



Roj: **STSJ CV 3642/2016 - ECLI:ES:TSJCV:2016:3642**

Id Cendoj: **46250330052016100467**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valencia**

Sección: **5**

Fecha: **18/05/2016**

Nº de Recurso: **675/2013**

Nº de Resolución: **476/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **ROSARIO VIDAL MAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 675/13

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

S E N T E N C I A N U M . 4 7 6 / 1 6

En la ciudad de Valencia, a dieciocho de mayo de 2016.

Visto por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. don FERNANDO NIETO MARTIN, Presidente, don JOSE BELLMONT MORA, doña ROSARIO VIDAL MAS, don EDILBERTO NARBON LAINEZ y DOÑA BEGOÑA GARCIA MELENDEZ, Magistrados, el Rollo de apelación número 675/13, interpuesto por el Letrado del AYUNTAMIENTO DE VALENCIA, en la representación que ostenta, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Valencia, en fecha 14.10.13, en el recurso Contencioso-Administrativo 269/12 , a instancias de BM3 OBRAS Y SERVICIOS, representada por el Procurador DON FRANCISCO CERRILLO CUESTA y asistida por el letrado DON CARLOS PRIMO GIMÉNEZ siendo Ponente la Magistrada Doña ROSARIO VIDAL MAS y a la vista de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo mencionado se remitió a esta Sala el antedicho recurso contencioso-administrativo junto con el recurso de apelación mencionado, estableciendo el Fallo de la sentencia:

" ESTIMANDO el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Cerrillo Ruesta en nombre y representación de la mercantil BM3 OBRAS Y SERVICIOS, S.A. contra la resolución del Ayuntamiento de Valencia de fecha 24-2-12 donde estimando parcialmente el recurso de reposición, interpuesto contra el acuerdo de dicho Ayuntamiento de fecha 9-12-11, DEBO ANULAR Y ANULO el mismo por ser contrario a derecho."

El acto administrativo anulado tenía el siguiente contenido:

"Imponer a BM3 la penalidad prevista en el artículo 26 del pliego de cláusulas administrativas particulares por incumplimiento de sus obligaciones, en su grado mínimo del 51% del importe de adjudicación del contrato. El porcentaje de 51 % ascendía a 217.901, 80 euros.

Imponer a la citada empresa la penalidad prevista en el artículo 210.3 de la LCSP , por incumplimiento grave del apartado 2 b) del artículo 210 en cuanto a la información completa de la parte subcontratada, preciso para poder conocer el importe total de la subcontratación. El importe de esta penalidad asciende a 19.640,80 euros.



Modificar el punto sexto del acuerdo recurrido en el sentido de reconocer derechos por importes de 217.901,80 euros y 19.640,80 euros correspondientes a penalidades impuestas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de Apelación que fue admitido y elevados los autos a esta Sala.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 17.5.16.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTACION JURIDICA

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de Apelación al estimar la Apelante que la sentencia de instancia se está basando en una doctrina de esta Sala que no es la vigente que viene representada por la sentencia de 15 de diciembre de 2011 que mantiene la tesis contraria. En cuanto a la fecha de imposición de las penalidades, señala que la misma se produjo antes de la recepción de las obras pero que, en cualquier caso, el carácter técnico de dicha recepción y la afección de las garantías a tales penalidades suponen la procedencia de su imposición durante el período de garantía.

La apelada se opone porque la apelante reitera en esta instancia los mismos argumentos que ya han sido rebatidos por la sentencia de instancia, aportando sentencias que mantienen la postura contraria, manteniendo igualmente la inviabilidad de la imposición de sanciones concluida la obra porque su finalidad de intimar el debido cumplimiento ya no puede producirse.

