





**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Girona, de fecha 31 de mayo de 2019, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 5 de abril de 2019, de imposición de la penalidad de 1% del importe de adjudicación del contrato, por no encontrarse las obras en estado de ser recibidas en el momento de la recepción.

Alega la parte demandante la inseguridad jurídica generada por la Administración local en cuanto a la recepción de la obra. Aduce la improcedencia de la imposición de penalidad alguna. Refiere que la iniciación del procedimiento sancionador resulta extemporánea. Sostiene la correcta ejecución de las obra. Considera que el plazo de garantía ha transcurrido. Aprecia abuso de derecho en la actuación de la Administración. Invoca la teoría de los actos propios.

La Administración se opone al esgrimir que el procedimiento para la imposición de penalidades es ajustado a derecho, en base a la defectuosa ejecución de la obra, tal y como queda acreditado con los diferentes informes. Defiende la legalidad de la imposición de penalidades del 1%, la ausencia de extemporaneidad y de vandalismo. Arguye que no se han sellado e impermeabilizado determinadas zonas. Alega que el Ayuntamiento hizo un acta desfavorable. Rechaza la teoría de los actos propios invocada por la demandante.

**SEGUNDO.-** El artículo 212 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece: "1. Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 64.2 y 118.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato.

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

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

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

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se





considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

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

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

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

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

El régimen de penalidades aparece regulado en la cláusula XXII del Pliego del contrato de obras relativas al proyecto de urbanización de la plaza Josep Pallach i Carolà.

Como datos relevantes para la resolución de la controversia, resulta que, en fecha 2 de marzo de 2017, se emitió informe por el feje de servicios de Proyectos y Obras que declaró finalizadas las obras del Proyecto de urbanización de la plaza Josep Pallach i Carolà en fecha 15 de febrero de 2017 (folio 509). De especial trascendencia, y en base a ello procede estimar la demanda, es que, en fecha 3 de abril de 2017, la técnica de Contratación y Compras redactó informe en el que propuso acordar la ocupación efectiva de las obras de urbanización de la plaza Pallach i Carolà y que con ésta se producen los efectos y las consecuencias propias del acta de recepción de las obras (folios 515 a 517). En base al meritado informe, se dictó, en fecha 7 de abril de 2017, acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Girona que acordaba, acogiendo el informe, la ocupación efectiva de las obras de urbanización de la plaza Pallach i Carolà y que con ésta se producen los efectos y las consecuencias propias del acta de recepción de las obras (folios 520 y 521).

La recepción de las obras impide la imposición de penalidades, según reiterada jurisprudencia, entre las que pueden destacarse: la STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2007, que citando la del TSJ de Madrid de 11 de marzo 2005,





señala la innecesariedad del trámite de alegaciones en la imposición de sanciones por demora. O la de la misma sala de 18 de febrero de 2007, en la que pone en valor la necesidad de cumplir por parte del contratista con las exigencias del artículo 100 del Reglamento de 12 de octubre de 2001 para la obtención de prórrogas.

La STSJ del País Vasco, de 9 de marzo de 2007, desautoriza la imposición de penalidades por retraso una vez recepcionadas las obras, tesis que también recoge la STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2006. Esta última señala lo siguiente: *"La naturaleza jurídica de estas penalidades, que constituyen un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual, ha sido discutida en sede doctrinal, siendo subsumida en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración contratante (STS de 6 de marzo de 1997 [RJ 1997/1663]). Ciertamente es que, conforme al artículo 96 de la Ley de contratos de las administraciones públicas y al 137 del Reglamento general de contratación, si el contratista no hubiese ejecutado la obra, la Administración podrá optar indistintamente entre la resolución del contrato con pérdida de fianza o por la imposición de penalidades a que se refiere el propio artículo 96 de la Ley de contratos de las administraciones públicas y el artículo 138 del citado Reglamento. Ahora bien, esa opción debe ser ejercitada por la Administración en el momento en que el contratista incumpla su obligación de ejecutar la obra en los plazos convenidos, y no diez meses después de extenderse el acta de recepción, como aquí ha sucedido, pues entonces la penalidad ya no cumple su finalidad, que es constituir un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual. En definitiva, no es conforme a Derecho que la Administración, una vez ejecutada la obra, imponga penalidades por retraso cuando ha podido ir verificando durante el plazo en que se realizan las obras los retrasos en su ejecución, iniciando, en su caso, el correspondiente expediente administrativo sin trascerto, pues del artículo 137 del Reglamento general de contratación se deduce que se pueden imponer  penalidades  una vez en mora pero no una vez finalizada la obra, ya que, como queda dicho, su finalidad es intimar el debido cumplimiento, tesis que viene avalada por el artículo 96 de la Ley de contratos de las administraciones públicas".*

