la aprobación previa del responsable de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera y, en consecuencia, proponía no aceptar las alegaciones formuladas por la concesionaria.



14. El 4 de mayo de 2015, el subdirector de Infraestructuras y Servicios Generales remitió a la concesionaria la propuesta de la instructora del expediente de imposición de una penalidad por un importe de 12.001 euros por desobedecer las órdenes de la Administración en relación con la colocación de carteles en el aparcamiento, con la indicación de que disponía de 10 días para formular alegaciones. La concesionaria recibió la propuesta el 12 de mayo de 2015.
15. El 22 de mayo de 2015, el representante de la concesionaria presentó un escrito de alegaciones a la propuesta en el que reiteraba que la concesionaria no desobedeció las órdenes de la Administración, sino que efectuó todas las correcciones en los carteles que indicó el responsable de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera, el cual dio su consentimiento verbalmente, y solicitaba el archivo del expediente o, subsidiariamente, la revisión del importe de la penalidad.
16. El 6 de julio de 2015, el responsable del seguimiento de la explotación emitió un informe sobre las alegaciones de la concesionaria en el que manifestaba que no hubo consentimiento verbal, ya que el responsable de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera manifestó expresamente que los carteles eran erróneos y que se habían colocado sin su autorización; que a pesar de que el responsable de Comunicación comunicó a la concesionaria que el tamaño de los logotipos de determinados carteles no era correcta, no se corrigieron, y que de la documentación que hay en el expediente resulta que la concesionaria había instalado los carteles informativos sin contar con la aprobación del responsable de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera, y propuso la no aceptación de las alegaciones formuladas por la concesionaria.
17. El 17 de julio de 2015, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears dictó la Resolución por la que se impone una penalidad a la concesionaria por desobedecer las órdenes de la Administración en relación con la colocación de carteles en el aparcamiento del Hospital. Esta Resolución se notificó a la concesionaria el 30 de julio de 2015.
18. El 7 de agosto de 2015, el representante de la concesionaria interpuso ante el Servicio de Salud de las Illes Balears un recurso especial en materia de contratación contra esta Resolución, y solicitó, como medida provisional, la suspensión de la ejecución de la Resolución, dado que podría suponerle un perjuicio difícil o imposible de reparar y que concurren las causas de nulidad previstas en las letras a y f del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El recurso se recibió en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 13 de agosto de 2015.
19. El 31 de agosto de 2015, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa adoptó el Acuerdo por el que se denegaba la suspensión de la ejecución de la Resolución objeto del recurso, dado que no se había acreditado que se derivase perjuicio alguno para el recurrente.



Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución por la que se impone una penalidad por el incumplimiento de un contrato de concesión de obras públicas, tramitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

Dado que se trata de un acto no susceptible del recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), contra el mismo puede interponerse el recurso administrativo que proceda. Este recurso, en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, es el recurso especial en materia de contratación previsto en 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, y tiene que resolverlo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears, 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.

Dado que la tramitación del expediente de contratación se inició en el año 2010, será de aplicación la normativa vigente en ese momento, en concreto, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), todo ello de acuerdo con la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. El recurso especial que ha interpuesto la concesionaria se fundamenta en las siguientes alegaciones:
 - La caducidad del procedimiento de imposición de la penalidad, ya que la tramitación del expediente ha excedido el plazo de tres meses previsto en los artículos 42.3 y 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para dictar y notificar las resoluciones expresas de los procedimientos.
 - La infracción del principio de tipicidad. A juicio del recurrente, la concesionaria no desobedeció orden alguna, ya que la Administración no le dio ninguna y, además, afirma que todas las decisiones adoptadas en relación con los carteles habían sido consensuadas verbalmente con el responsable de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera, por lo que su conducta no puede considerarse constitutiva

de la infracción grave de desobediencia prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

— La falta de motivación de la imposición de la penalidad y la falta de proporcionalidad de la penalidad.

Por todo ello, el recurrente solicita que se archive el expediente, ya que, a su juicio, el procedimiento ha caducado, y, subsidiariamente, que se anule la Resolución impugnada o que se reduzca el importe de la penalidad que se le ha impuesto.

3. Las cláusulas penales, previstas en el artículo 1152 del Código Civil, son obligaciones accesorias de la obligación principal que sancionan el incumplimiento o el cumplimiento irregular de una obligación.