La sentencia de instancia destaca como hechos relevantes los siguientes:

" Por acuerdo del Ayuntamiento de Valencia de fecha 30-4-10 se acordó la adjudicación definitiva del contrato de redacción del Proyecto de construcción y a la ejecución de la obra, siendo designado como director de la obra la UTE NAC ARQUITECTOS SPL, Higinio . En fecha 27-5-2011 se acordó iniciar procedimiento contradictorio de imposición de posibles penalidades por incumplimiento del contrato de redacción de proyecto y ejecución de la obra contra la adjudicataria, aquí recurrente, por no haber cumplido con su obligación que presentó en su oferta respecto al número de personas a contratar y de jornadas de alta en la seguridad social, y por incumplir su obligación de informar de los subcontratos realizados o que pretendía realizar. Tras la presentación de alegaciones, en fecha 9-12-10 se acordó imponer la penalidad prevista en la cláusula 26 del Pliego de cláusulas administrativas por incumplimiento muy grave y la penalidad prevista en el artículo 210,3 de la LCSP . En la resolución del recurso de reposición se estimó parcialmente el mismo imponiendo las penalidades en su grado mínimo, en las cuantías de 217.901,80 euros y 19.640,80 euros ."

Alegada caducidad del procedimiento porque iniciado el 27-5-11 terminó el 9-12-11 y nulidad de la penalidad por haberse producido tras la recepción de las obras, la sentencia, aplicando la sentencia de esta Sala y Sección de 31-5-2011 , donde se apreció la existencia de caducidad del procedimiento, llega a esa misma conclusión y señala:

" Este juzgador se acoge a dicha doctrina, toda vez la imposición de penalidades exige la tramitación de un procedimiento que como tal está sujeto a un plazo máximo para su resolución, y ante el silencio de la LCSP, debe aplicarse la Ley 30/92, tal y como determina la DF 8ª de la Ley 30/07 , LCSP; la administración no acredita las dilaciones imputables al recurrente, habida cuenta, la mayoría de los requerimientos de documentación se realizaron antes de iniciarse el procedimiento para la imposición de las penalidades recurridas, debiendo por tanto estimarse el recurso anulando el acto impugnado por caducidad del procedimiento por haber transcurrido en mucho el plazo de tres meses previsto en el artículo 44 de la Ley 30/92 ."

SEGUNDO.- La primera cuestión que debemos señalar es que constituyendo el objeto del presente recurso dos penalidades, una por importe de 217.901,80 euros y otra por importe de 19.640,80 euros, el presente recurso tan sólo es admisible respecto a la primera de ellas a la vista de lo dispuesto en el artículo 81.1.a) de la LJCA para dar acceso al recurso de apelación, por lo que no es susceptible del mismo.

Por tanto, no procede la admisión del presente recurso respecto a la misma, siendo reiterada la Jurisprudencia respecto a que las causas de inadmisibilidad, llegados a este momento procesal, lo son de desestimación, como se establece, entre otras muchas en la STS 856/2011 de 2 de marzo :

"...Pues bien es jurisprudencia constante de esta Sala que no debe considerarse precluida la posibilidad de apreciar la inadmisión del recurso, aunque ésta haya de apreciarse en sentencia y suponga la desestimación del recurso. De igual modo es constante y reiterada la jurisprudencia de esta Sala declarando que resulta irrelevante, a efectos de la inadmisibilidad del recurso de casación, que se haya tenido por preparado el recurso



en la instancia o el ofrecimiento del mismo al notificarse la resolución impugnada, siempre naturalmente que concurra realmente una causa de inadmisión.

Asimismo, es reiterado el criterio de nuestra jurisprudencia que considera que para apreciar esta causa de inadmisibilidad no es obstáculo el que no se hubiere denunciado expresamente, pues si esta Sala ha de revisar de oficio y puede apreciar el carácter no recurrible de las resoluciones, ningún obstáculo hay para apreciarlo en trámite de sentencia, sin más que convertir en causa de desestimación del recurso de casación la causa de inadmisibilidad. Lo contrario supondría resolver un recurso de casación en un supuesto en el que está vedado por el legislador en contra de la ley que legitima y regula la actuación de los tribunales y de la finalidad de protección de la norma que tiene el recurso de casación..."

