



Exp. Junta Consultiva: RES 25/2023

Resolución de recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de obras fases III, IV y V de las obras de reforma del Cuartel de Santiago para implementar el CEPA Joan Mir i Mir, TM Maó

Órgano de contratación: Instituto de Infraestructuras y Servicios Educativos (IBISEC)

Recurrente: UTE Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, SA y Antonio y Diego, SA

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 19 de enero de 2024

Visto el recurso especial en materia de contratación que la UTE Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, SA y Antonio y Diego, SA, ha interpuesto contra la Resolución del gerente del Instituto de Infraestructuras y Servicios Educativos de imposición de penalidades por incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato de obras de las fases III, IV, y V de la reforma del Cuartel de Santiago, para implementar el CEPA Joan Mir i Mir (Maó), la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 19 enero de 2024, ha adoptado por mayoría, con un voto particular, que se incorpora, el siguiente Acuerdo:

Hechos

1. El 11 de julio de 2022, el Instituto de Infraestructuras y Servicios Educativos (en adelante, IBISEC) y la UTE Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, SA y Antonio y Diego, SA (en adelante, la UTE contratista) formalizaron el contrato de obras de referencia, de acuerdo con el proyecto de obras y el PCAP aprobado, por importe de 2.882.917,03 € (IVA incluido).

De acuerdo con el PCAP, el plazo de ejecución de las obras era de 12 meses, a contar desde el acta de comprobación del replanteo, que se firmó el 11 de agosto de 2022, de tal manera que estaba previsto que las obras estuviesen acabadas el 11 de agosto de 2023.

2. El 11 de agosto de 2022 el órgano de contratación aprobó el Plan de Trabajo que había presentado la empresa de acuerdo con la letra O del PCAP en las condiciones del artículo 144 del del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).



3. El 15 de marzo de 2023, el arquitecto del IBISEC responsable del contrato informó al órgano de contratación que la UTE incumplía algunas de las obligaciones esenciales del contrato, concretamente:

– Incumplimiento de los plazos parciales de ejecución de la obra establecidos en el Plan de Trabajo. En la fecha del informe, la UTE llevaba un retraso acumulado de unos 615.122,30 € respecto de la planificación inicial, equivalente a un 21,34 % del presupuesto de adjudicación, cosa que suponía un retraso del plazo de unos dos meses y medio.

Según el informe, de acuerdo con la letra S del PCAP, se podría aplicar una penalización por incumplimiento de los plazos parciales del Plan de Trabajo que se cuantificaba en una retención del 10 % de la diferencia, es decir, 61.512,23 €.

– Incumplimiento de la adscripción de medios personales (jefe de obra y encargado) que la contratista había ofrecido. Según el informe, la UTE había sustituido a la jefa de obra y al encargado adscritos a la ejecución por otras personas sin informar al órgano de contratación de la titulación ni del currículum (CV) para valorar la experiencia de las personas que efectivamente prestaban el servicio.

El informe proponía instar a la UTE a restablecer a las personas adscritas o bien a designar otras nuevas, las cuales tenían que cumplir con los requisitos exigidos en el PCAP a los que la propia UTE se había comprometido en el contrato.

4. El 17 de marzo de 2023, de acuerdo con el informe técnico, el órgano de contratación inició un expediente de imposición de penalidades a la contratista por los dos incumplimientos siguientes:

– *Incompliment de terminis parcials establerts al Pla de Treballs (PT) que suposen un retard actual del 21% respecte les previsions del PT aprovat aplicable vigent, per un import de 61.512,23 € a retenir a la següent certificació que s'emeti en els termes de les clàusules aplicables dels PCAP.*

Respecte aquest particular, i atès el retard a l'execució de l'obra, l'UTE haurà de presentar un pla d'obres actualitzat a les circumstàncies reals de l'obra durant el termini d'audiència que es confereix. Cas que no s'atengués aquest requeriment, aquest OC podrà activar allò que determina l'article 144.4 del RGLCAP

– *Incompliment d'adscripció de mitjans personals compromesos (cap d'obra i encarregat), instant a l'empresa que restablís les persones inicialment designades per l'UTE o bé que designés noves persones que compleixin els requisits establerts als PCAP, tal com la pròpia UTE va declarar a la seva oferta.*

El termini màxim per restablir aquesta situació és el termini d'audiència que és confereix. Cas que no s'atengüés aquest requeriment, s'imposaria la corresponent penalització a la Resolució finalitzadora d'aquest expedient incidental [...]

La Resolución de inicio, junto con el informe técnico del arquitecto responsable del contrato, se notificó a la UTE concediéndole el correspondiente plazo de audiencia.

