



XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00107/2023

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 2 DE VIGO

Modelo: N11600
CIUDADE DA XUSTIZA. RUA PADRE FEIJOO, N° 1 36204-VIGO
Teléfono: 986 817860/72/61 **Fax:** 986 817873
Correo electrónico: contencioso2.vigo@xustiza.gal

Equipo/usuario: MV

N.I.G: 36057 45 3 2022 0000520
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000268 /2022 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª: EULOGIO VIÑAL OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.
Abogado: LUCIANO PRADO DEL RIO
Procurador D./Dª: MARIA VICTORIA PUERTAS MOSQUERA
Contra D./Dª CONCELO DE VIGO
Abogado:
Procurador D./Dª SAGRARIO QUEIRO GARCIA

SENTENCIA N° 107/22

En Vigo, a 11 de mayo de 2023

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo n° 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento ordinario seguidos a instancia de:

- "Eulogio Viñal Obras y Construcciones, S.A." representada por la procuradora Victoria Puertas Mosquera y asistida por el letrado/a: Luciano Prado del Río, frente a:
- Concello de Vigo representado por el procurador/a: Sagrario Queiro García y asistido por el letrado/a: Susana García Álvarez.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 19 de septiembre del 2022 recurso contencioso-administrativo frente al Concello de Vigo por su inactividad, art. 29.1 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), en relación a las obligaciones derivadas del contrato de obras de ampliación del parque infantil de la calle Venezuela, de Vigo.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite por decreto de 21 de septiembre y se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada, se recibió y se puso de manifiesto a la parte recurrente, que debido a las defectuosas condiciones en las que se había remitido (carente de índice y sin foliar), interesó su enmienda. Finalmente, se ha recibido el 15 de diciembre del 2022 y se trasladó a la actora a fin de que presentase su demanda, lo que verificó el 17 de enero del 2023. En la petición de la demanda se solicitó que se dicte sentencia en la que se declare que el Concello de Vigo adeuda a la actora la suma de 43.721,36 euros, por la ejecución del contrato de obras de ampliación del parque infantil de la calle Venezuela, de Vigo, y se le condene a abonar a la actora la referida suma incrementada en los intereses previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, con imposición de las costas procesales.

TERCERO.- La defensa del Concello de Vigo contestó a la demanda el 20 de febrero del 2023 oponiéndose a las pretensiones actoras pidiendo que fueran todas desestimadas y se confirmase la resolución recurrida. Por decreto de 22 de febrero del 2023 se fijó la cuantía del procedimiento en la suma de 43.721,36 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 LJCA. Por auto de 23 de febrero del 2023, se admitió la prueba propuesta por ambas partes, y ha sido innecesaria la celebración del juicio. El 8 y el 27 de marzo del 2023, las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y finalmente quedaron los autos vistos para sentencia por providencia de 29 de marzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No controvertido que:
El precio total del contrato de obras de ampliación del parque infantil de la calle Venezuela, de Vigo, del que ha





resultado adjudicataria la actora, ha sido de 569.027,99 euros, IVA no incluido.

Que por la actora se propuso, como mejora, una reducción en el plazo de ejecución de las obras que era de seis meses, de 120 días, de forma que su conclusión debía ser el 12 de febrero del 2018.

Que la fecha prevista para el inicio del contrato era el 1 de octubre del 2017.

Que el 11 de diciembre del 2017 se firmó el acta de comprobación de replanteo.

Que en el seno del expediente nº 10606/446 la demandada resolvió el 21 de mayo del 2018:

"1.- Incoar procedemento para a imposición dunha penalidade á empresa Eulogio Viñal obras y construcciones, S.A., do 1% do importe do contrato, que ascende a 7.668,85 euros, polo incumprimento dun criterio de adxudicación regulado na cláusula 35.3.c) no PCAP que rexe o citado contrato.

2 .- Outorgar un prazo de 14 días hábiles para a terminación total das obras.

Que la finalización del plazo del contrato concluía, entonces, el 15 de junio del 2018.

Que el 23 de julio del 2018 por la demandada, en ese expediente se ha resuelto la imposición a la actora de una penalidad del 1% del importe del contrato, por la suma de 7.668,85 euros, que se deduciría de la siguiente certificación que se emitiese, o de la garantía.

Que dicha resolución devino firme.

Que en el seno del expediente nº 10087/446 sobre certificación de liquidación, el 21 de diciembre del 2018, se formalizó acta de recepción de las obras, con observaciones.

Que el 17 de junio del 2019 la actora emite su última factura, nº 190134, por importe de 51.390,21 euros.