TERCERO.- Efectivamente, tal como señala la parte apelada, la sentencia de instancia está aplicando unos criterios que no son los que se mantienen por esta Sala y Sección a partir de la sentencia 891/11 de 15 de diciembre, recaída en el Rollo de apelación número 931/10 -criterios mantenidos en la más reciente sentencia 183/16 de 24 de febrero, recaída en recurso de apelación 255/13 -, en la que respecto a esta cuestión, posibilidad de aplicación a los contratos administrativos -a sus cláusulas en general- del instituto de la caducidad, partíamos de los distintos pronunciamientos llevados a cabo en esta Sala, a través de las sentencias número 1315/99, de 21 de julio de la Sección Tercera, número 1381/2007, de 21 de julio de la Sección Tercera, de fecha 30 de marzo de 2011, recaída en recurso de apelación 454/2010 de esta Sección Quinta y 31 de mayo de 2011 en recurso de apelación 735/10 de la Sección Quinta, para pasar a analizar la STS de 28-6-2011, recaída en recurso 3003/2009, Ponente el Ilmo Sr Díaz Delgado en la que se establece:

"... El motivo de casación que acabamos de resumir no puede prosperar toda vez que es jurisprudencia reiterada de esta Sala la de considerar aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos específicos de resolución de contratos administrativos. En este sentido, se ha de destacar, entre otras y además de la ya citada por la Sala de instancia, la sentencia de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2007 (recurso de casación num. 7736/2004), en cuyo Fundamento de derecho cuarto se sostiene que "(...)En consecuencia lo que procede habida cuenta de lo hasta aquí expuesto, es examinar si como mantiene el motivo, se produjo la caducidad del expediente incoado para resolver el contrato, o, si lejos de ello, esa caducidad como sostuvo la Sentencia de instancia no tuvo lugar, al no tratarse el procedimiento iniciado para su declaración de un procedimiento independiente o autónomo sino de una incidencia de la ejecución del contrato y, por tanto, no sujeto al plazo de caducidad previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

En este sentido la Sentencia de instancia en el fundamento de Derecho sexto tras reproducir la posición que mantuvo la sociedad recurrente rechaza la caducidad con el siguiente argumento: "La Sala en congruencia con pronunciamientos precedentes, entiende que la alegación no puede prosperar, por no hallarnos ante un procedimiento iniciado de oficio por la Administración demandada como alega la parte actora, sino ante una incidencia en una relación bilateral entre partes como consecuencia de la suscripción de un contrato administrativo, es decir, un incidente de la ejecución de un contrato suscrito entre ..., correspondiente a un procedimiento legalmente contemplado, en el art. 112 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al que no resulta de aplicación la caducidad alegada aplicable en todo caso a los procedimientos iniciados de oficio, por lo que procede la desestimación de la alegación efectuada".

Planteadas las posturas de ambas partes, el motivo ha de estimarse. El art. 60 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, disponía que "dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista". La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprobó el texto refundido de la Ley, es idéntico al precepto transcrito numerado en ella como art. 59.

Partiendo de esa norma es claro que entre las prerrogativas que en materia de contratación pública poseen las distintas Administraciones se halla la de resolver los contratos determinando los efectos de esa decisión, y esa resolución la pueden acordar los órganos de contratación bien de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine, y añade la norma que los acuerdos que decidan la resolución pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. De lo anterior deduce esta Sala que la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo y no un mero incidente de ejecución de un contrato, que tiene sustantividad propia, y que responde a un procedimiento reglamentariamente normado como disponía el art. 157 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, y como recoge ahora con mejor técnica y mayor precisión el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. A ratificar lo anterior ha venido la doctrina sentada en la Sentencia del Pleno de esta Sala de 28 de febrero de 2007, recurso de casación num. 302/2004,



que en su fundamento de Derecho Cuarto señala que "Así, en el caso de autos, la petición de intereses deducida es una incidencia de la ejecución de un contrato de obras. No existe un procedimiento específico relativo a la ejecución del contrato de obras; sólo lo hay, en la relación de procedimientos existentes para las peticiones de clasificación de contratistas , modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación".