Clarificadora de la decisión adoptada es la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5ª, de 12 de junio de 2018, Sentencia: 572/2018, Recurso: 56/2017:

*"TERCERO.- Accedemos a la revocación de la sentencia 467/2016, de 14 de septiembre.*

*La decisión del tribunal parte de estas consideraciones:*

*1.-"... No podrán imponerse penalidades (...) cuando éstas ya han sido recibidas por la Administración" (página 3ª, escrito de apelación).*

*a.- Sobre la temática litigiosa que conforma el eje central del debate abierto en el recurso de apelación 56/2017 existen ya diversos pronunciamientos del*





tribunal.

Esta temática consiste en determinar si es posible atribuir penalidades, a un contratista de la Administración, una vez que existe ya un acuerdo de recepción formal de la obra que constituyó el objeto de la actividad a desarrollar por el contratista.

Representativo del criterio que, al respecto, sigue la Sala es la STSJCV, 5ª, 476/2016, de 18 de mayo, dictada en el recurso de apelación 675/2013 .

En el punto 1) reproducimos la jurisprudencia que incluye la sentencia; y en el punto 2) la solución que otorga al conflicto abierto en la apelación 675/2013 .

Es importante notar ya que en el recurso de apelación 56/2015 fueron tres las razones que avalaban las penas impuestas a Jardinería, Obras y Servicios de Torrevieja S.A., así como que el Juzgado no estimó suficiente (para dar lugar a la invalidez jurídica pedida) que las obras de urbanización de accesos al nuevo colegio público de Algorfa se hubiesen recibido con mucha antelación al inicio del expediente de imposición de penalidades. Y llegó a este resultado en función de que las mejoras asumidas por el adjudicatario de la obra se encontraban pendientes de concluir:

"... De todo ello ha de extraerse que el contrato no se hallaba cumplido en el momento de la imposición de las penalidades, habiéndose ejecutado solo parcialmente el proyecto de mejoras ofertados por la entidad demandante y hallándose pendiente la ejecución de obras por importe de 129.819,19 €, como la propia actora reconocía a fecha 29.04.2011 (folio 8 E.A.)" (fundamento de derecho segundo, sentencia 467/2016 ).

b.- La sentencia de la Sala de 18/05/2016 dice, para lo que aquí interesa, que:

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

"...como ya ha declarado esta Sección, entre otras, en Sentencia de 2 de marzo de 2011 , las penalidades son de carácter económico y consisten en la fijación de una cantidad a pagar por el contratista, en función del tiempo de demora y del importe del contrato (...) la imposición de penalidades es utilizada en la contratación administrativa como medio coercitivo o de presión al contratista, que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de las obligaciones contractuales dentro del plazo prefijado, buscando así la terminación de la obra en el tiempo previsto, por lo que reiteradamente se ha entendido, y así también lo ha dicho esta Sala en Sentencias de 16 de Septiembre del 2009 y 11 de Junio del 2010 , que tales





penalidades pueden imponerse una vez que el contratista incurra en mora durante la ejecución del contrato pero no una vez finalizada la obra, ya que como hemos expuesto su finalidad es intimar el debido cumplimiento del contrato y corregir los eventuales incumplimientos contractuales y no castigar conductas, al no tener estas penalidades naturaleza estrictamente sancionadora, por lo que perderían dicha finalidad".

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

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

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

2.-... Respecto a la que nos ocupa, de 217.301,80€, a la vista de la resolución administrativa se desprende que ha sido impuesta por "incumplimiento muy grave de las condiciones especiales de ejecución previstas en la cláusula 24 a)...atendiendo al hecho de que porcentaje de incumplimiento de contratación de mano de obra es superior al 50%, ya que solo ha llegado a un total de cumplimiento de 1.532 jornadas de nuevos trabajadores de las 15.300 ofertadas lo que supone un 10.01% y un incumplimiento del 89,99%, habiendo llegado a 184 jornadas de personal ya contratado de las 225 ofertadas que es un 81,78% (siendo un incumplimiento global del 88,95%) y teniendo en cuenta la reiteración de los requerimientos y fijando en su grado mínimo del 5,01% puesto que no incumple el criterio de adjudicación relativo al volumen de mano de obra previsto..."

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





acepten sus fundamentos jurídicos, lo que no altera el Fallo de la misma".

c.- Aplicando este criterio jurídico al rollo de apelación 56/2017, llegamos a una consecuencia discrepante a aquélla sobre la que se asienta la decisión judicial a quo.

