



Roj: **STSJ CL 2790/2006 - ECLI:ES:TSJCL:2006:2790**

Id Cendoj: **09059330012006100265**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **26/05/2006**

Nº de Recurso: **285/2004**

Nº de Resolución: **290/2006**

Procedimiento: **OTROS ASUNTOS CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA BEGOÑA GONZALEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Ciudad de Burgos a veintiséis de mayo de dos mil seis.

En el recurso contencioso-administrativo tramitado con el numero 285/2004 interpuesto, por la Entidad Mercantil Proyectos y Construcciones Reunidos S.A. representada por la Procuradora Doña Lucia Ruiz Antolín y defendida por el Letrado Don Emilio Pérez Martín contra la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León de veintisiete de febrero de dos mil cuatro que resuelve el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra la imposición de penalidades por el incumplimiento de la ejecución del contrato de obras para la ampliación del Centro Educativo Simón de Colonia de Burgos, habiendo comparecido como parte demandada la Junta de Castilla y León representada y defendida por el Letrado de la misma en virtud de la representación que por Ley ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte demandante se interpuso el presente recurso contencioso administrativo fecha veintidós de abril de dos mil cinco.

Solicitado el expediente se dio traslado del mismo a la parte actora para que formalizase demanda lo que verifico por medio de escrito de fecha veintiocho de junio de dos mil cuatro que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando se dicte sentencia por la que estimando el recurso interpuesto se declare no ser conforme a derecho y en consecuencia se anule la resolución recurrida la contra la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León de veintisiete de febrero de dos mil cuatro que resuelve el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra la imposición de penalidades por el incumplimiento de la ejecución del contrato de obras para la ampliación del Centro Educativo Simón de Colonia de Burgos, por la que se impuso a la recurrente la penalidad por importe de 34.141,77€, deduciendo dicha cantidad del saldo de la certificación final de obra.

E imponga expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Se confirió traslado de la demanda por termino legal a la parte demandada quien contestó a la misma mediante escrito de veintinueve de septiembre de dos mil cuatro oponiéndose al recurso y solicitando se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba se practicó con el resultado que obra en autos, solicitándose por las partes la presentación de conclusiones escritas, se evacuó traslado para cumplimentar tal trámite, quedando el recurso concluso para sentencia, y no pudiéndose dictar ésta en el plazo de diez días previsto en el art. 67.1 de la Ley 29/98 , al existir recursos pendientes de señalamiento para Votación y Fallo con preferencia, y puesto que el art. 64.3 de la misma Ley , establece que tal señalamiento se ajustará al orden expresado en el apartado 1 del artículo anterior y existiendo en la Sala recursos conclusos de fecha anterior, y por tanto con preferencia para efectuar su señalamiento al de este recurso, quedaron los autos pendientes de señalamiento de día para Votación y Fallo, para cuando por orden de declaración de conclusos correspondiese, habiéndose señalado el día veinticinco de mayo de dos mil seis para votación y fallo, lo que se efectuó.



Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso jurisdiccional la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León de veintisiete de febrero de dos mil cuatro que resuelve el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra la imposición de penalidades por el incumplimiento de la ejecución del contrato de obras para la ampliación del Centro Educativo Simón de Colonia de Burgos, por la que se impuso a la recurrente la penalidad por importe de 34.141,77€, deduciendo dicha cantidad del saldo de la certificación final de obra.

Frente a dicho acuerdo se alza la parte recurrente invocando como argumentos de su pretensión impugnatoria que se ha infringido el ordenamiento jurídico al existir un error en la aplicación del derecho material del artículo 95.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, al no haberse producido la demora respecto al cumplimiento del plazo total por causas imputables al contratista, premisa que exige dicho artículo para sancionar la conducta del contratista y que en el presente caso no concurre.

Ya que la imposición de penalidades por demora es una potestad potestativa de la Administración que podrá o no imponerse en atención a las circunstancias del caso, no siendo preceptiva, considerando que en el presente caso concurren circunstancias suficientes para no imponer penalidad alguna.