Arrancando de lo expuesto hemos de coincidir con la posición que mantiene el motivo de modo que al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común , la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el art. 44 de la Ley 30/1992 , en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que "en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos" y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que "en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades...de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92 ".

Como consecuencia de lo expuesto cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común .

Por todo lo expuesto procede estimar el motivo y el recurso sin que resulte preciso resolver el segundo de los motivos alegado, y en consecuencia, debemos casar la Sentencia de instancia que declaramos nula y sin ningún valor ni efecto".

Asimismo, se ha de poner de relieve que esta Sala ha insistido en dicha doctrina en sentencia de 9 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina num. 327/2008 ...y 8 de septiembre de 2010 , en la que se desestimó el recurso argumentando que "En definitiva, existe ya una doctrina consolidada de este alto Tribunal que resuelve la alegada contradicción ... y, en definitiva, ha de prosperar el criterio adoptado por el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida que, en base a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, ha entendido que procedía anular la resolución administrativa, declarando la caducidad del expediente administrativo y el archivo del mismo".

Por ello, llegábamos a la conclusión de que:

" Por tanto, es consolidada la Jurisprudencia siempre y cuando se refiera a uno de estos expedientes de resolución contractual, criterio que la sentencia del Pleno de 28 de febrero de 2007 , hemos visto que estima aplicable también, exclusivamente, a los supuestos de "clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación", por tratarse, todos ellos, de supuestos que tienen fijada, reglamentariamente, tramitación especial.

En el presente caso, nos hallamos ante la aplicación de una cláusula contractual que establece una deducción económica derivada del incumplimiento adecuado del contrato, por tanto, ante una cuestión de ejecución del mismo que no conlleva tramitación de un procedimiento al margen sino que se produce en el seno del propio expediente de contratación, expediente regido por un Pliego que remite, como legislación supletoria a las normas generales de la Administración municipal, tampoco especialmente a la Ley 30/1992, a diferencia de supuestos analizados anteriormente, por tanto, estimamos, a diferencia de procedimientos anteriores, modificando nuestro criterio y retomando el que se vino manteniendo en la Sección Tercera, no aplicable el instituto de la caducidad al expediente general de contratación administrativa, salvo los casos expuestos en que se trata de procedimientos especiales dentro del mismo y con tramitación también especial, por estimar que si bien nos hallamos ante un procedimiento iniciado de oficio por la Administración, al iniciarse los trámites para la contratación administrativa, el mismo se inicia con el carácter bilateral que determina el contenido obligacional recíproco por el concurso de voluntades que se plasma en el contrato, no previéndose este efecto preclusivo para la normal exigencia de los derechos-obligaciones derivados del mismo, cual es la cláusula de autos y aún cuando una de las partes está dotada de especiales prerrogativas en la interpretación y ejecución del contrato, lo bien cierto es que está actuando en virtud de facultades otorgadas por la otra parte en la suscripción de aquel y exigiendo efectos de la misma forma asumidos por quien se ve compelido a asumirlos ."

CUARTO.- También la segunda de las cuestiones ha sido objeto de pronunciamiento previo por esta misma Sala y Sección y así, en la ya citada sentencia 183/16 de 24 de febrero, recaída en recurso de apelación 255/13, vinimos a establecer:

" CUARTO.- En torno a la segunda cuestión es decir, la posibilidad de exigir la cláusula penal una vez producida la recepción de las obras, debemos comenzar con el análisis de esta figura jurídica, regulada en el artículo 196 de la LCSP, vigente al tiempo del de autos y que establece:

"1. Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 53.2 y 102.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por ciento del presupuesto del contrato.

...

4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato.

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

5. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por ciento del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

6. La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

7. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

8. Las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que serán inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones

Volviendo a la citada sentencia 891/11 señalábamos:

"... deberemos determinar la naturaleza jurídica del acto que analizamos como punto de partida ineludible para la resolución postulada...

