



G CONSELLERIA
O HISENDA I RELACIONS
I EXTERIORS
B JUNTA CONSULTIVA
/ CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Exp. Junta Consultiva: RES 8/2023

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: Contracte basat en l'Acord Marc de vigilància i seguretat (AM CC 4/2020) de servei de seguretat i vigilància de l'Hospital de Formentera i dels centres de salut de l'illa d'Eivissa

Òrgan de contractació: Servei de Salut de les Illes Balears (IB-SALUT)

Recurrent: SURESTE SEGURIDAD S.L

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 27 de abril de 2023

Vists els recursos especials en matèria de contractació que ha interposat l'empresa SURESTE SEGURIDAD S.L, contra la resolució del director general del Servei de Salut de 24 de gener de 2023, per la qual es resol la imposició de penalitats a l'empresa per import de 27.000 € la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 27 d'abril de 2023, ha adoptat l'Acord següent:

Fets

1. El 4 de febrer de 2022, es va adjudicar el contracte basat en l'AM CC 4/2020 del servei de vigilància i seguretat de l'Hospital de Formentera i dels centres de salut de l'Àrea de Salut d'Eivissa a l'empresa SURESTE SEGURIDAD S.L.U (en endavant, Sureste), per import de 582.169,40 € (IVA no inclòs).
2. El 30 de setembre de 2022, es va resoldre imposar a Sureste una penalitat per compliment defectuós del contracte per import de 13.000 €, per l'acumulació de 24 de faltes de presència de vigilant de seguretat en els centres de salut durant el mes de juny de 2022 i pel mal funcionament de l'aplicació informàtica (GUARDTEK) .
3. El 4 de novembre de 2022, malgrat la imposició de la penalitat anterior, l'encarregat de seguiment i execució ordinària del contracte va tornar informar al Servei de Seguretat de la CAIB de nombroses incidències detectades en l'execució del contracte, per contínues absències dels vigilants durant el període de juliol al setembre del 2022 i pel mal funcionament de la mateixa aplicació informàtica.

D'acord amb l'informe, els incompliments i les penalitats imposables, d'acord amb el PCAP, serien les següents:

Descripció	Tipificació	Penalitat	Import
Incompliment de la cobertura del servei al CS VILA , dies: 17/07/2022 18/07/2022 05/08/2022 06/08/2022 08/08/2022 13/08/2022 14/08/2022 15/08/2022 19/08/2022 20/08/2022 21/08/2022 22/08/2022 23/08/2022 26/08/2022 27/08/2022 03/09/2022 04/09/2022 10/09/2022 17/09/2022 18/09/2022 23/09/2022 26/09/2022 30/09/2022 Total23 incompliments	PCAP 48.3.3	LLEU (500 €)	11.500 €
Incompliment de la cobertura del servei al CS SANT ANTONI , dies: 07/08/2022 08/08/2022 09/08/2022 10/08/2022 11/08/2022 12/08/2022 13/08/2022 14/08/2022 15/08/2022 22/08/2022 06/09/2022 09/09/2022 10/09/2022	PCAP 48.3.3	LLEU (500 €)	10.500 €

11/09/2022
13/09/2022
14/09/2022
15/09/2022
21/09/2022
22/09/2022
23/09/2022
24/09/2022
Total21
incompliments

Incompliment de la cobertura del servei al CS SANTA EULÀRIA , dies:	PCAP 48.3.3	LLEU (500 €)	2.500 €
05/08/2022			
12/08/2022			
15/08/2022			
21/08/2022			
28/08/2022			
Total5 incompliments			

Incompliment de la cobertura del servei al CS ES VIVER , dies:	PCAP 48.3.3	LLEU (500 €)	1.500 €
28/09/2022			
29/09/2022			
30/09/2022			
Total3 incompliments			

Incompliment per funcionament defectuós de l'aplicació informàtica pel seguiment del servei	PCAP 48.3.3	GREU (1.000 €)	1.000 €
Total:		27.000 €	

4. El 17 de novembre de 2022, el cap de Servei de seguretat, d'acord amb l'informe esmentat, va proposar a l'òrgan de contractació l'inici del procediment per imposar a l'empresa Sureste una penalitat total per import 27.000€, pels incompliments de la cobertura del servei als centres de salut Santa Eulària, Sant Antoni, Vila i es Viver i pel mal funcionament de l'aplicació informàtica (GUARDTEK), d'acord amb la clàusula 48.3.3 PCAP.

