



Roj: **STS 5518/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5518**

Id Cendoj: **28079130032023100231**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **22/11/2023**

Nº de Recurso: **7437/2020**

Nº de Resolución: **1543/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 677/2020,**
ATS 998/2022,
AATS 3835/2022,
STS 5518/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.543/2023

Fecha de sentencia: 22/11/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7437/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/10/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

Procedencia: T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7437/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1543/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente



D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 22 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 7437/20207 interpuesto por CONCESSIONARIA HOSPITAL UNIVERSITARI SON ESPASES S.A, representado por la procuradora Dª Francina Mas Tous y asistido por el letrado D. Miquel M. Ramis Ayreflor Catany, contra la sentencia de 14 de septiembre de 2020 dictada en el recurso de apelación 39/2020 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. Ha comparecido como parte recurrida la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS representada y asistida por el letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Concesionaria del Hospital Universitario Son Espases S.A, interpuso el recurso contencioso-administrativo 1/2015 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Palma de Mallorca contra la resolución de 5 de noviembre de 2014 del Director General del Servicio de Salud de las Islas Baleares por la que se declararon aplicables determinadas penalidad/deducciones efectuadas en la cantidad de 2.641.350,13 euros por supuestos defectos en la calidad del servicio prestado en el marco del contrato de la concesión de obras públicas para la construcción, conservación y explotación del Hospital Universitari Son Espases.

El Juzgado balear mediante sentencia de 14 de octubre de 2019, resuelve la cuestión por existir criterio similar y acordado en dos sentencias firmes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 1 de Palma de Mallorca, de 20 de agosto y 25 de julio de 2018, donde se declaró caducado el procedimiento similar de imposición de penalidades por transcurso del plazo de caducidad de tres meses. Por todo ello estimó íntegramente el recurso contencioso-administrativo y anulo la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Disconforme con la sentencia el Letrado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en nombre del Servicio de Salud (IBSALUT), formula recurso de apelación -se tramita con el núm. 39/2020- ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, sede en Palma de Mallorca. La Sala en virtud de la doctrina fijada por la sentencia núm. 652/2019, de 21 de mayo, dictada en el recurso de casación núm. 1372/2017, por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, donde se ha declarado que las penalidades no están sujetas al instituto de la caducidad, por lo que se dicta sentencia de 14 de septiembre de 2020, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"1º) Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del IBSALUT contra la sentencia nº 297/2019, de 8 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, la cual se REVOCA.

2º) Se desestima el recurso contencioso administrativo contra la resolución administrativa impugnada, confirmándola, al ser conforme a derecho.

3º) Sin imposición de costas en esta instancia, y se condena en costas a la entidad actora, respecto de las de primera instancia, con un límite de 2.000 euros."

TERCERO.- Notificada la sentencia, se preparó recurso de casación por la representación procesal de la Concesionaria del Hospital Universitario Son Espases, S.A, que la Sala tuvo por preparado, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados en tiempo y forma, la Sección de Admisión de esta Sala acordó su admisión por auto de 27 de enero de 2022, lo siguiente:

"Segundo. Las cuestiones en las que, en principio, se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, son:

(i) Si para los contratos administrativos de obras de larga duración, no es aplicable la institución de la caducidad en el procedimiento para imponer penalidades;

(ii) Y sí es posible aplicar penalidades retroactivamente por defectos en la ejecución del contrato que no habían sido definidos como tales cuando se produjeron, no siendo sancionables en ese momento, aunque el



contratista admitiera, que dichos supuestos sancionables, se concretarían con posterioridad a la elaboración de la documentación contractual.

A su vez, se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los artículos 42, 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actuales artículos 21, 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento Administrativo Común) en relación con 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, aplicables al caso que nos ocupa *ratione temporis* (actual artículo 194 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público), así como el artículo 9.3 CE."

Mediante Auto de 14 de marzo de 2022 se rectifica el error cometido al mencionar a la recurrente, donde debe decir "Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal del Hospital Universitari Son Espases, S.A"

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sección Tercera, se confirió a la parte recurrente el plazo correspondiente para presentar su escrito de interposición.

Trámite que se evacuó mediante escrito de 22 de marzo de 2022, presentado por la Concesionaria del Hospital Universitario Son Espases S.A, que fundamentó en el instituto de la caducidad en los expedientes de imposición de penalidades en la contratación administrativa, precisando las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, cuál es su pretensión en el presente recurso.