5. El 29 de marzo de 2023, la contratista presentó alegaciones en las que se oponía a la imposición de penalidades.

6. El 3 de mayo de 2023, la responsable del contrato informó desfavorablemente todas las alegaciones de la contratista.

7. El 8 de mayo de 2023, el órgano de contratación, visto el informe de la responsable del contrato, resolvió en el siguiente sentido:

Resolució

1. Finalitzar el procediment incidental 2023-PEN-001 per a la imposició de penalitzacions per incompliment d'obligacions essencials del contractista, a el següent sentit:

– *Causa de penalització 1: Incompliment de terminis parcials establerts al Pla de Treball (PT): s'imposa la penalització prevista al punt S1b dels PCAP, i se n'ha d'aplicar una penalització (per retenció) de 88.311,67.-€ en les certificacions futures que s'emetin fins al restabliment normal del ritme de l'obra conforme el nou Pla de Treball a aportar per l'UTE i a aprovar per aquest OC (*)*

– *Causa de penalització 2: Incompliment d'adscripció de mitjans personals (cap d'obra i encarregat): no s'imposa conforme ho manifestat anteriorment*

2. Instar el contractista que aporti un Pla de Treball (*) actualitzat a les circumstàncies reals de l'obra, recordant-li que la no atenció a aquest requeriment faculta aquest OC a activar l'article 144.4 del RGLCAP.

[...]

La Resolución se notificó a la contratista el mismo día 8 de mayo de 2023.

8. El 8 de junio de 2023, la UTE presentó en el sistema de interconexión de registros (SIR) del Ministerio de Hacienda y Función Pública, un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de imposición de penalidades, que tuvo entrada en el registro electrónico único de la Comunidad Autónoma, dirigido al IBISEC, el 12 de junio de 2023.

Los motivos que, en resumen, alegaba la UTE en el recurso especial eran:



- Alegación primera. Irregularidades formales en la tramitación del procedimiento de imposición de penalidades. Concretamente, la recurrente alega que se omitieron informes en la tramitación del procedimiento de acuerdo con el artículo 97 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).
- Alegación segunda. Carencia de responsabilidad de la UTE por los retrasos en la ejecución de la obra. En cambio, la recurrente considera que la responsabilidad de los retrasos es imputable a la Administración, por indefiniciones del proyecto técnico o por órdenes contradictorias de la dirección facultativa de las obras.

Con estos argumentos, la recurrente consideraba que la Resolución impugnada se tenía que declarar nula de pleno derecho y no se le tenían que imponer penalidades.

10. El 3 de agosto de 2023, el órgano de contratación envió a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, JCCA) el recurso especial interpuesto, junto con el expediente administrativo, el informe jurídico preceptivo y un informe técnico de la arquitecta responsable del contrato y de la jefa del Departamento Técnico del IBISIEC de 28 de julio de 2023.

Ambos informes en relación con el recurso se oponen totalmente a los argumentos de la recurrente.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso especial es la resolución de imposición de penalidades a la contratista por el incumplimiento de un contrato de obras del IBISEC, que tiene carácter de Administración pública.

Contra estos actos se puede interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (LRJCAIB). La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m*) del artículo 2 y el artículo 7 del Texto consolidado del Decreto por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de contratos y el Registro de contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero. El procedimiento de tramitación del recurso especial del artículo 66 de la LRJCAIB, equivale al recurso de reposición de los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).



2. El régimen jurídico aplicable es el de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
3. La recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso, el cual se ha interpuesto mediante representante acreditado.
4. El plazo para interponer el recurso especial del artículo 66 de la LRJCAIB, de acuerdo con el artículo 122 de la LPACAP, es de un mes desde la notificación del acto impugnado. El recurso se presentó dentro del plazo adecuado.
5. Antes de entrar a analizar las alegaciones de la recurrente, debe hacerse una breve pincelada a lo previsto en la normativa y la jurisprudencia en relación con la imposición de penalidades por demora, que es la penalidad que finalmente se impuso en la resolución que se impugna.

El artículo 193 de la LCSP regula la demora en la ejecución, en el sentido siguiente:

1. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

2. La constitución en mora del contratista no requiere intimación previa por parte de la Administración.

3. Cuando el contratista, por causas que le son imputables, haya incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración puede optar, vistas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido.

El órgano de contratación puede acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades diferentes a las que enumera el párrafo anterior cuando, teniendo en cuenta las características especiales del contrato, se considere necesario para su ejecución correcta y así se justifique en el expediente.

4. Cada vez que las penalidades por demora lleguen a un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, IVA excluido, el órgano de contratación está facultado para proceder a su resolución o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

5. La Administración tiene las mismas facultades a que se refieren los apartados anteriores respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

De acuerdo con el artículo 194.2 de la LCSP las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del



contrato si se ha designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas, mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, tengan que abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiera constituido, cuando no puedan deducirse los pagos mencionados.

La naturaleza jurídica de las penalidades, como hemos señalado en numerosas resoluciones de esta Junta Consultiva (entre otras las resoluciones 10 y 11/2020, 23/2017 o 12/2021), puede ser coercitiva o indemnizatoria, pero en ningún caso es una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, puesto que:

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».

El Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears (Resolució n.º 155/2022, de 25 de febrero de 2022), define las penalidades contractuales de la siguiente manera:

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.