Las cláusulas penales también estaban previstas en la LCSP, en el apartado 4 del artículo 75, que preveía el establecimiento de penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales, y en el artículo 196, que permitía a la Administración imponer penalidades, de acuerdo con las previsiones específicas de los pliegos, en los casos de ejecución defectuosa de la prestación objeto del contrato o de incumplimiento de los compromisos adquiridos o de las condiciones especiales de ejecución que se hubiesen establecido en los pliegos y en el anuncio de licitación. En cuanto a los incumplimientos del concesionario, el artículo 235 preveía lo siguiente:

1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecerán un catálogo de incumplimientos de las obligaciones del concesionario, distinguiendo entre los de carácter leve y grave. Se consideran penalizables el incumplimiento total o parcial por el concesionario de las prohibiciones establecidas en esta Ley, la omisión de actuaciones que fueran obligatorias conforme a ésta y, en particular, el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras, la negligencia en el cumplimiento de sus deberes de uso, policía y conservación de la obra pública, la interrupción injustificada total o parcial de su utilización, y el cobro al usuario de cantidades superiores a las legalmente autorizadas.

2. El órgano de contratación podrá imponer penalidades de carácter económico, que se establecerán en los pliegos de manera proporcional al tipo de incumplimiento y la importancia económica de la explotación. El límite máximo de las penalidades a imponer no podrá exceder del 10 por ciento del presupuesto total de la obra durante la fase de construcción. Si la concesión está en fase de explotación, el límite máximo de las penalidades anuales no podrá exceder del 20 por ciento de los ingresos obtenidos por la explotación de la obra pública durante el año anterior.
[...]

Además, en aplicación del principio de libertad de pactos, reconocido en el artículo 25 de la LCSP, el pliego de cláusulas administrativas que define las obligaciones del contratista puede incluir cláusulas penales específicas y propias.

El Tribunal Supremo ha considerado en numerosa jurisprudencia que las cláusulas penales incorporadas a un contrato administrativo: a) responden al principio de libertad de pactos tradicionalmente reconocido en la normativa reguladora de la contratación administrativa; b) no constituyen el ejercicio de derecho sancionador, sino que se rigen por las normas reguladoras de las obligaciones, y c)

deben establecerse de forma expresa y manifiesta, por lo que no caben las presunciones de su establecimiento.

En consecuencia, aunque las penalidades no suponen la imposición de una sanción ni, por tanto, es predicable la aplicación de principios propios del derecho sancionador, de conformidad con el principio de tipicidad es necesario que, previamente a la imposición de una penalidad, el supuesto de hecho punible haya sido previsto en los pliegos.

Si no fuera así, la Administración estaría imponiendo una penalidad *ad hoc*, que no sería ajustada a derecho y nos encontraríamos ante una violación del principio de seguridad jurídica de los ciudadanos, porque si bien es cierto que las cláusulas penales dentro del contrato administrativo no son sanciones en sentido estricto, su imposición no está exenta de los principios jurídicos que deben regir el ordenamiento, como son, entre otros, los principios de tipicidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y transparencia.

Hay que recordar que el fin de que la Administración persigue con la imposición de penalidades es, esencialmente, de carácter coercitivo para garantizar el cumplimiento contractual y, por tanto, las penalidades responden a un incumplimiento obligacional, de tal manera que se enmarcan en los poderes de dirección, inspección y control de que dispone el órgano de contratación en garantía del interés público.

Así, en la Sentencia de 18 de mayo de 2005 el Tribunal Supremo manifiesta lo siguiente:

Penalidades a satisfacer a la administración contratante por la comisión de faltas por el contratista que, independientemente de su denominación gramatical próxima al derecho punitivo, hemos de considerar como similares a las obligaciones con cláusula penal (art. 1152 y siguientes del Código civil) en el ámbito de la contratación privada. En el ámbito de la contratación pública, al igual que en la contratación privada, desempeñan una función coercitiva para estimular el cumplimiento de la obligación principal, es decir el contrato, pues, en caso contrario, deberá satisfacerse la pena pactada. Son, por tanto, estipulaciones de carácter accesorio, debidamente plasmadas en el contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal de que se trate por lo que, en aras a la garantía del contrato, conducen a que el contratista, o deudor de la prestación que se trata de garantizar, venga obligado no solo al pago de una determinada cantidad de dinero calculada en razón a la modulación del grado de inobservancia sino incluso a la extinción contractual si la modalidad de incumplimiento alcanza mayor intensidad.

Como en el ámbito civil vienen a sustituir a la indemnización por daños al fijarse una responsabilidad económica por la comisión de determinados hechos, con independencia de que mediere dolo o culpa, aunque, en el ámbito del derecho público, puedan incluso reputarse próximas a las multas coercitivas a fin de lograr la efectividad de lo pactado. [...] El problema en todo caso radica que, tengan naturaleza cercana a la multa coercitiva u ostenten el carácter de penalidad obligacional, nuestro ordenamiento carece de un procedimiento específico general para su tramitación e imposición lo que obliga a acudir al procedimiento administrativo general. Si queda clara, independientemente de su nombre, la ausencia de carácter punitivo amparado en el art. 25.1 CE, es decir no es una multa-sanción.

Por ello en la sentencia de este Tribunal de 21 de noviembre de 1988 (reiterada el 10 de febrero de 1990) se afirma que “las consecuencias de una cláusula

penal integrada en un contrato no constituyen una manifestación del derecho sancionador, entendiéndose en el sentido de potestad del Estado de castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la Ley... la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de la presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento”.

Esta Sentencia otorga a las penalidades una naturaleza esencialmente coercitiva para estimular el cumplimiento del contrato, pero admite su finalidad compensatoria o indemnizatoria, y afirma que, al igual que en el ámbito civil, sustituyen a la indemnización por daños.

El Tribunal Supremo ha seguido este mismo criterio en otras sentencias, como en la Sentencia de 13 de febrero de 2012, y también la Audiencia Nacional, que, en la Sentencia de 9 de abril de 2014 manifiesta lo siguiente:

A tenor del artículo 196 de la Ley 30/2007, entre las penalidades, con el límite cuantitativo del 10 por 100 del presupuesto del contrato, y la gravedad del incumplimiento debe existir la adecuada correspondencia, estando impedido que las primeras resulten innecesarias o excesivas. Pero para valorar la gravedad del incumplimiento no puede atenderse, como pretende la demandante, única y exclusivamente al importe en el que se materializa el mismo, aunque puede resultar significativo, sino que esa gravedad alcanza a todos los elementos que condicionan y conducen al cumplimiento defectuoso de la prestación, pues, pese a lo que indica la Administración, estas penalidades, como en el ámbito civil, vienen a sustituir a la indemnización por daños al fijarse una responsabilidad económica por la comisión de determinados hechos, con independencia de que mediare dolo o culpa (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005).

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato de concesión de obras públicas para la construcción, conservación y explotación del nuevo complejo asistencial de Can Misses contiene, entre otras, las siguientes cláusulas, que son de interés para resolver el recurso:

— Cláusula 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.
[...]

— Cláusula 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.

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

[...]

. Servicio de aparcamiento
[...]

— Cláusula 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.
[...]

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.

– Cláusula 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.

El artículo 7 del Reglamento de la Comisión Mixta de seguimiento del contrato dispone que la Comisión formulará las recomendaciones y/o propuestas de resolución de común acuerdo y que las elevará al director general del Servicio de Salud para su aprobación.

El artículo 8 de este Reglamento establece que debe levantarse acta de las resoluciones de la Comisión y que, una vez elaborada, debe remitirse a cada miembro para que en el plazo de cinco días naturales efectúen las alegaciones que consideren oportunas, y que si no las formulan, el acta deviene definitiva.

5. El primer motivo de impugnación se fundamenta en la caducidad del procedimiento de imposición de la penalidad, ya que cuando se notificó la Resolución impugnada ya había transcurrido el plazo de tres meses establecido en el apartado 3 del artículo 42 de la Ley 30/1992 para notificar la resolución expresa de los procedimientos.

El recurrente considera que, a falta de previsión expresa en la LCSP sobre los efectos del vencimiento del plazo máximo para dictar la resolución en los procedimientos de imposición de penalidades, será de aplicación supletoria el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, que hace referencia a la caducidad de los procedimientos.

El artículo 42 de la Ley 30/1992 disponía que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación, y el artículo 44 establecía que en los procedimientos iniciados de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa tiene como efecto la caducidad del procedimiento. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, la Ley 3/2003 establece que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el

plazo máximo para dictar y notificar la resolución expresa, éste es de seis meses.

De acuerdo con esta normativa, el plazo máximo para resolver el procedimiento para imponer una penalidad debido al incumplimiento del contrato es de seis meses. El cómputo de este plazo se inicia en el momento en que se acuerda el inicio del procedimiento y termina cuando se notifica la resolución al interesado.

Por tanto, dado que el procedimiento se inició el 30 de enero de 2015 y la Resolución por la que se resuelve el procedimiento se notificó al interesado el 30 de julio de 2015, no se ha producido la caducidad.

Por tanto, este motivo de impugnación debe desestimarse.

6. El segundo motivo de impugnación se fundamenta en la infracción del principio de tipicidad.

El recurrente considera que los hechos que se le imputan y que han dado lugar a la imposición de la penalidad a la concesionaria no pueden considerarse constitutivos de la desobediencia a las órdenes impartidas por la Administración tipificada en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la concesión como incumplimiento grave.

En su opinión, la concesionaria no recibió —y, por tanto, no desobedeció— orden clara y terminante alguna de la Administración y, además, no adoptó actitud de oposición alguna al cumplimiento, sino que consensuó verbalmente el diseño de los carteles con el Servicio de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera.

Debe decirse que en el caso que nos ocupa hay un compromiso o un pacto adoptado en el seno de la Comisión Mixta de seguimiento del contrato que, según el Servicio de Salud de las Illes Balears, se ha incumplido.

Según consta en el acta de la Comisión Mixta de 10 de julio de 2014 fue el gerente de la concesionaria quien, a requerimiento del gerente del Área de Salud de Eivissa y Formentera y presidente de la Comisión, explicó que la información a los usuarios sobre la puesta en marcha de los aparcamientos se haría mediante carteles que se facilitarían a la Administración para que los aprobase antes de imprimirlos, y también mediante hojas informativas para colocar en los coches.

Por tanto, la concesionaria debía seguir las indicaciones del personal del Área de Salud de Eivissa y Formentera a la hora de diseñar y elaborar los carteles, y no podía ni encargar su fabricación o la impresión ni, por tanto, instalarlos hasta que no recibiese el visto bueno o la aprobación de los responsables del Área de Salud de Eivissa y Formentera.

En el expediente constan varios informes o escritos, tanto del responsable de Comunicación como del responsable de seguimiento de la explotación, en los que se indica que los carteles se instalaron sin haber sido aprobados y que, incluso, no se retiraron de manera inmediata cuando se dio la orden de retirarlos porque inducían a error.



El recurrente alega en el escrito de recurso que el contenido de los carteles se consensuó con el responsable de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera y que no se le dio orden alguna en relación con los carteles. No obstante, de los mensajes electrónicos que la concesionaria adjuntó al escrito de alegaciones al pliego de cargos se infiere otra cosa. En estos correos, la concesionaria reconoce expresamente que el Área de Salud de Eivissa y Formentera tiene que supervisar y aprobar los carteles; que el responsable de Comunicación del Área de Salud comunicó algunos aspectos que debían corregirse; que se hicieron las correcciones indicadas, salvo las relativas al tamaño de los logotipos, y que la propuesta final de cartelería que presentó la concesionaria no contaba con el visto bueno del responsable de Comunicación.

Así pues, se observa que la concesionaria fue incorporando a la propuesta inicial de cartelería las indicaciones que el responsable de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera le iba comunicando, salvo las indicaciones relativas al tamaño del logotipo.

Aunque los mensajes electrónicos no contienen una orden en sentido literal, debe interpretarse el mensaje en su contexto y entender que para obtener la aprobación de la Administración la concesionaria debía aumentar el tamaño de los logotipos de unos carteles concretos.

No consta que la concesionaria lo hiciese, ya que en la propuesta de cartelería que presentó el día 23 de julio se observa que la medida de los logotipos era la misma que la de la propuesta que había presentado el día anterior. Por tanto, queda claro que la concesionaria instaló los carteles el día siguiente a la presentación de la propuesta sin esperar a la aprobación del Área de Salud de Eivissa y Formentera.

La concesionaria no ha desvirtuado estos hechos. El recurrente se limita a afirmar reiteradamente que existía un consentimiento verbal y que el contenido de los carteles se consensuó, pero en el expediente no consta documento alguno ni prueba alguna de la que se derive que la concesionaria había recibido la conformidad del responsable de Comunicación del Área de Salud de Eivissa y Formentera en relación con el contenido y diseño de los carteles antes de imprimirlos y de instalarlos erróneamente, ni tampoco aporta ninguna con el escrito de recurso. Parece que el recurrente identifica supervisión con aprobación, y, aunque, efectivamente, el responsable de Comunicación supervisó los carteles, de esta supervisión no se deriva automáticamente la aprobación, sino más bien una indicación a la concesionaria de que tenía que modificar los carteles.