Y termina suplicando a la Sala, estime el recurso de casación y:

(i) Revoque la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 14 de septiembre de 2020, fijando la doctrina legal interesada en el cuerpo de este escrito.

(ii) Declare la nulidad, anulabilidad o no conformidad a derecho de la resolución de 5 de noviembre de 2014 por la que se declaran aplicables las deducciones por un importe de 2.641.350,13 euros, ordenando el archivo de las actuaciones.

(iii) Condene a la Administración a pagar las costas de esta casación y de las causadas tanto en primera como en segunda instancia.

SEXTO.- Dado traslado a la recurrida Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, presentó escrito de contestación de 7 de junio de 2022. solicitando se dicte sentencia por la que, desestimando íntegramente el recurso de casación, confirme la sentencia recurrida como completamente ajustada a Derecho con expresa imposición de las costas procesales a la entidad recurrente.

SÉPTIMO.- Conclusas las actuaciones, no considerándose necesaria la celebración de vista pública, se señaló este recurso para votación y fallo el 31 de octubre de 2023, fecha en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia impugnada.

1.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia de 31 de octubre de 2023, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el recurso número 39/2020, que estimó el recurso de apelación promovido por "El Servei de Salut de Les Illes Balears" contra la Sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Palma de Mallorca nº 297/2019, de 14 de octubre (procedimiento ordinario nº 1/2015), que estimó el recurso contencioso deducido por la "Concesionaria Hospital Universitari Son Espases, S.A" contra la resolución del Director General del Servicio de Salud de les Illes Balears de 5 de noviembre de 2014, sobre la imposición de deducciones en espera o no acuerdo de los servicios no clínicos objeto de contrato de concesión, conservación y explotación del Hospital Universitario Son Espases, por importe de 2.641.350,13 Euros.

2.- Haremos una breve referencia a los antecedentes de la sentencia impugnada, para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas.