El Pliego de condiciones económico-administrativas dedica la número 25 al Incumplimiento del contrato y penalidades administrativas y distingue dos apartados, el retraso en la prestación del servicio y la deficiente prestación del mismo, dentro de esta última, distingue a su vez entre penalidades por deficiente prestación del servicio y deducciones que los Servicios Técnicos Municipales efectúen mensualmente en las certificaciones que libren por causa de servicios no prestados o prestados deficientemente que se efectuaran aplicando los precios en vigor de cada uno de los medios no utilizados o personal ausente, uniendo los porcentajes de personal indirecto, gastos generales y beneficio industrial.

Es después de esto, volviendo a las penalidades, cuando regula el llamado procedimiento sancionador en el que distingue entre incumplimientos leves, graves y muy graves y a los que dedica una penalización entre 300 y 900 € por día en que persista la infracción, que serán detraídas directamente de la garantía definitiva constituida por el contratista que está obligado a reponerla en el plazo de diez días.

Posteriormente, el contrato se remite a los Pliegos previamente aprobados.

Por tanto, en cuanto a la naturaleza jurídica del acto que analizamos, la primera conclusión que se obtiene es que aún cuando el propio Pliego denomine infracción y procedimiento sancionador, no estamos ante un procedimiento de esta naturaleza sino ante cláusulas penales contractuales, que ya han sido objeto de análisis



por esta misma Sala, Sección Tercera, así en la sentencia de 2.1.99, recaída en recurso contencioso-administrativo 3466/1995, que reproduce los criterios establecidos a su vez en la sentencia de 24.1.94 en recurso contencioso-administrativo 1965/93 señalábamos:

"De otro lado, nuestro ordenamiento jurídico no define en general las sanciones administrativas, habiendo sido consideradas por la doctrina como "cualquier mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal, a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora". A la vista de esta definición, en relación con el presente supuesto, podemos observar, en primer lugar, que no se trata de un mal infringido por la Administración a un administrado en cuanto a tal, sino como parte en un contrato determinado suscrito con ella; en segundo lugar, no se trata de una conducta ilegal, al no ser contraria al ordenamiento jurídico, sino a los pactos contenidos en el contrato, en tercer lugar, el procedimiento tras el que se impone la sanción ha sido asimismo pactado por las partes, es decir, libremente aceptado por ambas inicialmente; en cuarta lugar, la finalidad no es puramente represora y en este apartado, vendría a coincidir con otra institución propia del Derecho Administrativo, la multa coercitiva, ya que se trata, mediante la imposición de la sanción, de doblegar la voluntad del obligado a fin de obtener el cumplimiento de las cláusulas contractuales incumplidas, participando también las sanciones de autos de la característica propia de la multa coercitiva de la inaplicación del principio non bis in ídem que rige sin embargo en las sanciones administrativas. De todo ello, podemos concluir que no estamos en presencia de una sanción administrativa, sino de una sanción contractual del artículo 228 del Reglamento, ya citado. En este sentido, conviene también señalar que la Jurisprudencia ha estimado entre otras, sentencia del tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 1.991) que "la Administración no ejercita, en los casos de penalizaciones basadas en las cláusulas contractuales penales su potestad sancionadora, sino en el contexto de la contratación administrativa, haciendo aplicación de cláusulas contractuales asumidas por las partes, apareciendo el ejercicio de la penalidad o penalidades acordadas insertas en el marco propio de la contratación administrativa, donde, como ocurre en el derecho civil, las cláusulas penales establecidas en los contratos, a pesar de esa denominación, se rigen por las normas reguladoras de las obligaciones y en especial por las de los contratos sinalagmáticos, sin que la posición privilegiada que ocupa la Administración en la contratación administrativa altere a desnaturalice las relaciones jurídicas surgidas de la convención aceptada por las contratantes". Sigue diciendo la sentencia que "La exigencia o aplicación de una penalidad contractualmente asumida no significa que se haya de situar la Administración en el plano del derecho administrativo sancionador ni que se ejercite la potestad sancionadora, sino que pura y simplemente se da o se exige el derecho de una de las contratantes respecto del otro de unas previsiones contractuales contenidas en el contrato, poniendo en marcha los mecanismos contractualmente aceptados para el ejercicio de tal derecho, porque la cláusula penal, en un contrato civil a administrativo, generalmente no ha de suponer necesariamente salvo previsión de esta exigencia) la existencia de culpa, sino que puede representar la expresión de una responsabilidad económica de carácter objetivo, voluntariamente aceptada por la parte a quien perjudica, como mecanismo jurídico de corrección de los posibles incumplimientos contractuales".