Además de que el artículo 137 de la Ley 30/1992 establece que los procedimientos sancionadores respetaran la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1990.

Y la resolución impugnada infringe los anteriores artículos y la sentencia del Tribunal Constitucional por cuanto no ha constatado los hechos que se pretenden imputar a la recurrente, es decir, la existencia de retraso en el plazo de ejecución total de la obra por causas imputables al contratista, por lo que debe de prevalecer el principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 24 de la constitución y en el artículo 137 de la Ley 30/1992.

El artículo 129 de la Ley 30/1992 establece que solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento previstas como tales por la Ley, por lo que en el expediente de referencia no se ha infringido el precepto imputado el artículo 95 del TRLCAP, al no haberse producido el retraso en el plazo de ejecución total de la obra por causas imputables al contratista, tal y como ha probado el recurrente a la luz de los hechos expuestos, por lo que en virtud de ese artículo no procede sanción alguna.

Que conforme establece el artículo 131, si en todo caso se considera el comportamiento del contratista y demás circunstancias, como la intencionalidad de la misma a la hora de producirse el retraso, la naturaleza de los perjuicios causados y la no existencia de reincidencia en las obras realizadas para la administración, por lo que la penalidad impuesta es desproporcionada, vulnerándose dicho artículo.

Que es aplicable en el presente caso el antiguo Reglamento General de Contratos del Estado aprobado por Decreto 3410/75, al haberse publicado la convocatoria de este concurso antes de entrar en vigor el nuevo Reglamento aprobado por RD 1098/2001, por lo que al ser aplicable dicho Reglamento, no puede aplicarse el artículo 95.3 del RDL 2/2000, como se ha hecho incorrectamente en la resolución recurrida, por lo que en base al artículo 138, la penalidad a imponer dado el presupuesto de la obra es de 25.000 pesetas diarias.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 99.4 y 147 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, procede el inmediato pago de la certificación final de la obra a cuenta de la liquidación del contrato, por lo que si por sentencia firme se impusiera una penalidad esta se deducirá de la liquidación final respondiendo el recurrente con las garantías y fianzas prestadas, por lo que no se puede retener el pago de la certificación final nº 17.

SEGUNDO.- Frente a dicha pretensión, por la parte demandada se ha opuesto en la contestación a la demanda, rebatiendo puntualmente cada uno de los argumentos impugnatorios e indicando que en el informe de la Dirección Facultativa de fecha 28 de octubre de dos mil tres se hace constar, que respecto al cambio de cimentación no ocasiono retraso alguno, sino al contrario. Que respecto a las circunstancias meteorológicas, se trata de una obra a la intemperie, por lo que no puede pretenderse que tales circunstancias determinen una ampliación del plazo de ejecución, y que no obstante se tuvieron en cuenta, descontando por ello 21 días.

Que no existen indefiniciones del Proyecto y no son tales las alegadas por la recurrente, ni supusieron retraso alguno, y en cuanto al aumento del proyecto por este motivo ya se descontó otros 24 días, tres más incluso de los que propuso la Dirección Facultativa. Que tampoco es cierto que no se produjera la recepción de la obra por defectos de muy escasa entidad, sino porque quedaban pendientes de ejecución diversos trabajos, tanto en el



interior como en el exterior, que no obstante se descontaron otros 48 días, además de los 45 ya descontados en la Orden de 10 de diciembre de dos mil tres.

Que la ausencia de perjuicios, aunque fuera cierta, no justificaría que se anulará o rebajará la penalidad, ya que según la normativa aplicable, las penalidades por demora no excluyen la indemnización a la que la Administración tenga derecho.

Que ni el retraso en la ejecución de la obra es una infracción administrativa, ni la penalidad es una sanción, por lo que los artículos 137, 129 y 131 de la Ley 30/1992 invocados por la actora, no tienen nada que ver con el retraso y penalidad indicados. Que al artículo 138 del Reglamento de Contratos no puede oponerse al artículo 95.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dado el mayor rango de éste.