La proposta es va notificar a la contractista el 19 de desembre de 2022, concedint-li el corresponent tràmit d'audiència perquè pogués presentar les al·legacions que consideràs oportunes.

5. El 26 de desembre de 2022, Sureste va presentar al·legacions, argumentant la seva disconformitat amb la proposició d'imposició de penalitats per entendre, bàsicament, que els incompliments no li eren imputables sinó que eren per causa de força major.

6. El 24 de gener de 2023, el director general del Servei de Salut va dictar la Resolució d'imposició de penalitats per compliment defectuós del contracte en virtut de la qual va acordar el següent:

1. Imposar a l'entitat Sureste Seguridad S.L.U, amb NIF B30376982, una penalitat de 27.000 € per 52 faltes de presència de vigilant de seguretat al Centres de Salut, tipificades com a lleus i sancionables amb 500 € cada una, i una falta greu per funcionament defectuós de l'aplicació informàtica pel seguiment del servei, penalitzable amb 1.000 €, d'acord amb el que estableix la clàusula 48.3 del PCAP de l'AM.
2. Establir que la penalitat, per import de 27.000 €, es farà efectiva mitjançant deducció a la factura emesa posteriorment a la notificació d'aquesta resolució.
3. Notificar aquesta resolució a Sureste Seguridad S.L.U, amb NIF B30376982.
4. Comunicar aquesta resolució a les persones interessades en el procediment als efectes oportuns.

La resolució d'imposició de penalitats es va notificar a la contractista el dia 25 de gener de 2023.

7. El 3 de febrer de 2023, l'empresa Sureste va presentar, mitjançant el tràmit electrònic corresponent, davant la seu electrònica de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, un recurs especial en matèria de contractació contra la resolució esmentada, d'acord, en resum, en els arguments següents:

Al·legació primera. Els descoberts de personal en els centres de salut i el mal funcionament del programa informàtic es deuen a circumstàncies de força major no imputables a l'empresa.

Al·legació segona. La recurrent exposa les mesures que ha adoptat per intentar solucionar el problema. L'Administració no pot sancionar a l'empresa pels incompliments, perquè no concorre dol, culpa ni responsable seva. La càrrega de la prova en procediment d'imposició de penalitats correspon a l'Administració.

Amb aquests arguments sol·licita que s'anul·li la resolució impugnada, perquè la considera contrària a dret.

8. La Junta Consultiva de Contractació Administrativa (JCCA) ha tramitat l'expedient administratiu relatiu al recurs especial, d'acord amb l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i la resta de normes aplicables.



9. El 23 de març de 2023, el Servei de Salut va trametre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa l'expedient administratiu complet d'imposició de penalitats (SSCC SAN 417/22), així com el corresponent informe jurídic relatiu al recurs especial interposat per la recurrent, el qual proposa que es desestimi el recurs.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte dels recursos especial és la resolució d'imposició de penalitats per compliment defectuós d'un contracte basat en un Acord marc de serveis.
2. L'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (en endavant, LRJ-CAIB) regula el recurs especial en matèria de contractació, en el sentit següent:

1. Contra els actes dels òrgans de contractació es pot interposar un recurs especial en matèria de contractació. Aquest recurs, al qual és aplicable el règim jurídic previst en la legislació bàsica per al recurs de reposició, té caràcter potestatiu, l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació i substitueix, a tots els efectes, el recurs de reposició.

Es tracta, per tant, d'un recurs especial que substitueix, en matèria de contractació, al recurs de reposició i es pot interposar en els casos en què sigui procedent, això és, contra els actes que dictin els òrgans de contractació que tinguin la consideració d'administració pública, que posin fi a la via administrativa, excepte quan siguin actes susceptibles del recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 44 de la LCSP.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra m de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

3. La recurrent es troba legitimada per interposar el recurs, que s'ha interposat mitjançant representant acreditat.
4. El termini per interposar el recurs especial de l'art. 66 de la LRJCAIB, d'acord amb l'art. 122 LPACAP, és d'un mes des de la notificació de l'acte impugnat.

En aquest cas el recurs s'ha interposat dins del termini establert.

5. En relació amb les al·legacions concretes de la recurrent, cal dir el següent:

Al·legació primera. La recurrent exposa que els descoberts de personal i el mal funcionament del programa informàtic es deuen a circumstàncies de força major no imputables a l'empresa. La seva empresa ha complit amb la màxima diligència les seves relacions contractuals, tant en el Hospital de Formentera com en els centres de salut d'Eivissa.