- La entidad "Concesionaria Hospital Universitari Son Espases, S.A" es la sociedad adjudicataria del contrato de concesión, conservación y explotación del Hospital Universitari de Son Espases (expediente SSCC CON 01/06). El contrato de concesión fué suscrito entre el IBSALUT y la citada sociedad en fecha 25 de enero de 2007 y la normativa de aplicación es el 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 (TRLCAP), con la modificación operada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.
- En virtud de dicho contrato, la concesionaria se comprometía, esencialmente a ejecutar las obras del Hospital Son Espases y a explotar los servicios no clínicos contemplados en la cláusula 29.2.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).
 - El plazo de duración del contrato, de acuerdo con su cláusula tercera, se extiende a 31 años y 8 meses, divididos en dos años y ocho meses de fase de construcción y 29 años de fase de explotación.
 - El precio del contrato equivale al importe de la retribución a percibir por la concesionaria que se contempla en la cláusula 48 PCAP, que prevé un "Canon Establecido" para el abono de la ejecución de obras, suministro y mantenimiento de instalaciones y equipos; un "Canon Variable" este último previsto en el apartado 3 para la prestación de servicios no clínicos y los "ingresos procedentes de terceros" referidos a la explotación de locales. En la cláusula 48.3 PCAP se reconoce el derecho del concesionario a recibir el Canon Variable en la parte que corresponda, en la medida que comience a gestionar los distintos servicios de apoyo en el nuevo centro hospitalario durante la fase de explotación de la concesión.
 - La cláusula 45.3 del PCAP alude al "Régimen de explotación de los servicios no clínicos", indicando que para cada servicio no clínico explotado por la concesionaria se establecen unos "Requerimientos Generales y Especificaciones Técnicas del Servicio incluidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que permitirán medir el nivel de desempeño del concesionario en la explotación de los respectivos servicios".
 - En el punto 4º de la misma cláusula 45.3 del PCAP se añade que el incumplimiento de los citados "Requerimientos Generales y Especificaciones Técnicas de los Servicios, medidas de conformidad con los parámetros objetivos que se establecen, darán lugar a la aplicación de las correspondientes deducciones en el pago de los servicios no clínicos objeto del presente contrato, cuyo importe efectivo se fijará de conformidad con el sistema previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas . Ello sin perjuicio de las penalidades que pudieran corresponder en aplicación de lo establecido en la cláusula 53 del presente Pliego".
 - En la cláusula 53 se contemplan las "penalidades y multas coercitivas por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato". Se indica en ella que el incumplimiento de las obligaciones del contrato llevará consigo la imposición al concesionario de las penalidades establecidas, sin perjuicio de la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios que, en su caso, se ocasionen y de las deducciones en los pagos a cargo de la Administración a que pueda haber lugar de acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas. Y en el apartado 2º se prevé que para los incumplimientos contractuales o deducciones a las retribuciones del concesionario, la cuantía de las indemnizaciones se tendrán en cuenta los precios de mercado, sin perjuicio de otros criterios que puedan considerarse oportunos. Y en el apartado 3 de la cláusula se especifica que el régimen de incumplimientos y penalidades es independiente de las infracciones y sanciones que sean ajenas al vínculo propiamente concesional, previstas en la normativa sectorial, que se regirán por sus propios principios y normas.
 - La cláusula 46 contempla las "Relaciones entre la Administración y la Sociedad Concesionaria: Órganos de Control". Y prevé la constitución de una Comisión Mixta de Seguimiento en la que estarán representados la Administración y el concesionario, que se reunirán de forma periódica durante la vigencia del contrato de concesión. Y establece seguidamente las funciones de la Comisión Mixta (apartado 3) entre las que se encuentra la de intervenir en la elaboración de propuestas que pueden incidir en las especificaciones técnicas relativas a la forma de prestación de los servicios no clínicos, supervisar la ejecución ordinaria de la prestación de servicios y proponer la adopción de medidas a la vista de los resultados obtenidos por el concesionario en el desempeño del servicio.
 - Del expediente administrativo se desprende que la Comisión Mixta de Seguimiento detectó una serie de deficiencias en la prestación de los servicios no clínicos, irregularidades que se relacionaban y que fueron tratadas en el seno de las reuniones de la Comisión Mixta, celebradas en diversas ocasiones, desde el momento de entrada en funcionamiento del Hospital de Son Espases. Y en estas reuniones, en las que intervenían representantes de la Administración y de la Concesionaria, se consignó la existencia de deficiencias en la prestación de tales servicios y si procedía la deducción, o en su caso si "quedaba a la espera" a que se fijasen unos modelos de exigencia de solución de anomalías en un tiempo razonable.
 - En fecha 23 de abril de 2013 el IBSALUT aprueba los Acuerdos de los Niveles de Servicio, mientras que la de los Manuales de Procedimientos tiene lugar el 23 de septiembre de 2013. Los días 8 de agosto de 2013 y 21 de octubre de 2013, el IBSALUT da traslado a la recurrente para alegaciones, en relación con la posible aplicación de deducciones por defectos de calidad del servicio, en aplicación de los criterios y parámetros fijados en los Acuerdos y los Manuales respecto a los hechos acontecidos con anterioridad a su aprobación.



- Tras el trámite de audiencia, el IBSALUT notifica a la Concesionaria, la resolución de 5 de noviembre de 2014 que rechaza las alegaciones deducidas y declara aplicables ciertas deducciones por las deficiencias advertidas.

- Frente a dicha resolución, la sociedad "Concesionaria del Hospital Son Espases" interpuso recurso contencioso-administrativo que se sustanció ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Palma de Mallorca. Dicho Juzgado dicta Sentencia de 14 de octubre de 2019 que estima el recurso contencioso-administrativo formulado por dicha Concesionaria al apreciar la caducidad de las penalidades fundadas en incumplimientos contractuales.

Promovido recurso de apelación por la Comunidad de las Illes Balears, el TSJ de dicha Comunidad Autónoma dicta la Sentencia ahora recurrida revocando la del Juzgado al aplicar la doctrina de este Tribunal Supremo plasmada en la Sentencia nº 652/2019, de 21 de mayo, que declaró, en síntesis, que la imposición de penalidades al contratista no estaba sujeta a plazo de caducidad, doctrina a la que luego nos referiremos.

La fundamentación jurídica de la sentencia del TSJ de Illes Balears es del siguiente tenor literal:

"[...] Las deducciones aplicables sobre el canon que la sociedad concesionaria debe abonar a la Administración contratante operan como un descuento del precio por los servicios no clínicos prestados con irregularidades que se aplica al importe que la Administración debe satisfacer al contratista por este concepto retributivo, en el supuesto de que existan deficiencias o irregularidades cometidas, en este caso, en la ejecución de este tipo de prestaciones en el Hospital Universitario Son Espases.