Para la Sala, no es posible hacer uso de la estipulación convencional que legitima la asignación de penalidades al contratista -por la puesta en práctica de una actuación que contravenga las exigencias fijadas en la normativa de contratación o en los pliegos de cláusulas administrativas o condiciones técnicas-, en el supuesto de que ya se hayan recibido por la Administración las obras contratadas.

La pendencia de obras por el concepto de mejoras, a fecha de recepción de las obras (pendencia no discutida por el apelante), no excluye esta consecuencia.

No es posible simultanear una recepción de las obras con una muy posterior - más de un año después- imposición de penalidades.

La primera exige un debido cumplimiento del contrato. Únicamente en este supuesto cabe tener por recibidas las obras. En términos del artículo 218 de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre 2007, que es la aplicable por la época en que se suscribió el pacto entre los litigantes:

"... 3. Si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de ésta las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía".

El 22 de diciembre de 2009 las obras de urbanización del nuevo colegio público de Algórfa no se encontraban en condiciones de ser recibidas por el Ente público contratante. Faltaba ejecutar una buena parte de las mejoras que constituían parte esencial de su objeto. Como establece la sentencia de 14/09/2016, sin contradicción del apelante:

"... Ello se colige del escrito de fecha 16.12.2009 en que la actora solicitaba un aplazamiento del plazo de ejecución de las obras de mejora del proyecto" (fundamento de derecho segundo).

Pero, recibidas éstas, entra en contradicción con el sistema legal aplicable que se dictan penas por el cumplimiento indebido de la prestación exigida al contratista.

Si existió una ejecución defectuosa del contrato, debieron imponerse las penas antes de recibir las obras. Así lo determina también el artículo 196 de la LCSP, que actúa bajo la rúbrica de: "Ejecución defectuosa y demora":

"1. Los pliegos o el documento contractual podrá prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de





ejecución del contrato (...) 4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades".

Tal contradicción lleva a la Sala a revocar la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Elche.

El escrito de oposición a la apelación afirma que:

"... Las obras que se recibieron el 22 de diciembre de 2009, fueron las obras inicialmente previstas, esto es, las obras que sirvieron de base a la licitación (...) tal y como se puede leer literalmente en dicha acta, y así se manifestó de forma clara por el testigo D. [Nombre], redactor de dicha acta" (página 5ª).

Las obras de urbanización de accesos al nuevo colegio público constitúan una unidad, sin que haya constancia expresa alguna, en el documento de 22 diciembre 2009, que permita introducir una excepción, en lo relativo al apartado de mejoras, en lo que hace a su recepción por parte del Ayuntamiento de Algorfa:

"Examinadas las obras de referencia, se ha podido comprobar que se han efectuado de conformidad con el proyecto inicialmente aprobado, así como las indicaciones de la Dirección Facultativa. Las citadas obras se hallan totalmente terminadas y en buen estado de servicio, salvo vicios ocultos. A la vista de lo anteriormente expuesto, el Ingeniero Director da por recibidas las obras, comenzando a contar el plazo de garantía desde el día siguiente a la fecha de la presente acta".

Pues bien, acordada la recepción de las obras mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Girona, de fecha 7 de abril de 2017, no es procedente la imposición de penalidades por ejecución defectuosa. Apreciadas ciertos defectos de impermeabilización, el Ayuntamiento de Girona nunca debió ocupar de forma efectiva las obras, con los inherentes efectos de su recepción. Lo correcto hubiera sido acudir a la cláusula XXII que regula el régimen de penalidades por ejecución defectuosa, pero no iniciar el expediente de imposición de penalidades casi dos años después de su recepción. Así lo manifestó en el acto de la vista el Sr. [Nombre], al declarar que "si hubiera habido filtraciones no debería haberse firmado el acta de recepción de obra. La penalización debe imponerse durante la ejecución de obra, no después".

No puede alegar la Administración demandada que, con posterioridad, se hizo un acta de comprobación desfavorable, ya que la recepción de las obras no admite ambigüedad alguna, o se reciben o no. Además, ello conllevaría la vulneración del principio de confianza legítima y de ir contra los propios actos. En otro orden, no hay constancia de que el acuerdo, de fecha 7 de abril de 2017, haya sido objeto de revisión por el Ayuntamiento de Girona.

Por todo lo expuesto, procede la estimación íntegra de la demanda.





**TERCERO.-** Se imponen las costas a la Administración demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Mireia Arges Sánchez, en nombre y representación de S.L., contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Girona, de fecha 31 de mayo de 2019, que se anula por no ser ajustado a derecho.

Se imponen las costas a la Administración demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso de ordinario alguno en virtud del artículo 81 de la LJCA.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha, doy fe.