Y sin que los artículos 99.4 y 147 de dicho Texto obsten para que la penalidad impuesta se deduzca del saldo de la certificación final de la obra, siendo de advertir que tanto el artículo 139 del reglamento de Contratos de 1975, como el 99 del 2001 mandan que los importes de las penalidades por demora se hagan efectivos mediante deducción en las certificaciones de obra que se produzcan.

TERCERO.- Y Y sentadas así las distintas posturas procesales de ambas partes, hemos de iniciar el estudio del presente recurso indicando, en primer lugar, que con respecto a la aplicación de los principios sancionadores a la materia contractual esta Sala ya ha declarado en el recurso 790/2003, con la sentencia de fecha diez de marzo de dos mil seis, de la que ha sido Ponente Don Eusebio Revilla Revilla y en la que se precisaba que:

"Ya la Sala en el auto de fecha 3 de febrero de 2.004 dictado en el presente procedimiento, cuando resolvía declarar la competencia de la misma para conocer del presente recurso, admite expresamente que pese a utilizarse por el Ayuntamiento demandado expresiones tales como "procedimiento sancionador", "infracciones" y "sanciones", más que encontrarnos ante el ejercicio de la "potestad sancionadora" que los arts. 127 y siguientes de la Ley 30/1992 reconoce a toda Administración Pública con apoyo en la C.E., nos encontramos ante las facultades y prerrogativas que la LCAP 13/1995 reconoce en el art. 60 y siguientes a la Administración en el ámbito de los contratos administrativos. Y ello es así porque la potestad sancionadora prevista en los arts. 127 y ss. de la Ley 30/1992, según el art. 129 de la misma, tan solo alcanza a las infracciones administrativas, vulneradoras del Ordenamiento Jurídico, previstas como tales por una Ley, mientras que en el caso de autos nos encontramos ante unas infracciones y unas sanciones previstas expresa y explícitamente en un Pliego de Cláusulas Administrativas, y en un posterior contrato, pero que no se encuentran tipificadas legalmente. Esta última valoración es la que nos lleva a concluir que no nos encontramos propiamente ante el ejercicio de la potestad sancionadora que legalmente se reconoce al Ayuntamiento, sino ante el ejercicio de las facultades y prerrogativas que en el ámbito de la contratación administrativa se reconoce en la Ley 13/1999 (y también en el R.D. Leg. 2/2000 por el que se aprueba el TRLCAP) a la Administración contratante."

Como por otro lado ya había indicado el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala 3ª de 26-12-1991, de la que fue Ponente Don Francisco José Hernando Santiago, en la que se estimaba el Recurso de apelación interpuesto contra sentencia que declaró improcedentes las penalidades impuestas a la entidad recurrente en virtud de Resolución de la Dirección de Construcciones Navales Militares, por retraso en la entrega de construcción de buques, el TS lo estima, revoca la sentencia apelada y declara que la cláusula penal por la que se sancionó a tal entidad, no significa que se haya de situar a 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 uno de los contratantes respecto del otro de unas previsiones contractuales.

Por lo que los artículos y principios invocados por la parte actora relativos al derecho sancionador no resultan aplicables en el ámbito contractual en el que se desenvuelve el presente recurso.

CUARTO.- Por lo que con anterior premisa es necesario examinar en el presente caso si concurre el retraso que se imputa a la parte recurrente y que ha determinado la imposición de las penalidades que ahora impugna, todo ello partiendo de la base de que no estamos ante un ámbito sancionador y por tanto no son aplicables los principios invocados correspondientes al Derecho Sancionador, y así las cosas aparece en el expediente administrativo un informe de la Dirección facultativa integrada por Don Jesús María Alba Elías y Don Ignacio Martínez Fernández, obrante al documento 7, de fecha 28 de octubre de dos mil tres, donde se contesta a las alegaciones que se realizaban por la empresa contratista al documento 5, alegaciones básicamente idénticas a las que ahora se realizan en el presente recurso, y donde dicha dirección facultativa indicaba respecto al cambio de cimentación y la incidencia del mismo en cuanto al retraso en la ejecución de la obra, que dicho cambio se planteó a instancias de la propia constructora y que venía motivado precisamente por la velocidad en la ejecución y por la disponibilidad inmediata de la maquinaria precisa para ejecutarlo, por lo que terminaba concluyendo que no se consideraba que el cambio hubiera ocasionado retraso alguno, frente a este informe, la empresa contratista ha tratado de acreditar en autos a través de la prueba testifical de Don Jesús, que