Como ya hemos anunciado, esta Sala considera que estas deducciones responden a una naturaleza y finalidad distinta de las "penalidades", ya que éstas se caracterizan por estimar (negativamente) a la entidad contratista para que cumpla sus obligaciones contractuales, en tanto que las deducciones sobre el canon variable sirven para ajustar la retribución a abonar a la concesionaria a la prestaciones de servicios no clínicos que sean "aceptables", de acuerdo con unos estándares de cantidad y calidad. Las "penalidades" implican una suma dineraria independiente de los importes retributivos, en tanto que las deducciones se aplican sobre el importe que la entidad contratante debe satisfacer a la contratista por la realización del contrato.

El Tribunal Supremo (sección 4ª), en su Sentencia nº 652/2019, de 21 de mayo, ha aclarado si las "penalidades" ostentan o no naturaleza sancionadora, así como si se debe aplicar el instituto de la caducidad en el supuesto de transcurrir los plazos previstos sin recaer y notificarse decisión alguna, estableciendo en el Fundamento Quinto que:

"QUINTO.- La Sala entiende que la imposición de penalidades conforme a la normativa antes expuesta por incumplimiento contractual, no está sujeta a un plazo de caducidad y esto por las siguientes razones (...)

Por consiguiente, si el Alto Tribunal ha determinado que en el supuesto de "penalidades" ni responden a una naturaleza sancionadora ni deben aplicarse las garantías procedimentales de los expedientes sancionadores, tampoco puede servir esta esencia punitiva ni utilizarse las garantías anudadas constitucional y legalmente a este tipo de procedimientos en los supuestos de conceptos tales como las "deducciones", los cuales se recogen en los Pliegos como elementos a tener en cuenta para calcular la retribución a satisfacer al contratista, precisamente descontando el importe de los servicios no clínicos prestados defectuosamente y no solucionados en un tiempo prudencial.

Si no opera la caducidad del expediente en supuestos de incumplimientos contractuales, tampoco puede producir efectos en procedimientos previstos entre contratante y contratista para calcular el importe de la retribución.

El recurso de apelación debe estimarse, revocando la Sentencia de instancia, la cual se basó exclusivamente en el acogimiento de la caducidad como motivo impugnatorio, debiendo esta Sala proceder a examinar el resto de argumentos contenidos en la demanda para dilucidar si el recurso contencioso administrativo debía o no ser estimado a la luz del análisis de la conformidad a Derecho de la resolución administrativa impugnada".

SEGUNDO.- La cuestión de interés casacional.

Como se indica en el Auto de admisión de 27 de enero de 2022, dictado por la Sección Primera de esta sala, la cuestión que en este asunto presenta interés casación objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar (i) Si para los contratos administrativos de obras de larga duración, no es aplicable la institución de la caducidad en el procedimiento para imponer penalidades; (ii) Y sí es posible aplicar penalidades retroactivamente por defectos en la ejecución del contrato que no habían sido definidos como tales cuando se produjeron, no siendo sancionables en ese momento, aunque el contratista admitiera, que dichos supuestos sancionables, se concretarían con posterioridad a la elaboración de la documentación contractual.



Y en el referido Auto de admisión se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los artículos 42, 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actuales artículos 21, 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento Administrativo Común) en relación con 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, aplicables al caso que nos ocupa *ratione temporis* (actual artículo 194 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público), así como el artículo 9.3 CE.

TERCERO.- La posición de las partes procesales.

Señala la mercantil recurrente que la STS de 21 de mayo de 2019 (recurso de casación núm. 1372/2017) examinaba si ante la falta de regulación del procedimiento para la imposición de penalidades en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público son aplicables los artículos 42, 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por tanto, es aplicable el instituto de la caducidad, o si por el contrario, la imposición de penalidades constituye un trámite más dentro de la ejecución del contrato, al que no le son aplicables esos preceptos. La Sentencia resuelve la inaplicación del instituto de la caducidad de la tramitación de imposición de penalidades.