6. En relación con las alegaciones de la recurrente, cabe decir lo siguiente:

– Alegación primera. La recurrente alega irregularidades formales en la tramitación del procedimiento de imposición de penalidades. Concretamente, la recurrente alega que se omitieron informes en la tramitación del procedimiento de acuerdo con el artículo 97 del Reglamento general de la ley de contratos de las administraciones públicas (RGLCAP). Según la recurrente, se tendrían que haber emitido uno de intervención y un informe jurídico de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

– Contestación a la alegación primera.

Esta alegación se rechaza totalmente, puesto que en el supuesto de que nos ocupa, los plazos de ejecución a cumplir estaban perfectamente definidos en el PCAP, en el contrato formalizado entre las partes y en el plan de trabajo. Además, los pliegos también preveían las penalidades aplicables en caso de incumplimiento de los plazos. Concretamente, al respeto resulta de interés lo siguiente:



En la letra D del PCAP constaba:

D. PLAZO DE EJECUCIÓN

1. 12 meses en TOTAL a contar desde el acta de replanteo, [...]
2. No se prevén prórrogas.
3. El contratista está obligado a cumplir a su cuenta y riesgo este plazo (obligación esencial. Ver cláusula 27 PCAP). De producirse demora en la ejecución, se estará a lo que dispone la cláusula 8.1 segundo párrafo de estos PCAP
4. Cualquier modificación del plazo de ejecución deberá comportar la correspondiente modificación del Plan de Trabajo, el cual deberá estar, en cualquier caso, actualizado y conforme a las circunstancias reales de la obra.

En la cláusula 8.1 del PCAP constaba que:

El plazo de ejecución total de las obras y, en su caso, los plazos parciales, son los que se indican en la letra D del Cuadro de características del contrato, de conformidad con el programa de trabajo que contiene el proyecto de obra aprobado por el órgano de contratación.

Entre las obligaciones del contratista recogidas en la cláusula 27 del PCAP, se señalaba que:

La obligación principal de ejecutar la obra conforme el principio de riesgo y ventura comprende, como mínimo, las siguientes obligaciones accesorias:
[...]

— El contratista está obligado a cumplir el plazo de ejecución del contrato, así como cumplir con los hitos temporales del Plan de Trabajo entregado.
[...]

En la cláusula 3 del contrato también se hizo constar que:

3. El contractista està obligat a complir al seu risc i ventura aquest termini (obligació essencial del contracte conforme clàusula 27 PCAP). Cas de produir-se demora en l'execució del contracte s'estarà a allò que disposa la clàusula 8.1 dels PCAP. Qualsevol modificació del termini d'execució haurà de comportar la corresponent modificació del Pla de Treball, que haurà d'estar, en qualsevol cas, actualitzat i conforme a les circumstancies reals de l'obra.

Las penalidades aplicables en caso de incumplimiento estaban previstas en la letra S del PCAP. Y concretamente, para el caso de incumplir los plazos parciales se hizo constar lo siguiente:

PENALIDADES ESPECIFICAS PARA ESTE CONTRATO

[...]

b. Parciales del Plan de Trabajo

De acuerdo con el Plan de Trabajo que deberá entregarse y aprobarse podrá aplicarse una penalización por incumplimiento de los plazos parciales en él establecidos.



Se medirán como plazos parciales las cantidades que según el Plan de Trabajo vigente se hubieran tenido que certificar cada mes natural.
Esta penalización consistirá en una retención de un 10% de la diferencia entre el importe acumulado a origen que se hubiera tenido que certificar según el Plan de Trabajo vigente en el momento de practicar la penalización y el importe real certificado. Esta penalización se deducirá del importe de la certificación del mes en el que se calcule. Se calcularán a finales de cada mes natural, actualizándose según la evolución de la obra, incrementando el importe retenido o bien disminuyéndolo. La cantidad resultante al final de la obra se aplicará a la liquidación de la penalización por incumplimiento del plazo total, si este fuera el caso.

Y en la cláusula 30 del PCAP se reiteraba que:

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

30.1. El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato formalizado podrán comportar la aplicación de las penalizaciones indicadas en la letra S del cuadro de características del contrato.

La imposición de penalidad no excluye la indemnización a que pueda tener derecho la Administración por los daños y perjuicios ocasionados por el retraso imputable al contratista.

La constitución en mora del contratista no requerirá intimación previa por parte de la Administración.

Dicho esto, de acuerdo con la letra O del PCAP, la contratista presentó al órgano de contratación el Plan de Trabajo, que el órgano de contratación aprobó el 11 de agosto de 2022. El plan estaba ajustado a los 12 meses de ejecución total de la obra, a lo que la UTE se había comprometido sólo por el hecho de presentarse a la licitación del contrato de obras, puesto que el artículo 139 de la LCSP dispone que:

1. Las proposiciones de los interesados se tienen que ajustar a los pliegos y a la documentación que rigen la licitación, y su *presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna* [...]

Hay que recordar a la contratista, que los pliegos son la ley del contrato (*lex contractus*) y tal como se ha detallado, recogían claramente los plazos de ejecución totales de la obra y la obligatoriedad de cumplirlos al ritmo del plan de trabajo que ella misma propuso.