Els incompliments es deuen a les dificultats per trobar personal qualificat i habitatge a l'illa d'Eivissa, especialment en temporada turística, la qual cosa és pública i notòria. Les incidències sorgides són totes dels mesos de juny a setembre, coincidint amb el període estival. Segons la recurrent moltes empreses del sector es troben amb aquest mateix problema.

En relació amb el mal funcionament del programa informàtic (GUARDTEK), reconeix que els problemes amb el programa es deuen al fet que els propis vigilants de seguretat no saben utilitzar el programa perquè no han rebut la formació adequada per part de l'empresa.

Contestació a l'al·legació primera.

Mentre l'Administració considera que s'ha produït un incompliment culpable de la contractista penalitzable d'acord amb el PCAP de l'Acord Marc, l'empresa considera que concorren circumstàncies externes sobrevingudes i alienes a la seva voluntat que li han impedit complir el contracte.

Les circumstàncies que al·lega la contractista no són causes de força major, ja que d'acord amb l'article 239 LCSP, només tenen la consideració de casos de força major les següents:

- a) Els incendis causats per l'electricitat atmosfèrica.
- b) Els fenòmens naturals d'efectes catastròfics, com sismes submarins, terratrèmols, erupcions volcàniques, moviments del terreny, temporals marítims, inundacions o altres de semblants.
- c) Les destrosses ocasionades violentament en temps de guerra, robatoris tumultuosos o alteracions greus de l'ordre públic.

En relació amb el concepte de força major, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en el seu Informe de núm. 56/08, de 31 de març de 2009, ha considerat que:

La normativa de contratación pública ofrece un concepto de fuerza mayor claramente restrictivo, que no contempla entre sus presupuestos de hecho las oscilaciones de mercado, por importantes que estas sean. En concreto, el artículo 239 de la LCSP considera casos de fuerza mayor los incendios provocados por la electricidad atmosférica, los fenómenos naturales catastróficos, o los destrozos producidos violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público. Dicho precepto figura además referido a los supuestos de los contratos de obra y de concesión de obra pública, como límite al principio de riesgo y ventura.



A més, per regla general, la doctrina i la jurisprudència tampoc recullen les alteracions dels preus del mercat com un cas de força major. El Tribunal Suprem ha descartat que les causes econòmiques o l'evolució de l'economia siguin supòsits de força major. Així, a Sentència de 7 d'abril de 2017, (RJ 2017\1572, va afirmar que:

En lo que se refiere a la concurrencia de circunstancias económicas desfavorables por la crisis existente en los años de autos, cabe indicar que en otras ocasiones hemos declarado que ni la evolución general de la economía y del crédito ni la más específica evolución negativa del sector -que son las supuestas causas de fuerza mayor aducidas por la parte actora - resultan atendibles pues constituyen un factor ajeno al sector empresarial en que desarrollaba sus actividades [...]. Dicha empresa acometió su proyecto empresarial asumiendo los riesgos inherentes a toda actividad productiva, siendo así que las circunstancias de crisis económica invocadas se inscriben dentro de las incidencias que afectaban al sector y no constituyen sucesos extraordinarios y del todo imprevisibles, fuera del alcance de cualquier pronóstico o ajenos a los riesgos propios del ámbito de las inversiones industriales.

Per tant, les oscil·lacions del mercat laboral o del mercat del lloguer no es poden considerar causes de força major d'un contracte de serveis, ja que són circumstàncies previsibles que l'empresa, a l'hora de presentar-se a la licitació hauria d'haver contemplat.

D'acord amb la clàusula 28 del PCAP de l'Acord marc, la contractista es va comprometre a executar el servei amb estricta subjecció a les estipulacions dels plecs i l'execució del servei s'havia de realitzar a risc i ventura de la contractista.

Els principis de *pacta sunt servanda* i de risc ventura presideixen l'execució dels contractes. Els adjudicataris només es poden apartar d'aquests principis en els supòsits excepcionals reconeguts en la legislació.

Segons la recurrent, moltes empreses del sector de la vigilància es troben amb aquest mateix problema a l'illa d'Eivissa.