Que por resolución del 26 de junio del 2019, del concejal de la demandada, de parques y jardines, se anuló la referida factura, por razón de que se había emitido sin levantar previamente acta de medición de las unidades de obra realmente ejecutadas, con intervención de la dirección de la obra y el responsable del contrato. Esta resolución es firme.

Que el 27 de septiembre del 2019, por la demandada se ha emitido un informe propuesta, sobre la certificación-liquidación del contrato, en el que se propone la aprobación de la certificación-liquidación, de 24 de abril del 2019, por un importe de 14.188,34 euros, resultado de restar al importe certificado, 51.390,21 euros, la penalidad impuesta en el expediente nº 10606/446, por importe de 7.668,85 euros, más la suma de 29.533,02 euros, en concepto de sanción por la demora en el plazo de ejecución del contrato (314 días de exceso).





Que el 11 de octubre del 2019, la actora, haciendo uso de la audiencia que se le había conferido con el traslado del informe anterior, presentó alegaciones en las que se opuso a la imposición de la sanción por la suma de 29.533,02 euros.

El expediente nº 10087/446 sobre certificación de liquidación, no se ha resuelto por la demandada.

El 26 de abril del 2022 la actora dirige un escrito a la demandada en la que pide que se declare la caducidad de ese procedimiento, expediente nº 10087/446, se apruebe la liquidación final por importe de 43.721,36 euros, y se proceda a su abono con el incremento de los intereses previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, devengados desde que dicha cantidad debió ser abonada, o en todo caso, se resuelva el expediente.

El PCAP del expediente 9.385-446, en su cláusula 35, relativa a infracciones y penalidades, establece en su apartado 3, que se impondrán al contratista penalidades cuando incurra en alguna de las siguientes infracciones:

Y el subapartado c), se refiere a las infracciones por incumplir criterios de adjudicación:

"Se durante a execución do contrato ou ao tempo da súa recepción, a Administración municipal apreciase que o contratista, por causas que lle resultan imputables, incumpriu algún ou algúns dos compromisos asumidos na súa proposición, imporalle penalidades nos seguintes termos:

➤ Para considerar que o incumprimento afecta a un criterio de adxudicación será preciso que ao descontarse un 25 % da puntuación obtida polo contratista polo criterio de adxudicación incumplido resultase que a súa proposición non sería a mellor valorada.

➤ Como regra xeral, a súa contía será un 1% do orzamento do contrato, agás que, motivadamente, o órgano de contratación estime que o incumprimento é grave ou moi grave, en cuxo caso poderán alcanzar ata un 5% ou ata o máximo legal do 10%, segundo proceda. "

Este art. 35.4 del PCAP también aclara:

"A imposición de calquera das penalidades previstas nos apartados anteriores será compatible coa esixencia ao infractor da reposición da situación alterada ao seu estado orixinario. Tamén coa indemnización dos danos e perdas causados, os cales serán apreciados polo órgano sancionador, debendo fixarse na resolución correspondente a súa contía e o prazo para satisfacelos."

La demanda se articula acertadamente mediante el cauce del art. 29.1.LJCA y contiene un principal argumento





impugnatorio que se dirige a combatir la improcedencia de la segunda penalidad, por la suma de 29.533,02 euros, sobre la base de tres argumentos principales, a) que no cabe la imposición de la sanción tras la conclusión del contrato, tras la finalización de la prestación debida; b) que ha habido caducidad del procedimiento en el que se ha informado y propuesto, en septiembre del 2019, la imposición de la referida penalidad, el expediente nº 10087/446, por no haber sido resuelto hoy; y c) por menoscabo del principio non bis in idem, en la medida en que ambas penalidades, ésta y la que se ha aceptado en el expediente nº 10606/446, por importe de 7.668,85 euros, tienen el mismo fundamento.

Subsidiariamente, se pide en la demanda, para el caso de que ninguno de los motivos anteriores fueran atendidos, que en caso de que se respalde la segunda penalidad, se reduzca su importe ya que el periodo de demora que ha contemplado, parte de la consideración errónea del plazo inicialmente previsto para la ejecución del contrato, siendo que, tras la imposición de la primera penalidad, se estableció que su plazo concluía el 15 de junio del 2018, y atendiendo a esa fecha, los días de demora serían 185, en lugar de los que contempló la demandada.

SEGUNDO.- Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en la DT 1ª, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y la fecha de adjudicación del contrato litigioso, noviembre del 2017, su régimen jurídico es el contemplado en el 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 (en adelante, LCSP).