En los informes técnicos del arquitecto que constan en el expediente (entre otros, el informe de 15 de marzo de 2023, el informe de 3 de mayo de 2023 y el informe emitido en relación con el recurso especial el 28 de julio de 2023), la responsable del contrato detalló y justificó de manera exhaustiva que la contratista incumplía de manera reiterada el calendario y el ritmo de ejecución planteado por ella misma en el plan de trabajo. En los informes técnicos consta adjunta toda la documentación justificativa de los incumplimientos, concretamente consta un cuadro comparativo del desarrollo de la obra y la planificación de la empresa, una cuadro en el que se analizan las certificaciones emitidas, los mensajes y correos



electrónicos con el grupo de obra y los mensajes con los técnicos de la UTE y las actas de obra.

A pesar de todos los requerimientos que constan acreditados en el expediente, la UTE no planteó en ningún momento la modificación del Plan de trabajo, para actualizarlo conforme a las circunstancias de la obra ni realizó los esfuerzos necesarios con el personal adecuado para recuperar el tiempo perdido. En el informe técnico en relación con el recurso especial, la arquitecta concluye, en resumen, que:

2. El retard de l'obra es ve produint des del primer moment, a l'inici de les obres, el passat 11 d'agost de 2022 i s'ha anat acumulant al llarg dels mesos, de tal manera que, en cap moment, durant els 10 mesos i mig que fa que les obres varen començar, no s'han certificat més de 25.000 € mensuals.

3. Si bé és cert que les previsions d'execució de l'empresa durant els primers mesos eren molt conservadores, cosa que es corresponia amb la dificultat real de trobar recursos humans i material d'obra durant els mesos d'estiu, a partir del mes de desembre es posa de manifest el gran retard d'execució que va acumulant l'obra. Des de llavors la DF ha anat informant a l'empresa de la desviació que s'estava produint en la planificació requerint-la de manera reiterada, a les visites d'obra setmanals i a través de correus, missatges i informes a posar els mitjans humans i materials necessaris per recuperar el temps perdut.
[...]

En el informe jurídico de 6 de julio de 2023 de la responsable del área jurídica y de contratación del IBISEC en relación con recurso, se añade que:

Al fil de tot això, posar de manifest que a data d'avui, i després de nombroses ocasions, no s'ha remès una sola proposta de pla de treball REAL ni actualitzat a les circumstàncies d'obra [...]

Los artículos 193 y 194 de la LCSP establecen que la demora en la ejecución no requiere intimación previa al contratista por parte de la Administración y que las penalidades se imponen a propuesta del responsable del contrato, por acuerdo del órgano de contratación, que será inmediatamente ejecutivo.

En el expediente tramitado consta la propuesta de la arquitecta responsable del contrato, los trámites de audiencia concedidos a la UTE y el Acuerdo del órgano de contratación. El procedimiento se tramitó de acuerdo con el artículo 97 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), previsto como procedimiento administrativo contradictorio para resolver a todos los efectos incidencias surgidas durante la ejecución de los contratos.

En opinión de la Junta Consultiva, este procedimiento administrativo garantiza el cumplimiento de los requisitos formales que exigen los artículos 193 y 194 de la



LCSP para la imposición de penalidades por demora, puesto que se emitió la propuesta de la responsable del contrato, el acuerdo del órgano de contratación y se concedió en todo caso la audiencia a la contratista. Además, en el informe jurídico en relación con el recurso, se señala que:

— No escau informe d'Intervenció, en no estar sotmès l'IBISEC a fiscalització prèvia.

— En tractar-se d'imposició de penalitzacions per demora en l'execució de l'obra, no es va considerar procedent l'emissió d'informe jurídic, ja que no se suscitava cap qüestió de dret que en requerís l'estudi i el tractament específic. Es tractava de demora determinada i objectivament quantificable i demostrable a base al ritme d'emissió de certificacions d'obra.

Además, de esto, la recurrente también se equivoca cuando afirma que se tenía que emitir un informe jurídico de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA). Las funciones de la JCCA se encuentran reguladas en el Decreto 3/2016 y en su Reglamento de organización y funcionamiento, los cuales en ningún caso prevén la emisión de informes jurídicos para imponer penalidades durante la ejecución de cualquier contrato administrativo.

En el procedimiento del artículo 97 del RGLCAP sólo se exige la emisión de informe jurídico y de Intervención, en su caso, y en este caso, estos informes no eran necesarios. La imposición de penalidades por demora no requiere de intimación previa de la Administración a la contratista, porque responde a un incumplimiento obligacional que se enmarca en los poderes de dirección, inspección y control de los que dispone el órgano de contratación en garantía del interés público. Las penalidades impuestas estaban previstas en los pliegos, la contratista las conocía y los hechos constan acreditados sobradamente en los informes técnicos de la arquitecta.

En consecuencia, la resolución dictada no contiene ninguna irregularidad formal y cumple los requisitos de la LCSP, por lo que se rechaza la alegación de la recurrente.