el cambio si ocasiono un retraso, que dicho testigo cifró en dos meses, pero este testimonio no podemos considerar que enerve los efectos del informe de la Dirección Facultativa, primero porque no se ha traído a los integrantes de dicha Dirección para que declarasen sobre dicho informe, y si a una persona que reconoció que había sido contratado como asesor técnico del contratista, aunque lo fuera como empleado de una empresa contratada por la empresa constructora recurrente, por lo que su testimonio no puede gozar de la imparcialidad y objetividad, como si de una prueba pericial se tratará y tampoco puede servir para invalidar las conclusiones del informe de la Dirección Facultativa, por su propia condición y por la mayor cualificación profesional que la del testigo que depuso como asesor técnico, por lo que no podemos concluir que el cambio de cimentación implicase el retraso invocado por la empresa constructora.

Por lo que se refiere a las condiciones climatológicas por la parte recurrente se ha aportado una información del Instituto Nacional de Meteorología correspondiente al período de octubre de dos mil uno, a febrero de dos mil dos y primeros meses del año 2003, para tratar de acreditar las condiciones climatológicas adversas de dicho período, pero tampoco podemos deducir de tal documento que dichas condiciones tuvieran un carácter extraordinario o excepcional, más de lo que ya se tuvo en cuenta por la propia Dirección Facultativa, que por estas circunstancias ya descontó tres semanas.

Ya que por otro lado como ha declarado el Tribunal Supremo al respecto, con relación al efecto que pueden tener las condiciones climatológicas para la exoneración de responsabilidad, se exigen unos presupuestos que en el presente caso no aparecen, ya que como señala la sentencia de la Sala 3ª de 2 junio 1999 , Ponente Don Juan José González Rivas:

"En este punto, es jurisprudencia de esta Sala la que señala que las lluvias caídas no constituyen un suceso de fuerza mayor extraordinario, como puede extraerse del análisis de las siguientes sentencias:

a) No puede considerarse fuerza mayor exonerante la previsibilidad del desbordamiento del Júcar y los efectos negativos que para la evacuación normal de los campos inundados suponía la ausencia de desagües suficientes (STS, 3ª de 16 de marzo de 1977).

b) En la STS de 30 de noviembre de 1985 (antigua Sala Cuarta) se excluye la existencia de fuerza mayor al considerar que era previsible, al haberse producido lluvias torrenciales que se ocasionaran nuevos desprendimientos, sin que se fijara una zona de seguridad con lo que se podrían haber evitado los daños que sufrieron los vehículos siniestrados y los perjuicios ocasionados a sus propietarios, comprendidos en las indemnizaciones señaladas en la sentencia recurrida.

c) En la STS de 19 de enero de 1987 (antigua Sala Cuarta) se señala: "Ha de haber el daño, la evaluabilidad económica y la individualidad del mismo y la de ser además ese daño consecuencia de una actuación normal o anormal de la Administración pública en la expresada relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir y cambiar el nexo causal" (así, en Sentencias de este Tribunal de 20 de enero y 25 de septiembre de 1984, 16 de septiembre y 14 de diciembre de 1983, 25 de junio de 1982, 4 de marzo y 5 de junio de 1981, 2 de febrero de 1980, 31 de octubre de 1978, 28 de enero de 1972, 14 de octubre de 1969 y 15 de febrero de 1968 , entre otras, referidas todas ellas a supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración).