Razona que en el caso examinado en la meritada STS de 21 de mayo de 2019, los contratos afectados eran de corta duración, de tres y seis meses, considerando que la doctrina contenida en la citada sentencia ocasionaría graves perjuicios en este supuesto en el que se trata de un contrato de larga duración que generaría graves perjuicios económicos para el contratista, por el hecho de que la Administración pueda prolongar un procedimiento de penalidades en el tiempo. Y alega la infracción de los principios de irretroactividad de las resoluciones no favorables y la seguridad jurídica para sustentar su posición.

Por su parte la Letrada de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, manifiesta que la naturaleza del contrato es la de concesión de obras, que tiene por objeto la construcción, conservación y explotación del Hospital Universitari Son Espases, y tras transcribir la cláusula 3 del PCAP, en cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, manifiesta que de acuerdo con la cláusula 3.2 serán de obligado cumplimiento para las partes. Sobre la naturaleza de las deducciones reguladas en las cláusulas 1.2 y 1.4, el PCAP diferencia entre lo que son las penalidades (con un régimen y una regulación sustantiva propia dentro del PCAP y de la regulación de contratos administrativos) y las deducciones por fallos de disponibilidad y calidad (así la cláusula 53 del PCAP) que forman parte de los sistemas de inspección, vigilancia y control que tiene la Administración en el contrato de concesión para controlar y medir la disponibilidad y la calidad en la prestación de los servicios no clínicos por el concesionario y que, incide en la retribución que se le debe satisfacer. Las penalidades se crearon para casos en que se producen supuestos de cumplimiento deficiente, que no llega a ser un incumplimiento de contrato en la explotación de la obra. Por tanto -continúa su alegato- ya que las deducciones no pueden encuadrarse dentro de las penalidades recogidas en el PCAP, ni tampoco tienen naturaleza de sanción, la invocación que se hace a los principios que rigen en materia sancionadora no tienen cabida en este recurso de casación.

Sostiene, en fin, que la aplicación de deducciones sobre el canon es una cuestión técnica que aparece perfilada en el PPT, de forma que una vez se constatan los supuestos previstos proceden de forma automática las deducciones previstas, que se aplican en la factura al Canon Preestablecido o al Canon Variable, y se encuentran incluidas en la fórmula de pago al concesionario. En relación a las deducciones en espera, considera que no se trata de la aplicación retroactiva de una sanción contractual, pues se trata de la precisión técnica sobre si determinada conducta es o no tributaria de una deducción por constituir un defecto en la calidad del servicio prestado durante la ejecución del contrato. El motivo para acordar la espera en la aplicación de algunas deducciones se debió al hecho de que, en el PPT, los supuestos de deducción por defectos en la calidad de la prestación de los servicios no clínicos estaban referidos a los Acuerdos de los Niveles de Servicio y a los Manuales de Procedimientos que estaban pendientes de aprobación. En lugar de procederse a realizar una deducción automática, el órgano de contratación resolvió, que, una vez aprobado los documentos, se evaluaran cada uno de los defectos en la calidad de los servicios que debieran dar lugar a una deducción y a su minoración en el importe del Canon Variable.

CUARTO.- La posición de la Sala.

Tal como se indica en el Auto de admisión del recurso de casación, debemos abordar en primer término, si la doctrina contenida en la Sentencia de 21 de mayo de 2019, dictada en el RC 1372/2017, relativa a la interpretación de los artículos 21, 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, LPAC, en relación y en el ámbito de los contratos del Sector Público, es aplicable a los contratos de larga duración.

Existe acuerdo entre las partes -y así lo reconoce también la sentencia impugnada- en que en el contrato concesional se contemplaron la imposición de penalidades por incumplimiento de las obligaciones por el contratista. La controversia gira en torno a sí la imposición de dichas penalidades por incumplimiento está



sujeta a caducidad y si la doctrina de la Sentencia 21 de mayo de 2019, es asimismo aplicable a los contratos de larga duración, como el aquí examinado.

Pues bien, declaramos en la reseñada Sentencia de 21 de mayo de 2019 que en la imposición de penalidades al amparo del artículo 194.2 de la Ley 9/2017, no son aplicables las normas que regulan la caducidad del procedimiento administrativo (arts. 42.3 a) y 44.2 de la Ley 30/1992 LPAC) y que para su ejercicio no se prevé un procedimiento distinto y autónomo en la medida que constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución del contrato.