Ara bé, per tal de comprovar aquesta afirmació, la Junta Consultiva va sol·licitar a la Central de Contractació si tenien constància que altres empreses adjudicatàries del lot d'Eivissa i Formentera (lot 3) de l'Acord marc de vigilància i seguretat haguessin tingut problemes per donar compliment al servei pels mateixos motius de personal i habitatge que al·lega l'empresa Sureste.

El 5 d'abril de 2023, la secretària de la Central de contractació va informar a la JCCA d'altres sis contractes de vigilància, adjudicats a altres empreses del lot d'Eivissa i Formentera, els quals es troben en plena execució. Al respecte, l'informe conclou que:

No tenim constància que les empreses adjudicatàries del lot 3 de vigilància hagin tingut problemes pel mateix motiu al·legat per l'empresa SURESTE ni que s'hagin donat altres casos

d'absentisme laboral entre els vigilants adscrits al servei de vigilància a les illes d'Eivissa i Formentera.

En l'informe jurídic que l'òrgan de contractació va emetre el 20 de març de 2023 en relació amb el recurs especial interposat, es conclou que:

Las causas alegadas por la empresa SURESTE SEGURIDAD S.L., en cuanto a que no medió dolo ni negligencia y que se trata de un supuesto de fuerza mayor el hecho del problema de la vivienda en Ibiza, no puede afirmarse que se trate de un hecho extraordinario e insólito, o un acontecimiento no común ya que dichas circunstancias como es el aumento de precios en la vivienda de alquiler en temporada alta en la isla de Ibiza, así como la falta de formación en la herramienta de control de presencias, se pueden calificar como previsibles y evitables, ya que la adjudicación del contrato fue en febrero de 2022, y pueden entrar dentro de la calificación de eventos intrínsecos en la ejecución de contratos de servicios públicos como es el servicio de seguridad en el ámbito sanitario de las Islas Baleares. No existe ninguna situación sobrevenida que no pudiera ser prevista en el momento de la presentación de la oferta por parte de la contratista

Per tot això, l'al·legació primera de la recurrent s'ha de desestimar.

Al·legació segona. La recurrent exposa diverses mesures internes que l'empresa ha adoptat per intentar solucionar el problema de personal i d'habitatge que al·lega. Concretament, posar com exemples que ha ofert millores salarials als treballadors o fins i tot els ha ofert el pagament del lloguer. Això no obstant, també manifesta que les millores salarials que pot oferir l'empresa no poden competir amb les que s'ofereixen als treballadors per fer feina en el sector del turisme. Aquesta situació, afegida a les dificultats per trobar habitatges a l'illa durant la temporada d'estiu complica l'execució del contracte i és la causa dels descoberts de personal.

Per minorar el mal funcionament del programa informàtic (GUARDTEK) al·lega que ha fet cursos de formació al personal que té i que segueix oferint aquesta formació.

La recurrent considera que amb les mesures que ha intentat adoptar es demostra que no hi ha intenció dolosa ni culpable per la seva banda i que, per tant, no se la pot considerar responsable dels incompliments pels quals l'Administració l'ha sancionat. Considera que la càrrega de la prova en procediment d'imposició de penalitats correspon a l'Administració i diu literalment que: "La carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción administrativa corresponde ineludiblemente a la Consellería (...)»

Contestació a l'al·legació segona.

La recurrent no nega en cap moment la realitat dels incompliments i confón el règim de les penalitats contractuals amb el règim sancionador per la comissió d'infraccions administratives.

D'acord amb l'article 192 de la LCSP:

1. Els plecs o el document descriptiu poden preveure penalitats per al cas de compliment defectuós de la prestació objecte d'aquest o per al supòsit d'incompliment dels compromisos o de les condicions especials d'execució del contracte que s'hagin establert de conformitat amb l'apartat 2 de l'article 76 i l'apartat 1 de l'article 202. Aquestes penalitats han de ser proporcionals a la gravetat de l'incompliment i les quanties de cadascuna no poden ser superiors al 10 per cent del preu del contracte, IVA exclòs, ni el total d'aquestes no pot superar el 50 per cent del preu del contracte.
2. Quan el contractista, per causes que li són imputables, hagi incomplert parcialment l'execució de les prestacions definides en el contracte, l'Administració pot optar, ateses les circumstàncies del cas, per la seva resolució o per la imposició de les penalitats que, per a aquests supòsits, determinin el plec de clàusules administratives particulars o el document descriptiu.
3. Els plecs reguladors dels acords marc poden preveure les penalitats que estableix el present article en relació amb les obligacions derivades de l'acord marc i dels contractes que hi estan basats.