— Alegación segunda. La recurrente alega carencia de responsabilidad por su parte en los retrasos de la obra y alega, en cambio, que la responsabilidad de los retrasos es imputable a la Administración por incidencias surgidas durante la ejecución, por órdenes contradictorias de la dirección facultativa o por indefiniciones del proyecto técnico.

Más concretamente, la recurrente alega que la principal causa del retraso fue la aparición de cañerías de amianto, que según la recurrente hicieron inviable la ejecución de la obra según el plan de obras inicial.

También argumenta indefiniciones en el proyecto en relación con la partida relativa a las reparaciones del revestimiento interior de las fachadas del edificio.



Y añade que la dirección facultativa dio órdenes contradictorias en relación con algunas partidas que estaban previstas en el proyecto: según la recurrente, la dirección facultativa decidió aprovechar las soleras existentes en la planta baja como base para la colocación del nuevo pavimento; o decidió conservar unos grandes arcos de descarga existentes que conectaban la nave principal y las dos naves laterales al espacio de las nuevas escaleras y el ascensor, lo que supuso eliminar unos conectores metálicos que estaban previstos para reforzar los forjados del techo de la planta baja.

— Contestación a la alegación segunda.

De acuerdo con el artículo 238 de la LCSP:

1. Las obras se tienen que ejecutar con estricta sujeción a las estipulaciones que contiene el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y de acuerdo con las instrucciones que en interpretación técnica de este dé al contratista la dirección facultativa de las obras.
2. Cuando las instrucciones sean de carácter verbal, tienen que ser ratificadas por escrito en el plazo más breve posible, para que sean vinculantes para las partes [...]

Todas las causas de retraso que alega la contratista (aparición de cañerías de amianto, reparación del revestimiento interior, aprovechamiento de soleras existentes o la conservación de arcos) son de cariz técnico, de tal manera que, a este respecto, los informes técnicos de la arquitecta responsable, como dirección facultativa, resultan esenciales para poder resolver las cuestiones controvertidas. Los informes técnicos que constan en el expediente detallan y justifican de manera exhaustiva el incumplimiento y hacen expresa mención de las causas que alega la UTE.

Antes de analizar las causas concretas, hay que tener en cuenta el criterio de la doctrina y de la jurisprudencia en relación con los informes técnicos: por regla general, el Tribunal Supremo, los tribunales administrativos de recursos contractuales y esta JCCA han considerado en múltiples ocasiones que no se pueden revisar con criterios jurídicos aspectos que tienen que ser evaluados con criterios estrictamente técnicos. Los informes técnicos disfrutan de presunción de acierto, lo que fundamenta la llamada discrecionalidad técnica de la Administración. Por lo tanto, para desvirtuar la presunción de acierto de los informes técnicos, corresponde a la recurrente demostrar con pruebas suficientes que los informes son manifiestamente erróneos o infundados. Entre otros, hay que mencionar la Resolución 632/2019, de 6 de junio, del TACRC, según la cual:

[...] la doctrina sentada por este tribunal a propósito del *principio de discrecionalidad técnica que ampara estos informes, cuyo criterio únicamente podrá ser revisado en los casos en los que se aprecie discriminación, arbitrariedad o error material manifiesto.*

Conforme a esta doctrina, *tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material ostensible o manifiesto al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.*

En el informe técnico en relación con el recurso de 28 de julio de 2023, la arquitecta y la jefa del Departamento Técnico del IBISEC se reafirmaron en el contenido de todos los informes técnicos anteriores emitidos durante la ejecución del contrato y el expediente de imposición de penalidades tramitado. En todos los informes, se habían rechazado ya las alegaciones de la contratista en relación con las causas del retraso, las cuales son las que ha vuelto repetir ahora en el recurso especial.

Al respecto, en el informe de la arquitecta y la jefa del Departamento Técnico del IBISEC se expone, en líneas generales lo siguiente:

1. Com s'ha reiterat a tots els informes i documents que consten a l'expedient, l'obra duu un gran retard acumulat de tal manera que, *a finals de juny de 2023, l'UTE només havia executat 164.815,95 € (PEM) que suposa el 8 % de l'obra contractada* quan havien transcorregut més de 10 mesos dels 12 mesos previstos al termini d'execució del contracte. En aquell moment el *retard acumulat era de 1.685.2846,78 €* respecte la planificació inicial que suposava unes *quaranta setmanes*.

2. *El retard de l'obra es ve produint des del primer moment, a l'inici de les obres, el passat 11 d'agost de 2022 i s'ha anat acumulant al llarg dels mesos, de tal manera que, en cap moment, durant els 10 mesos i mig que fa que les obres varen començar, no s'han certificat més de 25.000 € mensuals.*

3. Si bé és cert que les previsions d'execució de l'empresa durant els primers mesos eren molt conservadores, cosa que es corresponia amb la dificultat real de trobar recursos humans i material d'obra durant els mesos d'estiu, *a partir del mes de desembre es posa de manifest el gran retard d'execució que va acumulant l'obra. Des de llavors la DF ha anat informant a l'empresa de la desviació que s'estava produint en la planificació requerint-la de manera reiterada, a les visites d'obra setmanals i a través de correus, missatges i informes a posar els mitjans humans i materials necessaris per recuperar el temps perdut. Durant els primers sis mesos de l'obra l'UTE va indicar a la DF que la causa del retard era la dificultat per trobar personal qualificat per executar l'obra. Una vegada que, el març de 2023, la DO va informar a l'OC del gran retard que patia l'obra i es va iniciar l'expedient sancionador, l'UTE va canviar el discurs per justificar el retard dient que les suposades indefinicions i modificacions contínues del projecte no li permetien l'execució de l'obra i l'existència d'un canonades de fibrociment soterrades a la planta baixa de l'edifici.*
[...]