Dijimos en la aludida Sentencia que no son aplicables las normas que regulan la caducidad de los procedimientos por las razones que se enumeran en el FJ 5º y que son las siguientes:

<<1º Es punto común y pacífico que en lo sustantivo tales penalidades no responden al ejercicio de una potestad sancionadora, luego para su imposición no se sigue un procedimiento específico de naturaleza sancionadora ni éste es aplicable supletoriamente. Al respecto es jurisprudencia de esta Sala que responden al ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuye a la Administración (cf. sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 6 de marzo de 1997, recurso de apelación 4318/1991).

2º Su naturaleza ciertamente se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración y hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual. Tal similitud se acentúa cuando con la penalidad se reacciona ante retrasos del contratista u otro cumplimiento defectuoso mantenido en el tiempo; ahora bien cuando se impone como consecuencia de un incumplimiento puntual o ejecutado del contrato, ya no implica coerción alguna y su naturaleza se asemeja ciertamente a la sancionadora o cumple un fin resarcitorio.

3º Aun así como tal penalidad tiene una sola regulación y no puede ostentar diversa naturaleza dependiendo de su finalidad, hay que estar al criterio jurisprudencial según el cual carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual (cf. artículo 1152 del Código Civil) cuya razón radica en el interés público que se satisface con el contrato y que es necesario tutelar.

4º En lo procedimental la imposición de penalidades se ubica sistemáticamente en la LCSP 2007 en sede de ejecución contractual, sin que se prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado, lo que no es el caso de esos otros supuestos del artículo 194 de la LCSP de 2007 en los que sí prevé que la Administración contratante ejerza ciertas potestades mediante concretos procedimientos: es el caso de los supuestos de interpretación, modificación, resolución, reclamación de deudas, cesión o subcontratación (cf. artículo 195.1 de la LCSP 2007).

5º Cobra así sentido la cita de la sentencia del Pleno de esta Sala, de 28 de febrero de 2007, recurso de casación 302/2004, que constituye la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada. Pese a dictarse para un supuesto distinto, de ella cabría deducir que la imposición de penalidades no implica un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución.

6º Esto no quita que para su adopción haya una regulación mínima en el artículo 196.8 de la LCSP 2007, lo que evita la idea de imposición de plano: se prevé así que haya propuesta y decisión y que haya trámite de audiencia o alegaciones es una exigencia no expresamente prevista, sino que responde a un cabal entendimiento del principio de proscripción de la indefensión, exigencia común a todo acto mediante el cual el poder público imponga un gravamen.

7º Las previsiones del citado artículo 196.8 de las LCSP lleva a la idea cierta de que hay un expediente, pero no un procedimiento. En efecto, la idea de expediente supone la documentación de la sucesión de actuaciones que integran un procedimiento, pero puede implicar sólo la constancia documental de decisiones, lo que asemeja a las penalidades con las multas coercitivas que adoptadas para la ejecución de acto incumplido que sí pone fin a un procedimiento.

8º De esta manera como ya la denominó la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 30 de octubre de 1995 (recurso de apelación 5203/1991) con la imposición de penalidades se está ante una "decisión ejecutiva", si bien acordada en el curso del procedimiento de ejecución de un contrato, prevista en los contratos a modo de estipulación accesoria cuya regulación mínima se agota, en este caso, en el artículo 196.8 de la LCSP 2007. No precisa, por tanto, la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 -hoy Ley 39/2015- para su regulación.

9º Quiebra de esta manera el presupuesto normativo del artículo 44.2 de la Ley 30/1992 pues la fase de ejecución contractual, dentro del procedimiento administrativo, no tiene por objeto ejercitar una potestad de



"intervención" susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen: se está ante la regulación de dicha fase dentro del procedimiento contractual, cuya finalidad es la correcta ejecución de un contrato mediante el que se satisfacen intereses públicos.>>

Pues bien, consideramos que las razones expuestas sobre la naturaleza no sancionadora de las penalidades y la inaplicación de las normas de la caducidad son plenamente trasladables a las de contratos como el ahora examinado, una concesión de larga duración, sin excepción a dicha doctrina general. Y es que, en efecto, los argumentos expuestos por la recurrente sobre la singularidad de los contratos de largo plazo no resultan admisibles, en la medida que dicha circunstancia -la mayor o menor duración temporal- no altera ni modifica la naturaleza propia de las penalidades contractuales que, como se ha dicho, tienen una sola regulación, carecen de vocación sancionadora, su imposición no conlleva un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual, sino que se trata de una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución del contrato. La inaplicabilidad del instituto de la caducidad se sustenta en que la determinación de los incumplimientos contractuales se sitúa en el ámbito de la ejecución del contrato, por las razones jurídicas que antes hemos transcrito y que no es necesario reiterar.

No cabe acoger así el alegato de la sociedad recurrente que sostiene que tal interpretación le genera una situación de inseguridad jurídica por cuanto la Administración Pública puede mantener abierto el expediente de incumplimiento contractual de forma indefinida y que la inexistencia de un plazo límite para resolver el expediente impide al contratista reaccionar frente a la actividad administrativa, a lo que añade que todo ello puede generar consecuencias económicas muy gravosas, con cita del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva artículo 24 CE, del artículo 41.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el principio de buena administración y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, así como los principios de sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho.

Y no puede ser atendido en la medida que la parte recurrente obvia que nos encontramos ante una relación contractual. La cita de los principios constitucionales y las relativas a los derechos fundamentales se refieren a los principios generales de actuación de la Administraciones Públicas y su sujeción a la ley, con proscripción de la arbitrariedad. Pero de estos principios no deriva la exigencia de una limitación temporal en la imposición o reclamación de penalidades contratista, por tratarse de una cuestión ligada a la específica regulación de los contratos del sector público y a las concretas cláusulas de los contratos que se rigen por sus propias reglas y criterios y que, en lo que se refiere a las penalidades y su naturaleza se plasman en la meritada sentencia de 2019 que examina y analiza con detenimiento la cuestión.

Ciertamente, la recurrente discrepa del criterio de la Sala y vierte una serie de consideraciones basadas en su propia y subjetiva interpretación de las penalidades, si bien, como hemos indicado, las consideraciones sobre su naturaleza o la inexistencia de otros institutos aplicables en supuestos de dilatación excesiva en la tramitación de los expedientes, no modifican las conclusiones alcanzadas en los términos señalados por esta Sala, siendo así que las eventuales dilaciones o la extensa duración de la tramitación y sus consecuencias habrán de examinarse de forma casuística, en el seno de la ejecución de cada contrato. Empero, como decimos, no altera ni desvirtúa la naturaleza o vocación no sancionadora de las penalidades como instrumento para forzar el cumplimiento de las obligaciones, ni justifica la revisión ni la matización de nuestra precedente doctrina que afirma de forma clara que las penalidades no revisten un carácter sancionador y que el expediente para su determinación no puede considerarse como un procedimiento autónomo e independiente, de modo que no es aplicable el instituto de la caducidad, por tratarse de "trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución" del contrato, doctrina que cabe ratificar, sin excepciones derivadas de la mayor o menor duración del contrato.

QUINTO.- La segunda cuestión que debemos abordar consiste en determinar si es posible aplicar penalidades de forma retroactiva, por defectos o irregularidades en la prestación del servicio por parte del contratista que no habían sido definidos como tales cuando tuvieron lugar y que no eran sancionables en ese momento. La sociedad recurrente denuncia la vulneración del artículo 9.3 CE al aplicarse de forma retroactiva los parámetros que determinan los hechos que constituyen incumplimientos contractuales.

Más concretamente, la tesis propugnada por la concesionaria recurrente parte de que la aprobación de los Acuerdos de los Niveles de Servicio tuvo lugar en fecha 23 de abril de 2013 y que los Manuales de Procedimientos se aprueban el 23 de septiembre siguiente. Y, dado traslado de la posible aplicación de deducciones por defectos de calidad respecto a hechos sucedidos con anterioridad a su aprobación, finalmente el IBSALUT dicta resolución declarando el incumplimiento de los niveles de calidad del servicio y aplicables las deducciones del canon variable, todo ello con los criterios aprobados con posterioridad a los hechos considerados como defectuosos o irregulares.



De este modo, sostiene que no es posible la aplicación retroactiva de los criterios que definen las deficiencias si no se encuentran previstos de forma previa, alegando que la retroactividad no es jurídicamente admisible cuando no existe una expresa inclusión en los correspondientes pliegos del catálogo de incumplimientos y sus consecuencias económicas para el contratista o concesionario. Sostiene, en fin, que las previsiones no se establecieron en los Pliegos, sino en los ulteriores Manuales de Procedimiento y Acuerdos de Nivel de Servicio y que con arreglo al artículo 252 TRLCAP, únicamente a partir del momento de la aprobación de dichos instrumentos pueden ser sancionadas las respectivas incidencias contractuales. Y en la medida que la Sentencia admite que se puedan aplicar las previsiones de Manuales y Acuerdos a hechos e incidencias acaecidos en un anterior momento en el que no se podía saber si la actuación podía ser (o no) objeto de sanción contractual, se vulnera el artículo 9.3 CE, todo ello puesto en relación con el principio *pacta sunt servanda* y con infracción del principio de seguridad jurídica.

Pues bien, compartimos el criterio de la Sentencia del Tribunal Balear aquí recurrida, puesto que, por un lado, no puede considerarse las deducciones del canon aquí contempladas como una sanción, al carecer de esta naturaleza y vocación, y por otro lado, por cuanto la concesionaria aquí recurrente, que participó en la Comisión Mixta de Seguimiento, aceptó de forma expresa la aplicación retroactiva de los criterios y parámetros para determinar determinadas anomalías anteriormente advertidas, siendo de aplicación la doctrina de los actos propios.

Y es que, en efecto, la Concesionaria admitió expresamente la cláusula que determinaba la aprobación de los Manuales y Acuerdos que definían los supuestos que permitirían la determinación del Canon Variable. Y asimismo, realizó diferentes actos de aceptación de esta modalidad de determinación de las deducciones, que se preveían en el apartado 1.3 de la cláusula 48 del contrato, que contempla "el período de carencia y mecanismos de deducciones", y en la cláusula 1.4 el "devengo y abono de las retribuciones por el concesionario". Una vez transcurrido dicho período, la Comisión Mixta -formada por representantes de la Administración contratante y de la concesionaria- procedió a analizar las anomalías advertidas en los niveles de calidad de prestación del servicio.

En el seno de esta Comisión Mixta de Seguimiento -en la que participaba la concesionaria- se procedió a constatar y a reflejar los *déficits* e insuficiencias en la prestación de los servicios no clínicos y en esta Comisión se pactó entre sus miembros diferir o aplazar (dejar en espera) la decisión de aplicar las deducciones del canon -ante algunas irregularidades complejas- a la ulterior fijación de unos parámetros objetivos que permitieran dilucidar el alcance de las anomalías, que ya constatadas, se quedaron "en espera", es decir, se aplazó hasta que se fijaran unos criterios para delimitar, definir y clasificar las irregularidades y sus consecuencias. Esto es, se consintió y asumió por la concesionaria que para considerar y calificar determinadas carencias se aguardara a dichos posteriores parámetros objetivos y esta aceptación del aplazamiento, determina la aplicación de la doctrina de los actos propios y excluye la vulneración denunciada.

La secuencia anteriormente expuesta pone de manifiesto que la Concesionaria recurrente reconoció el mecanismo articulado para la determinación de los defectos en la calidad de la prestación de servicios no clínicos y se comprometió a someterse a los ulteriores parámetros para evaluar las irregularidades previamente comprobadas y extraer en consecuencia las eventuales minoraciones. La recurrente participó e intervino a través de la Comisión Mixta de Seguimiento en la toma de las decisiones sobre la valoración de las insuficiencias contrastadas y asumió dilatar su evaluación hasta el momento de contar con elementos objetivos que permitieran la categorización de las aludidas irregularidades, todo ello en virtud de los pactos y acuerdos alcanzados, sin que pueda negarse relevancia a dicho consentimiento que no se refería a aspectos desconocidos -como afirma la parte- ni futuras, que se constriñó a irregularidades ya acontecidas que eran conocidas por las partes contratantes que voluntariamente optaron por su subsiguiente estimación.

SEXTO.- Conclusión y costas.

De acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad "Concesionaria Hospital Universitari Son Espases S.A", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 14 de septiembre de 2020, en el recurso de apelación 39/2020.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes. Y en cuanto a las costas del procedo se instancia, debemos mantener el pronunciamiento que hizo al respecto la sentencia recurrida.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en los fundamentos de derecho cuarto y quinto:

1.- No ha lugar al recurso de casación número 7437/20207 interpuesto por CONCESSIONARIA HOSPITAL UNIVERSITARI SON ESPASES S.A, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 14 de septiembre de 2020, en el recurso de apelación 39/2020.

2.- Sin imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