Hemos de reconocer que nuestro parecer respecto de la principal cuestión litigiosa estaba con el planteamiento de la demandada, en cuanto a la oportunidad de imponer penalidades tras la conclusión del contrato, y así lo fundamentamos en nuestra sentencia de 1 de octubre de 2019 (PO 41/19), que resolvió una controversia, en cierto modo similar a la que ahora se somete a enjuiciamiento y en la que también fue parte demandada, el Concello de Vigo.

En aquella ocasión, con apoyo o interpretación de lo fundamentado en la STS, Contencioso sección 4 del 21 de mayo de 2019 (Sentencia: 652/2019 -Recurso: 1372/2017), dijimos:

"Entonces, debemos centrar la solución del litigio en la oportunidad temporal de la imposición de la penalidad y sobre esto, la STS citada, nada dice directamente, aunque sí indirectamente y es a partir de esto que avanzaremos la desestimación de la demanda. La STS dice lo que dice en cuanto a la naturaleza de la figura, que es única con independencia de sus finalidades variadas; en su fundamento jurídico quinto, dice:





"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."

Es decir, la naturaleza de la institución de la penalidad contractual es única y única debe ser su regulación, y desde ahí se rechaza la asimilación o aplicación de las normas que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora, para concluir el rechazo de la existencia de un plazo de caducidad en la tramitación de su imposición.

Pero aunque suelen asimilarse, incluso confundirse, naturaleza y finalidad, no son lo mismo y desde la perspectiva de sus finalidades la STS admite claramente, justo antes del párrafo reproducido, la finalidad sancionadora de la penalidad; dice:

" 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.**"

A partir de lo expuesto ya se comprende que ningún obstáculo hay para que la penalidad contractual, sin perjuicio de que con carácter general esté llamada a cumplir un fin compulsivo sobre el contratista, pueda operar como auténtica sanción al adjudicatario incumplidor, o con una finalidad resarcitoria, como expresamente apunta la STS, Contencioso sección 4 del 21 de mayo de 2019.

Entiendo que la literalidad de la Ley de aplicación al caso, el 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 (en adelante, LCSP), también abona esta conclusión. Porque, primero, su art. 118.2, que la actora denuncia vulnerado por el proceder de la demandada, nada indica de que su imposición deba cumplir esa y solo esa finalidad de aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones del contrato, o que su imposición quepa solo durante la vida del contrato (luego ahondaremos en esta última cuestión). El precepto decía:

"Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución..."





Es decir, las penalidades se pueden contemplar contractualmente para los casos de incumplimiento, debemos añadir, también, de las condiciones especiales de ejecución. Ya sabemos que el contrato litigioso no contemplaba

"condiciones especiales de ejecución", pero la imposición de penalidades se contempla con carácter general, en la Ley y en el pliego, para el caso del incumplimiento de las obligaciones del contratista, cuando no proceda la resolución. Si acudimos al artículo 212 LCSP, así lo corrobora:

"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. "

Ninguno de los ocho apartados del precepto legal contempla expresa o tácitamente la doble limitación que respecto de la figura de la penalidad preconiza la actora, esto es, que solo pueda cumplir una finalidad de aseguramiento del cumplimiento del contrato, y que solo puedan imponerse durante la vida de éste. Es más, si nos detenemos en el apartado 8 de la norma, vemos elementos que apoyan el extremo de que la penalidad pueda imponerse a la conclusión del contrato; decía:

"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."

Si la efectividad de la penalidad cabe hacerla sobre el pago total, o sobre la garantía del contrato, ya nos está situando la Ley en el ocaso del contrato, y entiendo que la posibilidad disyuntiva que se contenía en el apartado 7 de ese art. 212 LCSP, sobre que la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades, no debe ser malentendida como que éstas no quepan a la conclusión del contrato."

Y la demandada invoca ahora en su contestación, algunos pronunciamientos de salas territoriales, que abonan esta tesis. Pero omite que nuestra sentencia de 1 de octubre del 2019, ha sido revocada por la STSJG Contencioso sección 3 del 15 de mayo de 2020 (Sentencia: 102/2020 Recurso: 7004/2020), que al respecto, razonó:

"Cierto es que, conforme al artículo 96.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y al 137 del Reglamento General de Contratación, al igual que el art 212.4 del TRLCSP (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), cuando el contratista , por causas imputables al mismo, **hubiese incurrido en demora respecto del cumplimiento del plazo total**, la Administración podrá optar indistintamente entre la resolución del contrato o por la imposición de penalidades a que se refiere el propio art. 212 del TRLCSP.