d) La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1983 indica que "la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al suceso que esté fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuese inevitable, como guerras, terremotos, etc ... pero aquéllos eventos internos intrínsecos insitos en el funcionamiento de los servicios públicos, como es una rotura o una obstrucción de una conducción de aguas, son sucesos previsibles y evitables con una adecuada inspección y en cualquier caso nunca constituyen la fuerza mayor".

e) Si bien es cierto que el Código Civil se refiere en algunas ocasiones a los sucesos constitutivos de caso fortuito y en otros se refiere a la fuerza mayor, o en ocasiones utiliza expresiones diversas como "siniestro" o "casos extraordinarios" "acontecimientos no comunes" o "causas inevitables", lo cierto es que, en la cuestión examinada, queda debidamente descartada la posibilidad de un suceso de esta naturaleza que fuera la causa determinante del retraso en la ejecución de la obra pública."

Y lo mismo cabe concluir en el presente caso, sin que se pueda hablar de una facultad potestativa la que corresponde a la Administración, ante el incumplimiento del plazo por causas imputables al contratista, de imponer las penalidades previstas contractualmente.

Por lo que respecta a las indefiniciones del Proyecto, que es también un argumento que ha invocado la parte actora para justificar el retraso en la ejecución de la obra, y que la parte recurrente trataba de acreditar con diversos documentos que obran al documento 6 del expediente administrativo, debemos de nuevo indicar que en el informe antes citado de la Dirección Facultativa se recoge partida por partida, de las invocadas como



indefinición del Proyecto, precisando con respecto a los aparatos de iluminación, que no existe tal indefinición, por cuanto se recogen en las mediciones del proyecto, en sus partidas 9.23 y 9.24 de manera clara y concreta, la definición de los aparatos de iluminación y la memoria técnica adjunta un estudio de iluminación y un pliego de las condiciones que han de cumplir estos elementos, por lo que no existía esa indefinición, y que el Proyecto definía el modelo a utilizar en las luminarias de las aulas, modelo Odel Lux OD 6322 o similar, habiendo propuesto la empresa constructora el cambio, que fue aceptado por la Dirección Facultativa, y también se precisa que acordada la decisión, la elección de los halógenos se verifico por la DF en el establecimiento al que fue remitida por dicha empresa, elección que se realiza con la suficiente antelación, como para que se pueda alegar como motivo de retraso.

Igualmente se indica en el informe que no existe indefinición con relación a la mampara de entrada de recepción, explicando que el fax que se aporta como documento 15 por la contratista, lo único que hace es interpretar técnicamente y con antelación la definición gráfica de esta unidad.

Que respecto a precios de partidas no incluidas en el Proyecto, no se puede achacar a este particular retraso alguno, especificando las partidas que se recogen en el Fax que son relativas a reparación de unidades que se ejecutan de forma defectuosa o que se pactan como contrapartida a unidades no ejecutadas, y otras que si se encuentran en el Proyecto.

En cuanto a la instalación de la alarma, no se puede imputar retraso alguno, ni que el mismo se deba a indefinición del Proyecto, sino que se debe a un cambio realizado con la unidad de Proyectos y Prescripciones del Servicio de Construcciones y Equipamiento de la Consejería de Educación de la Junta.

En cuanto a las indefiniciones que se tratan de justificar con los documentos 22 a 28, que obran en el expediente administrativo acompañando al documento 6, la Dirección Facultativa, justifica que dichos dibujos relativos a los baños, urbanización y revestimiento de las paredes en vestíbulo, que se trata de simples dibujos que trataban de aclarar las necesarias interpretaciones técnicas del mismo y siempre fueron realizadas con carácter previo y suficiente antelación, como para que en ningún caso supusieran retraso alguno y no incorporan partidas nuevas.

Por lo que tampoco en este punto podemos apreciar que exista indefinición del Proyecto, como propone la parte recurrente y sin que se pueda tampoco entender rebatido dicho informe con la declaración del testigo antes citado, y por las mismas razones que antes ya expusimos.