Y tras este análisis, destacábamos que:

" Sentado este criterio y abordando la cuestión relativa a la posibilidad de su reclamación posteriormente a la recepción de las obras del contrato, compartimos la respuesta negativa que han venido dando otros TSJ, así, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 140/2012, de fecha 26 de marzo de 2014 , establece al respecto:

"...como ya ha declarado esta Sección, entre otras, en Sentencia de 2 de marzo de 2011 , las penalidades son de carácter económico y consisten en la fijación de una cantidad a pagar por el contratista, en función del tiempo de demora y del importe del contrato, conforme a una escala que se contiene en el artículo 95.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000 , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas referida normativa. De forma similar se pronunciaban los artículos 96 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y 45 de la Ley de Contratos del Estado de 18 de abril de 1965 y los artículos 137 y 138 del Reglamento de 25 de noviembre de 1975 y se pronuncia el artículo 196 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público .

La imposición de penalidades es utilizada en la contratación administrativa como medio coercitivo ó de presión al contratista, que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de las obligaciones contractuales dentro del plazo prefijado, buscando así la terminación de la obra en el tiempo previsto, por lo que reiteradamente se ha entendido, y así también lo ha dicho esta Sala en Sentencias de 16 de Septiembre del 2009 y 11 de Junio del 2010 , que tales penalidades pueden imponerse una vez que el contratista incurra en mora durante la ejecución del contrato pero no una vez finalizada la obra, ya que como hemos expuesto su finalidad es intimar el debido cumplimiento del contrato y corregir los eventuales incumplimientos contractuales y no castigar conductas, al no tener estas penalidades naturaleza estrictamente sancionadora, por lo que perderían dicha finalidad."



La de 14 de mayo de 2008 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña establece:

"Como ya ha declarado esta Sala, las penalidades que prevé el artículo 96 LCAP constituyen un mecanismo que tiene la finalidad de constreñir al contratista al debido cumplimiento de sus obligaciones dentro del plazo prefijado, asegurando así la terminación de la obra en el tiempo previsto. Se trata de una posibilidad alternativa a la resolución del contrato, puesto que la Administración puede optar entre una y otra, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, pero lo que no cabe es la imposición de penalidades por demora cuando ya ha terminado la ejecución de las obras, puesto que en tal caso queda desvirtuada la finalidad de la institución, que no es otra que la de compeler al contratista para que cumpla debidamente sus obligaciones contractuales, como se desprende del citado artículo 96 LCAP. Así la sentencia de 18 de junio de 2001 (al cabo de diez meses de extenderse el acta de recepción) y en la de 6 de junio de 2005 (había transcurrido totalmente el plazo de garantía). Idéntica "ratio" concurre en el caso de autos.

Ello no significa, como es lógico, que la Administración no pudiera resarcirse de los daños y perjuicios que le hubiere causado la demora, como así lo permite el artículo 65.d) LPCat, pero no por esta vía anómala como parece haber pretendido".

QUINTO.- Aplicando esta doctrina al presente caso, estaríamos ante esta misma conclusión, si bien, debemos destacar que a la vista del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la número 26, dedicada a las penalidades por incumplimiento señala que se impondrán cuando el contratista incurra en algunas de las causas previstas a continuación:

"Por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución", en cuyo caso se prevé que "podrá verificarse por el órgano de contratación en cualquier momento durante la ejecución del contrato y, en todo caso, se comprobará el tiempo de la recepción de las obras"

"Por cumplimiento defectuoso...si al tiempo de la recepción de las obras no se encuentran en estado de ser recibidas por causas imputables al contratista"

"Por incumplir criterios de adjudicación...si durante la ejecución del contrato o al tiempo de su recepción, se aprecia que, por causas imputables al contratista, se ha incumplido alguno o algunos de los compromisos asumidos en su oferta, en especial los relativos al volumen de mano de obra a utilizar en la ejecución del contrato..."