Concretamente, respecto a la aparición de cañerías de amianto, que según la recurrente hicieron inviable la ejecución del plan de obras inicial, la arquitecta informó del siguiente:

5. En cap moment la DF ha negat l'existència de les canonades de fibrociment a l'obra. Es tracta d'uns 50 ml de baixants i col·lectors aeris i uns 30 ml de col·lectors enterrats. *La presència i posició d'aquests elements es va detectar a la signatura de l'acta de replanteig i consta a un correu de la cap d'obra i a les cates al paviment de les que consten fotografies realitzades durant el mes de setembre de 2022.*

Cal ressenyar que l'UTE ja havia retirat tots els elements de fibrociment aeris durant el mes de febrer de 2023, amb un Pla de desamiantat tramitat la Conselleria de Treball durant el mes d'octubre de 2022.

A pesar de això i encara que l'UTE i la DO havien acordat i signat en acta un preu pel desamiantat de la totalitat de l'edifici que s'estava tramitant davant l'OC, el mes de març de 2023, arran de l'inici de l'expedient sancionador, l'UTE va negar-se a retirar els elements amb amiant que quedaven enterrats. No només es va negar a executar-lo al preu acordat sinó que també s'ha negat a executar-lo als nous preus que va proposar ella mateixa i fins i tot a al·legat desconeixement de la seva existència. Aquest fet, tenint en compte que una de les empreses que constitueixen l'UTE (Antonio y Diego SA) és propietària de l'abogador de Menorca i és l'empresa que va gestionar directament la tramitació del pla de desamiantat i la retirada dels elements aeris amb fibrociment durant el mes de febrer, només es pot explicar des de la mala fe en un intent desesperat de justificar l'immens retard de l'obra, A més la retirada d'elements amb amiant, no només no té entitat comparada amb el volum de l'obra total (menys d'un 0,3% del PEM) sinó que físicament no afecta l'execució de la resta del projecte fora de les àrees identificades.

Respecto a las supuestas indefiniciones del proyecto y cambios de criterios de la dirección facultativa, en el informe consta que:

6. [...] *les suposades indefinicions del projecte i canvis de criteri de la DF, es documenten de manera extensa a l'expedient les ordres i instruccions donades per la DF. La realitat és que el projecte no té indefinicions que impedeixen l'execució normal de les obres i la DF ha indicat de manera àgil, quan ha estat necessari i fent ús de les atribucions que li confereix l'article 238.1 de la Llei 9/2017 per interpretar el projecte, l'abast dels treballs a executar. Les incidències en l'execució de les obres que s'han produït (proposta de la DF d'aprofitament de les soleres existents en planta baixa com a base per a la col·locació del nou paviment finalment no executada; eliminació dels connectors metàl·lics prevists a les noves capes de compressió dels reforços dels forjats de sostre planta baixa i aprofitament dels grans arcs de descàrrega existents de connexió entre la nau principal i les dues naus laterals a l'espai de les noves escales i ascensor) no només no han suposat retard en l'execució sinó que, tot el contrari, havien d'agilitzar els treballs a executar.*

Els únics preus nous de l'obra no prevists al projecte consten a la proposta de projecte modificat amb la incorporació de tres preus nous que es va tramitar el mes de març (desamiantat actualment parcialment executat i dos partides menors també ja executades). Les modificacions indicades no han suposat cap tipus de retard al tractar-se de modificacions de mínima envergadura perfectament compatibles amb el ritme normal d'execució d'una obra i per tant no impliquen ampliació del termini d'execució de l'obra. No hi ha hagut imprevists, més allà dels normals a qualsevol obra i que qualsevol empresa, amb la solvència tècnica que és requerida en aquesta obra, hauria sabut afrontar.



Finalmente, en el informe emitido en relación con el recurso, la arquitecta añadió que:

7. S'ha de fer constar també que des de l'inici de l'obra l'UTE ha modificat varies vegades l'equip destinat a l'obra, amb tres caps d'obra i dos encarregats de l'obra diferents, fent-se càrrec de l'obra de facto durant setmanes una tècnica (Gabriela Lira) que no complia els requeriments de solvència tècnica exigits al contracte.

8. Com es desenvolupa amb detall a tots els informes i documentació que consten a l'expedient i que s'adjunten a aquest, *la causa real del retard de l'obra és la manca de voluntat de l'UTE per executar l'obra contractada*. Des de l'inici de l'obra, l'UTE no ha posat els mitjans humans, materials i tècnics necessaris per dur-la a terme acumulant retard mes a mes a pesar dels múltiples requeriments que se li han fet.

En opinión de la JCCA, la arquitecta responsable del contrato y la jefa del Departamento Técnico del IBISEC disponen, sin duda, de los conocimientos técnicos necesarios para ejercer las funciones de dirección facultativa de la obra, conocían a la perfección la obra y el proyecto a ejecutar. Además, se ha comprobado que los informes técnicos del expediente en los que se fundamentó la resolución de imposición de penalidades que se impugna, no contienen errores ostensibles ni se han emitido con criterios de arbitrariedad, de tal manera que se presumen adecuados.

En conclusión, la alegación segunda se tiene que rechazar totalmente.

Por todo ello, dicto el siguiente,

Acuerdo

1. Desestimar íntegramente el recurso especial en materia de contratación de la contratista UTE Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, SA y Antonio y Diego, SA, contra la Resolución del gerente del Instituto de Infraestructuras y Servicios Educativos de imposición de penalidades por incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato de obras de las fases III, IV, y V de la reforma del Cuartel de Santiago, para implementar el CEPA Joan Mir i Mir (Maó).
2. Confirmar la Resolución de 8 de mayo de 2023, en virtud de la cual se impuso a la UTE una penalidad por demora de 88.311,67 €.
3. Notificar este Acuerdo a la UTE Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, SA y Antonio y Diego, SA, y a la Consejería de Educación y Universidades.



Interposición de recursos

Contra este Acuerdo, que agota la vía administrativa, cabe interponer un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente de haber recibido la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1.a) y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Palma, en la fecha de la firma electrónica

La secretaria de la Junta Consultiva
de Contratación Administrativa

Maria Matilde Martínez Montero

Voto particular o voto contrario que presenta el vocal en representación de la organización empresarial CAEB en la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears, Andrés Moll Linares, respecto al acuerdo adoptado, por asentimiento, en sesión del pasado 19.01.2024 en resolución del recurso especial en materia de contratación del artículo 66 de la Ley 3/2003, en el expediente RES 25/2023.

El presente voto particular se prepara y presenta dentro del plazo que fija el artículo 19.5 de la Ley 40/2015 y únicamente sobre la propuesta de resolución, en tanto no dispongo del expediente de contratación y demás documentos e informes aludidos en la misma.

En la propuesta de resolución presentada se recogen algunos extremos que llaman la atención y que, por ende, no son atendidos con la relevancia que, a mi entender, se merecen. Así, en el número 3 del capítulo de hechos se recoge que el 15.03.2023 el responsable del contrato informó al órgano de contratación de un retraso con respecto al plan de trabajo aprobado el 11.08.2022 cuantificable en 615.122,30 euros, por el que podría ser impuesta una penalidad del 10 por ciento de dicho importe, esto es, de 61.512,23 euros, que motivó el inicio del expediente de imposición de penalidades por el órgano de contratación, el 17 siguiente, por el importe de los 61.512,23 euros antes descritos; no obstante número 7 del mismo capítulo fáctico se recoge la resolución dictada en dicho expediente, el 08.05.2023, imponiendo una penalidad de 88.311,67 euros, sin que exista explicación alguna con respecto a la diferencia entre la penalidad propuesta y la impuesta.



Por otra parte, en el número 5 del capítulo de los fundamentos de derecho, se dice que, antes de entrar en el fondo del asunto, conviene realizar una somera exposición de las previsiones legales y jurisprudenciales acerca de la imposición de penalidades, transcribiendo el contenido íntegro del artículo 193 de la Ley de Contratos del Sector Público, la 9/2017, haciendo referencia al 194.2 de la misma y destacando la naturaleza de las penalidades a tenor de resoluciones de la propia Junta y del Tribunal Supremo, no obstante en el número 6 del mismo capítulo, al describir las penalidades aplicables al caso que nos ocupa y transcribir el apartado b) de la lera S del PCAP, que rige el contrato, consistente en un 10 por ciento de la diferencia entre el importe que se hubiera tenido que certificar siguiendo el plan de trabajo, antes calendado, y lo realmente certificado, no se menciona llamada alguna al hecho de que tal penalidad resulta distinta a la prevista en el artículo 193.3 de la LCSP, antes invocado como sustento legal de la penalidad impuesta, y a la existencia o no de su justificación en el expediente de contratación, tal y como en anteriores resoluciones, las núms. 8 y 9 de 2022, la misma Junta había invocado para estimar sendos recursos especiales en materia de contratación, aun cuando no se hubieran impugnado en su momento los pliegos.

Por lo que concierne al fondo del asunto, este vocal entiende que la desestimación del recurso no puede basarse en la doctrina que no se pueden revisar *con criterios jurídicos aspectos que han de ser evaluados con criterios estrictamente técnicos*, en tanto existen hechos que necesariamente deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer las penalidades y, sobre todos, el que la demora en la ejecución debe ser imputable al contratista.