Por lo que respecta al aumento de la instalación del cableado estructurado que si es admitido por la Dirección Facultativa como determinante de un retraso no imputable a la empresa y que se cuantifica en tres semanas, sin que exista prueba objetiva e imparcial y con igual cualificación profesional a dicha Dirección Facultativa que nos permitiese afirmar que dicha cuantificación del retraso resultaba insuficiente.

Con respecto a la recepción de las obras también la Dirección Facultativa se pronuncia indicando que no se trata de defectos de escasa entidad y no se refieren a falta de limpieza, ya que se precisa en el punto 4 de su informe, la situación de la obra al finalizar el mes de abril de dos mil tres, fecha de la última certificación y en el que se recogen las labores que faltan de realizar al finalizar dicho mes, siendo diversas partidas en el interior y exterior, que como se puede apreciar de su simple lectura, no se puede considerar que sean en su mayoría de limpieza o de escasa importancia, cuando entre ellas se encuentran, por ejemplo en el interior, baldosas de terrazo huecas, descuadres y desplomes localizados en rodapié de terrazo, desniveles pronunciados en terrazo de planta baja en zona de cortavientos, falta de colocación de pasamanos en escalera secundaria y en la escalera principal no cabe el pasamanos, juntas defectuosas vidrio carpintería en elementos practicables de muro cortina, defectos en pinturas de diversas zonas, falta de realizar la acometida de gas natural y de realizar las pruebas de las instalaciones y en el exterior, entre otras, falta restituir hilada de ladrillo, falta de realizar pintura de las viseras de hormigón de la reja y puerta de cuarto de calderas, ejecución de acera de remate con el edificio existente en urbanización exterior, regularización de la capa de zahorra, remate perimetral de la misma y ejecución correcta de encuentros verticales en chapas de remate del muro de cortina sureste, por citar algunas de las que se recogen expresamente en el informe de la Dirección Facultativa, no rebatido como hemos indicado en ocasiones anteriores, con la oportuna prueba pericial que permitiese afirmar que la recepción de la obra, no se produjo pese a estar debidamente ejecutada la obra, conclusión a la que no se puede llegar a la vista del informe de la Dirección Facultativa.

Si a ello además añadimos que por este apartado fueron además descontados otros 48 días, como se aprecia en la Orden de la Consejería impugnada, ya que se aprecia finalmente como fecha de terminación de la obra el 17 de junio de dos mil tres, no existen elementos en autos que permitan afirmar que la obra se encontraba debidamente ejecutada antes de dicha fecha.



Por lo que en base a todo ello y por cuanto el artículo 95 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que "el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo..." añadiendo el apartado segundo del citado artículo que "la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración", y el apartado tercero que "cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podría optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias..", como establece el artículo 96 de la referida normativa.

Sin que en ningún caso para la determinación de dichas penalidades sea exigible la necesidad de causación de perjuicios para la Administración, sino siendo únicamente preciso la falta de cumplimiento en plazo del contrato. E independiente dichas penalidades, de la indemnización de los perjuicios que además en su caso pudieran exigirse.

Ya que como finalmente, el artículo 111.e) donde se señala como causa de resolución del contrato, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, afirmando el artículo 113.4, que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, de ahí que podamos deducir el carácter independiente de ambas consecuencias.

Como corrobora la sentencia del TS Sala 3ª de 25 mayo 2004, de la que fue Ponente Don Antonio Martí García, y en la que se indica que:

"También cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora respecto de los plazos parciales de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad del cumplimiento del plazo final o éste hubiera quedado incumplido, la Administración puede optar por la resolución o la imposición de penalidades, concediendo en este último caso la ampliación del plazo que considere necesaria para la realización del objeto del contrato (artículo 137, Reglamento General de Contratación del Estado). Al respecto, es de tener en cuenta que los plazos de cumplimiento de contrato administrativo son de carácter esencial o fijo para el contratista, sin que estén precisados de interpretación por la otra parte, y que en el ámbito contractual administrativo, el incumplimiento de la Administración no legitima al contratista a incumplir sus propias obligaciones (artículos 53, 90 Y concordantes de la Ley de Contratos del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965; 158, 238, 261 Y concordantes del mencionado Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto 3410/75)."