CUARTO.- 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 meses después de haberse finalizado**, como aconteció en el presente supuesto , por cuanto que con fecha " **16 de marzo de 2017 la Sección segunda de este Tribunal dicta sentencia**" (en los procedimientos que se indican en los antecedentes de hecho del escrito de apelación) en la que estimando los recursos interpuestos por la mercantil... y el Concello de Vigo contra resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales anula la resolución que le estimaba el recurso sobre su exclusión del proceso de licitación de los servicios, a que se refiere en tal antecedente, consecuencia de cuyo fallo fue la cesación en la prestación de tales servicios, como así se le comunicó a través de escrito de 22 de agosto de 2017, acordándose iniciar expediente de penalidad con fecha 29 de diciembre de 2017 e imponerle la misma con fecha 23/03/2018.

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.

Luego, no es conforme a Derecho que la Administración que, una vez cesada la apelante en la prestación del servicio, por las causas que se exponen en la sentencia de esta Sala y Sección segunda, que se adjunta al escrito de demanda, y en ese contexto, sin que por ello constituye motivo suficiente para desestimar el recurso interpuesto en mérito a lo manifestado por el TS en el Fundamento de Derecho Quinto, razón segunda, inciso final, y que se transcribe como motivo de oposición al recurso en escrito de esa naturaleza."

TERCERO.- Con este escenario se impone el acogimiento de la acción porque estaremos a lo dispuesto en la referida STSJG Contencioso sección 3 del 15 de mayo de 2020 (Sentencia: 102/2020 Recurso: 7004/2020), que veda la posibilidad de imponer penalidades tras la conclusión del contrato, como ha sido el caso. Sin perjuicio de que, con arreglo a la STS, Contencioso sección 4 del 21 de mayo de 2019 (Sentencia: 652/2019 -Recurso: 1372/2017), antes referida no existiría la caducidad procedimental que se ha denunciado por la actora, ya que la doctrina que sentó es que: "la imposición de penalidades conforme a la normativa antes expuesta por incumplimiento contractual, no está sujeta a un plazo de caducidad; [...] no son aplicables los artículos





42.3.a) y 44.2 de la Ley 30/1992 -actualmente, artículos 21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 30/1992 - porque constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución.”

Llegados a este punto, tras constatar que no ha habido controversia entorno al contenido de la última certificación, nº 8, por importe de 51.390,21 euros, los números de principal son sencillos, y a dicha suma solo hay que restar el importe de la primera penalidad, por lo que resulta una cantidad debida por la demandada a la actora de 43.721,36 euros. Y este importe debe incrementarse, ante la pasividad, la inactividad de la demandada en todos estos años, con el tipo de interés previsto en el art. 7.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, devengado, también como pide la actora, desde el transcurso de 30 días desde que oportunamente ha presentado la factura expresiva del gasto, esto es, desde el 18 de agosto del 2019, hasta la su efectivo pago, de conformidad con lo dispuesto en el art. 216.4 LCSP.

Declaramos pues, la disconformidad a Derecho de la inactividad de la demandada en el expediente nº 10087/446, y le condenamos al abono a la actora de la suma de principal antes referida, incrementada en los intereses punitivos en el tipo y con el días a quo de su devengo explicado, y estimamos íntegramente la demanda.

CUARTO.- En materia de costas el art. 139 LJCA dispone que el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

La existencia de pronunciamientos como el apuntado por la demandada, en su contestación, la STSJ de Navarra Contencioso sección 1 del 29 de julio de 2021 (Sentencia: 216/2021 - Recurso: 510/2020), que con apoyo y cita, también de la STS, Contencioso sección 4 del 21 de mayo de 2019 (Sentencia: 652/2019 -Recurso: 1372/2017), se opone frontalmente a la posición recogida en la STSJG Contencioso sección 3 del 15 de mayo de 2020 (Sentencia: 102/2020 Recurso: 7004/2020), justifica la no imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,



FALLO

Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora Victoria Puertas Mosquera, en nombre y representación de "Eulogio Viñal Obras y Construcciones, S.A." frente al Concello de Vigo, y su inactividad, en relación a las obligaciones derivadas del contrato de obras de ampliación del parque infantil de la calle Venezuela, de Vigo, que declaro disconforme a Derecho.

Condeno al Concello de Vigo a abonar a "Eulogio Viñal Obras y Construcciones, S.A.", la cantidad de 43.721,36 euros, incrementada en el tipo de interés previsto en el art. 7.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, devengado, desde el 18 de agosto del 2019, hasta la su efectivo pago, y que se liquidará en ejecución de la presente sentencia.

Sin imposición de costas.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de 15 días ante este mismo Juzgado, para su posterior remisión al Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo

