



Roj: **SAN 1051/2012** - ECLI: **ES:AN:2012:1051**

Id Cendoj: **28079230042012100106**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **29/02/2012**

Nº de Recurso: **152/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA EN APELACION**

Madrid, a veintinueve de febrero de dos mil doce.

Visto por la **Sección Cuarta** de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo el Recurso de Apelación número 152/11 seguido a instancia de ARTES GRÁFICAS GANDOLFO, S.A. representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. María Jesús Mercedes Pérez Arroyo, contra resolución del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 3, en los autos Procedimiento Ordinario 100/2009, siendo parte apelada el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

#### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Que en el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo nº 3 se interpuso recurso jurisdiccional contra la resolución de 28 de julio de 2009 del Director general del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) por la que se impone a la apelante la penalización de 587.905,03 euros por incumplimiento de los plazos de entre en el expediente PE- 1/09-60CP-27/07, de suministro de diversos modelos de impresos de solicitudes de prestaciones con destino a los Servicios Centrales y Direcciones Provinciales del INSS.

**SEGUNDO.**- Que con fecha de 2 de febrero de 2011 el referido Juzgado Central dictó Sentencia cuya parte dispositiva dice: "Que desestimo enteramente el recurso contencioso administrativo suscitado por la firma demandante contra la resolución de penalización contractual del Instituto Nacional de la Seguridad Social ya referida por ser ajustada a Derecho."

**TERCERO.**- Que contra la referida resolución la parte demandante interpuso recurso de apelación ante el Juzgado Central, alegando lo que en autos consta y terminaba solicitando el recibimiento a prueba.

**CUARTO.**- Que admitido a trámite, se dio traslado a la parte apelada para que dentro de plazo pudiera manifestar su oposición. Por la representación del INSS se alegó en cuanto al fondo lo que en autos consta.

**QUINTO.**- Que elevados los autos a la Sala con emplazamiento de las partes, una vez comparecidas, la Sala denegó el recibimiento a prueba y quedaron los autos vistos para deliberación votación y Fallo, lo que tuvo lugar el día 22 de febrero a las 10,30.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ** , , Presidente de la Sección, quien expresa el parecer de la Sala conforme a los siguientes

#### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**- La demandante fue adjudataria de un contrato de suministro y distribución de impresos de prestaciones con destino a los Servicios Centrales y Direcciones Provinciales del INSS. Fue determinante para que su oferta fuese la mejor puntuada y se le adjudicase el contrato, que ofertase la reducción de plazos de entrega de muestras o pruebas de los impresos y de los impresos una vez aprobados; en concreto se comprometió en su oferta a entregar las primeras en cinco días naturales y las segundas en treinta



también naturales, respecto de los diez y cuarenta y cinco días previstos, respectivamente, en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT). Se le adjudicó el contrato en 835.916,05 euros.

**SEGUNDO.-** Conforme a lo expuesto, una vez entregadas las pruebas y aprobadas por el INSS el 21 y 27 de noviembre de 2007, estaba obligada a partir de esas fechas a efectuar los suministros en el plazo de treinta días naturales. No lo hizo así e incurrió en retrasos que oscilaron entre los 27 y 279 días, pues la última entrega fue el 30 de septiembre de 2008. Antes, con fecha de 20 de julio de 2008 la actora emitió una factura por 835.916,05 euros, y al no serle abonada se dirigió el 26 de enero de 2009 al INSS recordando su pago y las graves consecuencias del retraso. Tal escrito es el que desencadena el inicio de los trámites para la imposición de penalidades, según informe del 11 de febrero de 2009, lo que se le notifica el 3 de marzo siguiente.

**TERCERO.-** Por resolución de 25 de junio de 2009 y al amparo del artículo 95.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD-Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP) el INSS acuerda iniciar el procedimiento de imposición de penalidades. Prevé tal precepto que si el contratista incurriese en demora en el cumplimiento del plazo total, por causas a él imputables, la Administración puede optar o por resolver el contrato o imponerle penalidades diarias, que fue lo que finalmente hizo. A tal fin el artículo 95.3 TRLCAP preveía que esas penalidades fuesen en la proporción de 0,12 euros por 601,01 euros del precio del contrato.

**CUARTO.-** Frente a las previsiones del citado precepto, en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), en concreto en la cláusula 11.3 en relación con el apartado 6 PPT, se preveía una fórmula específica de penalización por demora, superior a la prevista en el TRLCAP. Tal penalidad agravada se motivó en la Memoria Justificativa que acompañaba a la propuesta de inicio del expediente de contratación, apelando a la necesidad de contar con el suministro en el menor plazo posible y evitar así el desabastecimiento, de lo que se deduce que el plazo de entrega era elemento esencial en el contrato.

**QUINTO.-** Mediante resolución de 28 de julio de 2009 -impugnada en los autos de los que trae su causa la Sentencia apelada- se le impone a la demandante la penalidad calculada con arreglo al PCAP y PPT, según se recoge en el Contrato firmado entre el INSS y el demandante. En concreto sobre un importe de 835.916,05 euros facturados, la penalidad impuesta asciende a 587.905,03 euros, y para su cobro el INSS le abonó la diferencia entre el importe del contrato y la citada penalidad, pagándole por tanto 248.011'02 euros, cantidad que recibió el 24 de agosto de 2009.

**SEXTO.-** Conforme a estos hechos sucintamente expuestos y en los aspectos que importan en este litigio, la resolución reseñada en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia se basa, por un lado, en que el incumplimiento es sólo imputable al contratista; en segundo lugar, que el artículo 95.3 TRLCAP apodera a la Administración para incluir en el PCAP « unas penalidades distintas » a las del citado artículo, lo que es el caso de autos pues en virtud del contrato adjudicado y firmado el 19 de octubre de 2007, la apelante quedó sujeta al PCAP y al PPT, condiciones que aceptó y esa fórmula específica de cálculo consta en la Cláusula 7ª del contrato (folio 380 del Expediente).

**SÉPTIMO.-** A partir de lo expuesto y ordenando las cuestiones litigiosas, la primera es si, una vez ejecutado el contrato, la Administración podía imponer penalidades encaminadas a exigir el cumplimiento del contrato en plazo o si debió imponerlas durante la ejecución fuera de plazo para así compeler a esa ejecución. Tales penalidades no son sanciones en sentido estricto, sino penalidades contractuales coercitivas para compeler al contratista para que ejecute el contrato cuyo plazo de ejecución total o parcial ha sido rebasado. Por lógica se está ante un contrato cuyo plazo de ejecución total se ha incumplido pero que aun no se ha ejecutado, pues de no ser así el artículo 95.3 no daría a la Administración la posibilidad de optar entre resolver o compeler al contratista con esas penalidades.

**OCTAVO.-** Confirma lo dicho, por ejemplo, que es en sede de ejecución y modificación del contrato donde se ubica el artículo 95 TRLCAP y concordantes del Reglamento de desarrollo aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre; añádase que el artículo 98 del Reglamento apodera a la Administración para prorrogar el plazo de ejecución en caso de imposición de penalidades, lo que implica un contrato pendiente de ejecución, no como en el caso de autos que se está ante un contrato totalmente ejecutado aun fuera de plazo. Y por último, la lógica del sistema de penalizaciones no puede llevar -y es uno de los alegatos de fondo de la actora- a un resultado desproporcionado.

**NOVENO.-** Esa lógica del sistema de penalización busca, precisamente, que ante un horizonte manifiestamente gravoso, el contratista incumplidor del plazo de ejecución -ya sea total o parcial-, reaccione, sea diligente para ejecutar cuanto antes el contrato y evitar así que, a base de coerción económica, le acabe resultado antieconómico cuando no ruinoso. Este es el caso de autos donde el beneficio del contratista es ficticio pues el importe de la penalización alcanza al 70'3% del precio del contrato, con lo que cobra sentido lo razonado por el apelante en cuanto que el resultado final ha sido el enriquecimiento injusto de



la Administración que, gracias a las penalidades, ha reducido en ese porcentaje el precio del contrato que finalmente se ejecutó.

**DÉCIMO.-** Por otra parte que esas penalidades se hagan efectivas con cargo al precio final no contradice las anteriores conclusiones. Una cosa es que al incumplirse los plazos se acuerde no resolver el contrato, sino exigir su ejecución compeliendo al contratista mediante esa coerción económica, y otra cosa es que el cobro de las mismas se haga al tiempo de emitirse las certificaciones o, como en autos, la factura final. Por tanto, que el cobro material sea posterior, aun ya ejecutado tardíamente el contrato, no quita para lo relevante sea que tal detracción deba contar con un título que lo ampare, que es la decisión de aplicarle esas penalidades, decisión que por lógica debe adoptarse estando pendiente cumplir el contrato, aunque se liquiden a posteriori.

**UNDÉCIMO.-** A las penalidades contractuales les son aplicables, por analogía, el régimen de las multas coercitivas como instrumento de ejecución forzosa. Como el resto de los medios de ejecución forzosa del artículo 96 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deben tener un título que le sirva de fundamento (artículo 93). En este caso serían la orden de incoación del procedimiento de imposición de penalidades y el acto impugnado, resolución que debió dictarse cuando la obligación contractual de realizar el suministro estaba viva y pendiente, pero no cuando ya se ha ejecutado. De no ser así tal potestad de imposición de penalidades incurre en desviación de poder, pues al carecer ya de utilidad coercitiva y buscaría un fin o sancionador o indemnizador.

**DUODÉCIMO.-** El criterio del INSS es, en parte, el del Informe 6/01, de 3 de julio de 2001 de la Junta Consultiva de Contratación que admite las penalidades aun ejecutado el contrato, por su "clara" (sic) finalidad "sancionadora y compensatoria". Por el contrario Tribunal Supremo indica que estas penalidades no son sanciones en sentido estricto, sino que constituyen un medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación a modo de cláusula penal del artículo 1152 del Código Civil ( SSTS Sala 3ª, Sección 5ª de 6 de marzo de 1997 y Sección 4ª de 18 de mayo de 2005, recurso 2404/2003 ), lo que confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 5ª, recurso 983/2006, con cita de otra Sentencia de 18 de junio de 2001.

**DÉCIMO TERCERO.-** En todo caso, el supuesto de autos -contrato de suministro y distribución- difiere de otras figuras contractuales en las que podría plantearse que estas penalidades difieran de su naturaleza coercitiva, como es el caso del contrato de concesión de obra pública. Así en el artículo 252 TRLCAP, aparte de prever que en los PCAP puedan establecer y graduar el catálogo de incumplimientos, cuando esos incumplimientos se dan en fase de ejecución se remite al artículo 95 (artículo 252.5), lo que no quita para que, aparte de las penalidades como la de autos, puedan imponerse ya multas coercitivas de hasta 3000 euros diarios (artículo 256.6). Ahora bien, estas multas proceden si persiste el incumplimiento de las obligaciones, de lo que se deduce que se trata de coerciones añadidas o agravadas.

**DÉCIMO CUARTO.-** Conforme a lo expuesto se estima el recurso de apelación, con revocación de la Sentencia y en cuanto a las pretensiones ejercitadas en primera instancia, se estima la anulación de la penalidad impuesta de 587.905,03 euros, cantidad cuyo pago procede. En cuanto al resto de las pretensiones, en lo que hace a la anulación de la Cláusula 7ª del contrato en relación con los puntos 11.3 y 6 del PCAP y del PPT, se desestima por no haber sido impugnadas en su momento, aparte de que, en sí mismas, son conformes al TRLCAP al prever el artículo 95.3.2º el establecimiento de penalidades específicas, distintas de las legales. Cosa distinta es que se haya hecho una indebida aplicación de sus previsiones tal y como se ha expuesto en los anteriores Fundamentos.

**DÉCIMO QUINTO.-** Distinta es la segunda de las pretensiones, esto es, la reclamación de intereses legales, incrementados en 1'5% (artículo 110.4 TRLCAP) sobre la cantidad en que consiste la penalidad y sobre la cantidad efectivamente pagada por la Administración (248.011'02 euros), intereses calculados en ambos casos desde el 25 de diciembre de 2008. La actora presentó al cobro la factura antes indicada y la Administración le informó que no era procedente su pago hasta que concluyese el procedimiento de imposición de penalidades (cf. folios 554, 677 y 924);

**DÉCIMO SEXTO.-** Tal pretensión resarcitoria se desestima pues la resolución impugnada se anula al amparo del artículo 63 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no del artículo 62.1, luego produce efectos *ex nunc*, y no *ex tunc*. Además la actora reclama unos intereses que se devengan de no mediar controversia sobre la ejecución del contrato y añádase que, de haber sido procedentes las penalidades, éstas serían aplicables sobre certificaciones o sobre la factura final, luego una vez aplicadas es cuando la Administración incurriría en mora.

Que de conformidad con el artículo 139,2 de la LJCA no se hace imposición de costas por haber sido estimado el recurso de apelación.

Vistos los anteriores Fundamentos de Derecho y en virtud de todo lo expuesto



## FALLAMOS

1º Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por ARTES GRÁFICAS GANDOLFO SA, se revoca la Sentencia reseñada en el Antecedente de Hecho Segundo de esta Sentencia.

2º Se estima la demanda y se anula la resolución del Director General del INSS reseñada en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia en cuanto a la penalidad de 587.905'03 euros.

3º Se desestima la demanda en cuanto a la reclamación de intereses incrementados en 1'5% del artículo 110.4 TRLCAP

4º No se hace imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la cual no cabe recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