En este sentido, no puede sostenerse que la aparición *de las tuberías de fibrocemento en la obra* detectadas en el acta de comprobación del replanteo de la obra el 11.08.2022 -ex segundo párrafo del núm. 1 del capítulo de hechos- y comprobadas por las catas realizadas *durante el mes de septiembre de 2022*, que necesariamente originaron la tramitación de *un Plan de desamiantado ante la Consejería de Trabajo durante el mes de octubre de 2022* y que permitieron que *durante el mes de febrero de 2023* se hubieran retirado *todos los elementos de fibrocemento aéreos*, sin especificar cuándo se retiraron los elementos de fibrocemento restantes *-unos 30 ml de colectores enterrados-*, no tuvieran incidencia alguna en el cumplimiento del plan de trabajo inicial, que databa del 11.08.2022, en tanto debieron afectar necesariamente a alguno de los trabajos de demolición, movimientos de tierra, cimentaciones, estructura, instalaciones de saneamiento, soleras, etc. hasta que se contó con la aprobación del correspondiente plan al que hace mención el Real Decreto 393/2006, no pudiendo valorarse solo por la *entidad comparada con el volumen de la obra total (menos de un 0,3% del PEM)* y *más aún cuando se estaba tramitado ante la OC un precio por el desanimado*, de ahí que, aun contando únicamente con el contenido de la propia propuesta de resolución, considero que la aparición de elementos de



fibroceamiento debió afectar al cumplimiento del plan de trabajo inicial, que sirve de base para la concreción del cálculo de la penalidad.

Por otra parte, y con respecto a las indefiniciones del proyecto y cambios de la dirección facultativa, a la que debe aludir el escrito de recurso presentado por la contratista, lo cierto es que, en la página 13 de la propuesta de resolución, se recogen una serie de *incidencias en la ejecución de las obras que se han producido (propuesta de la DF de aprovechamiento de las soleras existentes en planta Baja como base para la colocación del nuevo pavimento finalmente no ejecutada; eliminación de los conectores metálicos previstos en las nuevas capas de compresión de los refuerzos de los forjados de techo planta baja y aprovechamiento de los grandes arcos de descarga existentes de conexión entre la nave principal y las dos naves laterales en el espacio de las nuevas escaleras y ascensor)*, así como la existencia de una *propuesta de proyecto modificado con la incorporación de tres precios nuevos*, de los que, si bien en el informe técnico se rechaza cualquier afectación al plan de trabajo, cabe tener en cuenta que, cuando menos, la modificación de proyecto debió seguir la tramitación establecida en el artículo 242 LCSP y alguna afectación debió tener sobre el plan de trabajo y ello sin entrar en cuestiones técnicas. Lo mismo sucede con respecto a las propuestas realizadas por la dirección facultativa, que se han descrito con la transcripción de la propuesta de resolución, en tanto alguna afectación al plan de trabajo pudieron haber conllevado, por ejemplo la relativa al aprovechamiento de las soleras existentes en la planta baja sobre las que ejecutar una nueva pavimentación, esto es, distinta a la prevista en el proyecto, luego desestimada y con vuelta a lo proyectado; al igual que el aprovechamiento de los arcos de descarga existentes o la eliminación de los conectores metálicos previstos, en tanto pueden o no suponer afectación al plan de trabajo en función del estado en que se encuentre la obra por la incidencia que pueda tener en otros trabajos planificados.

En definitiva, desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra una resolución que impone una penalidad al contratista, tomando en consideración el desvío existente con respecto al plan de trabajo aprobado inicialmente, el 11.08.2022, cuando con posterioridad dicho plan se ha visto afectado por la aparición de elementos de fibroceamiento (amianto), por las variaciones propuestas por la dirección facultativa de la obra o por la propuesta de unos modificados, por simples que sean, resulta, a mi entender, no tener en cuenta que en dicho retraso en la ejecución de la obra han concurrido concausas ajenas a la actuación de la contratista que han alterado la programación de la ejecución del contrato que esta tenía prevista para cumplir en el plazo fijado la prestación a que venía obligado por el contrato adjudicado y, si bien me resulta imposible poder concretar el cuánto de dicha alteración, lo cierto es que no cabe cerrar los ojos ante la existencia de las concausas aludidas y desestimar el recurso apelando a que son cuestiones técnicas vedadas a cualesquiera criterios jurídicos, por ello entiendo que debería haberse estimado el recurso al no poderse definir la



G
O
I
B
/

cuantía de la penalidad, en tanto el plan inicial de trabajo aprobado se había visto afectado por aquellas concausas concurrentes, por lo que el desvío en dicho plan de trabajo no resulta totalmente imputable a la contratista, como exige el artículo 193.3 LCSP, no pudiendo aceptar la aseveración contenida en el informe de que *la causa real del retraso de la obra es la carencia de voluntad de la UTE para ejecutar la obra contratada*, en tanto dicha conclusión carece del mínimo sustento técnico y solo resulta ser una valoración o apreciación personal del informante, que no merece su contemplación en la resolución.

En Palma, a veintitrés de enero de dos mil veinticuatro.

(Firmado electrónicamente por Andrés Moll Linares)