Debe decirse que las sentencias de tribunales superiores de justicia que menciona el recurrente en el escrito de recurso, relativas a los elementos que deben concurrir para determinar cuándo se ha desobedecido una orden, hacen referencia a la infracción disciplinaria de desobediencia en cuerpos policiales, que está tipificada en disposiciones de rango legal. En el caso que nos ocupa, la Administración no ejerce la potestad disciplinaria y, por tanto, no le son aplicables las mencionadas sentencias.

Así pues, como hemos visto, la cláusula 55.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares prevé, como incumplimiento grave, la desobediencia a las órdenes de la Administración, y en este caso se ha llevado a cabo la instalación de carteles sin contar con la aprobación de la Administración ni su consentimiento y sin hacer todos los cambios que el técnico había pedido.

Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

7. El tercer motivo de impugnación se fundamenta en la falta de motivación de la imposición de la penalidad y la falta de proporcionalidad de la penalidad.

En cuanto a la motivación, el artículo 89.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponía que las resoluciones contendrán la decisión, que debe ser motivada en los casos previstos en el artículo 54 del mismo texto legal. En concreto, la letra *f* del apartado 1 de este último artículo dispone que deben motivarse, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deben serlo en virtud de una disposición legal o reglamentaria expresa. El apartado segundo de este artículo establece que la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen las convocatorias, y, en todo caso, deben quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia de 31 de octubre de 2006, hace referencia a la doctrina jurisprudencial sobre la motivación y manifiesta 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 (...).

Hay que recordar que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia ordinaria han admitido la motivación por referencia a informes que forman parte de las actuaciones, tanto sea de forma expresa (con la incorporación formal del texto del informe en el cuerpo de la resolución) como, incluso, de manera presunta, esto es, en vista del contenido material de la resolución (motivación *in aliunde*). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2011 manifiesta 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).

En cuanto a los efectos de la falta de motivación de los actos administrativos, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 11 de febrero de 2011, manifiesta 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.

De acuerdo con la doctrina expuesta, el requisito de motivación tiene por finalidad dar a conocer a los interesados los motivos en los que la Administración fundamenta sus actos, de manera que puedan rebatirlos si consideran que no se ajustan a derecho mediante la interposición de un recurso debidamente fundamentado. Además, esta motivación, que puede ser por referencia a informes, no requiere de razonamientos exhaustivos y pormenorizados, sino que se admite una motivación

breve y concisa, siempre que sea suficiente para que los interesados conozcan las razones que fundamentan las decisiones de la Administración.

En este caso, la resolución objeto de recurso reproduce el contenido, no sólo de los informes del responsable del seguimiento de la explotación que motivaron el inicio del procedimiento de imposición de penalidades, sino también de las alegaciones que la concesionaria hizo al pliego de cargos del instructor del procedimiento y sendos escritos de respuesta de la instructora y del responsable de seguimiento de la explotación en que proponían no aceptarlas.

Por tanto, estamos ante un caso de motivación *in aliunde* en que la Resolución impugnada contiene una referencia expresa a los hechos y a los fundamentos de derecho que justifican la decisión adoptada por la Administración y, en consecuencia, debe considerarse que la concesionaria ha podido conocer los motivos o las razones que fundamentan la decisión de imponerle una penalidad y ha podido rebatirlos, por lo que puede afirmarse que la Resolución no le ha producido indefensión.

Además, el recurrente también considera que se le ha impuesto la penalidad en el grado más alto sin justificar el motivo de esta graduación con prueba alguna o informe alguno.

Debe decirse que la cláusula 55.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato tipifica la desobediencia a las órdenes de la Administración como incumplimiento grave, y que la cláusula 56.1 establece que los incumplimientos graves se sancionarán con una multa de entre 12.001 a 100.000 euros. Por tanto, dado que la penalidad que se ha impuesto es de 12.001 euros, y, por tanto, es la mínima que se prevé para un incumplimiento grave, la alegación del recurrente carece de sentido.

Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

8. Una vez examinado el contenido del recurso, los documentos que hay en el expediente y la Resolución impugnada, no consta que el órgano de contratación haya actuado de manera arbitraria, ni se advierte que los pliegos o la normativa específica hayan sido vulnerados en aspecto alguno.

En consecuencia, no se aprecia la concurrencia de vicio alguno que pueda determinar la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de la resolución objeto del recurso.

Por todo ello, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Gran Hospital Can Misses, SA, contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se impone una penalidad al contratista por desobedecer las órdenes del

Administración en relación con la colocación de carteles en el aparcamiento del Hospital, y, en consecuencia, confirmar el acto impugnado.

2. Notificar este Acuerdo a Gran Hospital Can Misses, SA, y al Servicio de Salud de las Illes Balears.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —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.