D'acord amb això, en la clàusula 48. 3 de l'AM, es varen preveure les penalitats aplicables pels incompliments dels contractes basats. I concretament, en l'apartat 3 de la clàusula es va preveure:

3. L'incompliment o compliment defectuós del servei en general i, especialment, en relació als criteris d'adjudicació de l'Acord marc (17 PCAP) o dels contractes basats (39 PCAP) comporta la imposició d'una penalitat en funció de la gravetat (molt greu, greu o lleu).

D'acord amb l'article 194.2 de la LCSP les penalitats s'imposaran per acord de l'òrgan de contractació, adoptat a proposta del responsable del contracte si s'hagués designat, que serà immediatament executiu, i es faran efectives, mitjançant deducció de les quantitats que en concepte de pagament total o parcial, hagin d'abonar-se al contractista o sobre la garantia que, en el seu cas s'hagués constituït, quan no puguin deduir-se els esmentats pagaments.

Consta justificat a l'expedient que l'encarregat de seguiment i execució del contracte i el cap del Servei de Seguretat de la CAIB varen informar detalladament de la realitat dels incompliments, els quals la recurrent no ha negat en cap moment.

La naturalesa jurídica de les penalitats, com hem assenyalat en nombroses resolucions d'aquesta Junta Consultiva (entre d'altres, les Resolucions 10 i 11/2020, 23/2017 o 12/2021) poden tenir naturalesa coercitiva o indemnitzatòria, però en cap cas són una manifestació de la potestat sancionadora de l'Administració.

La finalitat que l'Administració persegueix amb la imposició de penalitats és, essencialment, coercitiva — no sancionadora — per tal d'estimular o garantir el compliment del contracte. Així, les penalitats responen a un incompliment

obligacional que s'emmarca en els poders de direcció, inspecció i control de què disposa l'òrgan de contractació en garantia de l'interès públic. D'altra banda però, també s'admet que les penalitats tinguin una finalitat compensatòria o indemnitzatòria i s'equiparen a les clàusules penals de l'article 1152 del Codi Civil, que preveu que: *«En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado»*.

Una definició de penalitat contractual la trobem a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears de 25 de febrer de 2022 (Resolució núm. 155/2022), quan diu el següent:

En definitiva, una penalidad es un gravamen que la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa de intervención, impone al contratista para salvaguarda del interés público. Dicho gravamen, que no es una sanción, tiene su esencia y razón de ser en que el contratista ejecute su contrato con absoluta diligencia. Y ello puede suceder tanto durante el contrato, como una vez ya finalizado este.

La diferència entre penalitats contractuals i sancions administratives, la qual cosa confon la recurrent, la podem trobar per exemple a la Sentència del Tribunal Suprem, de 26 de desembre de 1.991, que disposa 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 los contratantes".

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 los 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

Tal com consta en l'informe jurídic de l'òrgan de contractació, emès en relació amb el recurs, cal concloure que:

El adjudicatario ha actuado de manera poco diligente en tanto que no han puesto los medios para evitar los descubiertos al servicio y los incumplimientos de horario, generando quejas de los profesionales de centros de Eivissa Vila, Sant Antoni i Santa Eulàlia.

Descubiertos de servicio que se han venido produciendo durante los meses de julio, agosto y septiembre, a pesar de haberse impuesto ya penalidad por estas mismas circunstancias motivadas en hechos producidos durante el anterior mes de junio. Es decir, la falta de planificación por parte de la empresa contratista ha supuesto un perjuicio muy importante para mantener el orden en los servicios de urgencias y para proteger al personal asistencial.

Per tot això, l'al·legació segona també s'ha de rebutjar.

En conseqüència, atès que s'han quedat desvirtuades totes les al·legacions de la recurrent i que no concorren circumstàncies invalidants de la Resolució d'imposició de penalitats impugnada, es considera ajustada a dret.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Desestimar íntegrament el recurs especial interposat per l'empresa SURESTE SEGURIDAD S.L, contra la resolució del director general del Servei de Salut de 24 de gener de 2023, per la qual es va resoldre imposar a l'empresa una penalitat per import de 27.000 €, la qual es considera ajustada a dret.
2. Notificar aquest Acord a la recurrent i a l'òrgan de contractació.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 a i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

María Matilde Martínez Montero