"Por demora cuando el contratista, por causas que le sean imputables hubiera incurrido en demora, tanto en relación con el plazo total como en los plazos parciales establecidos, se estará lo dispuesto en el art. 196 de la LCSP en cuanto a la imposición de estas penalidades"

Penalidad especial. Para el caso de que el Ayuntamiento, por incumplimiento imputable al contratista, pierda la financiación, el contratista debe aportar al mismo la cantidad que la Corporación deba reintegrar y si la obra no ha sido terminada, se terminará a costa del contratista.

De todo ello cabe concluir que, conforme a lo expuesto anteriormente, nos encontramos con una cláusula que contiene tanto penalidades en sentido estricto como indemnizaciones de daños y perjuicios pactados con carácter previo y no sólo según la causa sino, fundamentalmente, según el momento en que la misma se ha producido, así, mientras que las a, c, d y e tienen esa naturaleza mixta según el momento en que se hagan valer, la b) tiene un carácter indiscutiblemente indemnizatorio, nunca de cláusula penal en el sentido ya analizado.

Respecto a la que nos ocupa, de 217.301,80€, a la vista de la resolución administrativa se desprende que ha sido impuesta por "i ncumplimiento muy grave de las condiciones especiales de ejecución previstas en la cláusula 24 a)...atendiendo al hecho de que porcentaje de incumplimiento de contratación de mano de obra es superior al 50%, ya que solo ha llegado a un total de cumplimiento de 1.532 jornadas de nuevos trabajadores de las 15.300 ofertadas lo que supone un 10.01% y un incumplimiento del 8999%, habiendo llegado a 184 jornadas de personal ya contratado de las 225 ofertadas que es un 8178% (siendo un incumplimiento global del 8895%) y teniendo en cuenta la reiteración de los requerimientos y fijando en su grado mínimo del 5 01% puesto que no incumple el criterio de adjudicación relativo al volumen de mano de obra previsto. ..."

Por tanto, estamos ante un incumplimiento que ha venido siendo desarrollado desde el inicio de la ejecución del contrato, que a tenor de la propia resolución ha sido objeto de requerimientos previos y que sólo ha llegado a materializarse a la finalización del contrato, es decir, cuando a parte de la valoración económica del incumplimiento ninguna otra consecuencia de carácter intimatorio puede alcanzar la misma, por lo que se desnaturaliza la medida en los términos anteriormente indicados, razones que nos llevan a la desestimación del recurso en cuanto a esta penalización y a la confirmación de la sentencia de instancia aún cuando no se acepten sus fundamentos jurídicos, lo que no altera el Fallo de la misma.



SEXTO.- Dispone el artículo 139.2 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, reguladora de esta Jurisdicción, que en las demás instancias (es decir, salvo las resoluciones dictadas en primera o única instancia) se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, lo que a pesar de que concurre en el presente caso, estimamos que no procede imponerlas puesto que las razones que llevan a la desestimación no suponen la confirmación de los fundamentos jurídicos sino el acogimiento parcial de los expuestos por la parte apelante, por lo que no procede imponerlas al mismo.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y de general aplicación

FALLAMOS

1) La desestimación del recurso de Apelación interpuesto por el Letrado del AYUNTAMIENTO DE VALENCIA, en la representación que ostenta, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Valencia, en fecha 14.10.13, en el recurso Contencioso-Administrativo 269/12 confirmando el Fallo por las razones aquíexpuestas.

2) La no imposición de las costas causadas en el presente expediente.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvanse los Autos a su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Iltra. Sra. Magistrada Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.