QUINTO.- Nos resta examinar las dos últimas cuestiones planteadas por la parte recurrente relativa a la imposibilidad de proceder a la liquidación de dichas penalidades con cargo a la certificación final de obra, ya que según su criterio debería de hacerse con cargo a las garantías prestadas, pero tal afirmación tampoco encuentra respaldo legal, por cuanto a la vista de la normativa aplicable resulta que conforme establece el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 junio 2000, en su artículo 43.2 relativo a la extensión de las garantías, donde se indica que las garantías definitivas responderán de los siguientes conceptos:

a) De las penalidades impuestas al contratista en razón de la ejecución del contrato, en especial las comprendidas en el art. 95, cuando no puedan deducirse de las certificaciones.

Y como corrobora el artículo 99 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo a la efectividad de las penalidades e indemnización de daños y perjuicios, al precisar que de los importes de las penalidades por demora se harán efectivos mediante deducción de los mismos en las certificaciones de obras o en los documentos de pago al contratista. En todo caso, la garantía responderá de la efectividad de aquéllas, de acuerdo con lo establecido en el art. 43.2, párrafo a), de la Ley.

Y que además en su número 2 precisa que la aplicación y el pago de estas penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista.

Por último y con relación al importe de dichas penalidades, respecto al cual la parte recurrente invoca que debería aplicarse la cuantía fijada en el artículo 138 del Reglamento de Contratos de 1975, la penalidad a imponer dado el presupuesto de la obra sería de 25.000 pesetas diarias, hemos de indicar que este artículo aparece derogado tácitamente por lo dispuesto en la Ley 13/1995 de 18 mayo 1995 en su Disposición Derogatoria Única, en la que se indican que quedan derogadas las siguientes disposiciones:

b) El Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, las disposiciones modificativas del mismo, en cuanto se opongan a lo establecido en esta Ley y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953.



Por lo que al establecer dicha Ley 13/1995 de 18 mayo 1995 ya en su artículo 96.3 una nueva cuantía de dichas penalidades que fueron también modificadas por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre , por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas , pero además se debe de añadir en el presente caso, que el contrato que nos ocupa fue aprobado su proyecto de obras el 17 de mayo de dos mil uno, por lo que la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, fue anterior el jueves 22 de junio de 2000 , ya que según indica el propio recurrente al documento 5 del expediente administrativo, la aprobación del expediente fue en agosto de dos mil, por lo que son aplicables las cuantías previstas en el Artículo 95, relativo a la Demora en la ejecución, donde se indica que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

Y en el apartado tres se precisa que 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 20 por cada 100.000 pesetas (0,12 por 601,01 euros) del precio del contrato. Penalidad esta que es la que ha sido aplicada, como se aprecia en la resolución impugnada, procediendo por todo ello la desestimación íntegra del presente recurso.

SEXTO.- No se aprecian causas o motivos que justifiquen una especial imposición de costas, de conformidad con el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente:

FALLO

Que se desestima el recurso contencioso-administrativo tramitado con el número 285/2004 interpuesto, por la Entidad Mercantil Proyectos y Construcciones Reunidos S.A. representada por la Procuradora Doña Lucia Ruiz Antolín y defendida por el Letrado Don Emilio Pérez Martín contra la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León de veintisiete de febrero de dos mil cuatro que resuelve el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra la imposición de penalidades por el incumplimiento de la ejecución del contrato de obras para la ampliación del Centro Educativo Simón de Colonia de Burgos, por ser la misma conforme a derecho.

No se hace expresa imposición al pago de las costas.

Contra esta resolución no cabe preparar recurso ordinario alguno, salvo el de aclaración si procediera.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo al Órgano de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la Sentencia anterior por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Sra. González García en la sesión pública de la Sala Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), que firmo en Burgos a veintiséis de Mayo de dos mil seis, de que yo el Secretario de Sala, certifico.

Ante mí.+