



Roj: **STS 1689/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1689**

Id Cendoj: **28079130042019100173**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/05/2019**

Nº de Recurso: **1372/2017**

Nº de Resolución: **652/2019**

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

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 14039/2016,**
ATS 6133/2017,
STS 1689/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 652/2019

Fecha de sentencia: 21/05/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1372/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: RSG

Nota:

R. CASACION núm.: 1372/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 652/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 21 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **1372/2017** interpuesto por el **CENTRO MÉDICO MAESTRANZA, S.A.** representado por el procurador don Jorge Laguna Alonso y asistido por el letrado don José María Fernández Astudillo, contra la sentencia de 28 de diciembre de 2016 dictada en el recurso de apelación 699/2016 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Ha comparecido como parte recurrida la Comunidad de Madrid representada y asistida por el letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal del Centro Médico Maestranza, S.A. interpuso el recurso contencioso-administrativo 309/2015 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 33 de Madrid contra la resolución de 5 de mayo de 2015 del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto contra la resolución de 4 de marzo de 2015 por la que se acordaba penalizar a la citada empresa por incumplimiento en la ejecución de contrato con la cantidad de 36390,60 euros.

SEGUNDO.- Estimado el recurso contencioso-administrativo por sentencia de 25 de mayo de 2016, el letrado de la Comunidad de Madrid en la representación que le es propia interpuso recurso de apelación 699/2016 ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se tramitó y en el que se dictó sentencia de 28 de diciembre de 2016 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid, actuando en representación y defensa del SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD, contra la Sentencia dictada en fecha 25 de mayo de 2016 por el juzgado de lo contencioso administrativo n° 33 de Madrid , la revocamos por no ser conforme a derecho y entrando a conocer el recurso contencioso administrativo interpuesto en la instancia por la sociedad Centro Médico Maestranza S.A. contra la Resolución de 5 de mayo de 2015 del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 4 de marzo de 2015 por la que se acordó penalizar a la citada empresa con la cantidad de 36.390,60 euros, lo estimamos en parte, anulando parcialmente dichas Resoluciones en lo relativo al importe de la penalidad que ha de ser reducido a 3.150 euros. No se realiza imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias a ninguna de las partes. "

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal del Centro Médico Maestranza, S.A. ante dicha Sección informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 1 de marzo de 2017, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados el procurador don Jorge Laguna Alonso en representación del Centro Médico Maestranza, S.A. y la Comunidad de Madrid mediante escrito de su letrado, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 19 de junio de 2017, lo siguiente:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la entidad mercantil CENTRO MÉDICO MAESTRANZA S.A. contra la sentencia de 28 de diciembre de 2016 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en el recurso de apelación núm. 699/2016 .

" Segundo. Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, dada la falta de previsión al respecto del texto refundido de la ley de contratos del sector público, es la siguiente:

" Si, en el ámbito de los contratos del sector público, la imposición a los contratistas de penalidades por incumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato está sometida a un procedimiento al que le resultan



de aplicación los artículos 42, 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (y concordantes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) y, por tanto, la caducidad.

" O si, por el contrario, la imposición de tales penalidades constituye un trámite más dentro de la ejecución del contrato al que no resultan de aplicación aquellos preceptos ni, por tanto, se dictan en un procedimiento autónomo sometido a un plazo de caducidad.

" Tercero. Identificar 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 (actualmente, artículos 21, 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

" Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

" Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

"Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 3 de julio de 2017 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La representación procesal del Centro Médico Maestranza, S.A. evacuó el trámite conferido mediante escrito de 18 de septiembre de 2017 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 a los efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) y los pronunciamientos que se solicitan en el fallo del mismo.

SÉPTIMO.- Por providencia de 17 de octubre de 2017 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizó el letrado de la Comunidad de Madrid en la representación que le es propia solicitando que se declare no haber lugar al recurso interpuesto por las razones que constan en su escrito de 29 de noviembre de 2017.

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 22 de marzo de 2019 se señaló este recurso para votación y fallo el 14 de mayo de 2019, fecha en que tuvo lugar tal acto, y el 20 de mayo siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para una adecuada comprensión de lo que se plantea en este recurso deben tenerse presente los siguientes hechos, tal y como se deducen en especial de los actos impugnados en la instancia:

1º Al amparo del *Acuerdo Marco para la contratación de procedimientos diagnósticos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid de referencia A.M. Procedimientos diagnósticos 2010* se adjudicó a la mercantil recurrente unos contratos para la ejecución de mamografías para cribado y mamografías para diagnóstico en el Hospital de Fuenlabrada. Tal contrato se firmó el 16 de mayo de 2011, siéndole de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP 2007).

2º En la cláusula 42 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares se preveía que, en caso de cumplimiento defectuoso, se le pudiesen imponer penalidades conforme el artículo 196.1 de la LCSP 2007 consistente en un descuento sobre la facturación mensual equivalente al triple del importe de la asistencia prestada a los pacientes afectados.

3º En agosto de 2014 y a raíz de una visita de inspección se advirtió que la recurrente tuvo acceso irregular a datos de pacientes para concretar con ellos pruebas, sin que previamente hubieran podido optar por hacer las pruebas en ese centro hospitalario o en otro.

4º Advertida tal irregularidad, el 23 de octubre de 2014 se ordenó " el inicio de un expediente para determinar la imposición de penalidades " conforme a la cláusula 42 citada y conforme al artículo 196.1 de la LCSP 2007 . El 3 de diciembre de 2014 se le dio trámite de audiencia, presentando sus alegaciones el siguiente día 17 y, finalmente, por resolución de 4 de marzo de 2015 se le impuso la penalidad de 36390,60 euros.



SEGUNDO.- Lo litigioso se ciñe a determinar si la imposición de tal penalidad es contraria a derecho por haber caducado el procedimiento seguido al transcurrir más de tres meses entre la incoación del expediente y su resolución. En síntesis y sin perjuicio de abundar en los siguientes Fundamentos en sus alegatos, la controversia puede resumirse en estos términos:

1º Para la sentencia impugnada -y para la Administración recurrida- no cabe hablar de caducidad pues no se está ante un acto sancionador, ni se dicta en un procedimiento autónomo, sino que es un trámite dentro del procedimiento contractual. Conforme a la sentencia del Pleno de esta Sala, de 28 de febrero de 2007 (recurso de casación 302/2004) es una estipulación accesoria que implica un medio coercitivo para asegurar el cumplimiento regular de lo pactado. No es, por tanto, aplicable supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992).

2º La recurrente admite que tal penalidad no es una sanción, pero como la LCSP 2007 no regula un procedimiento para imponerla es aplicable el procedimiento administrativo común conforme al artículo 19.2 y la disposición final tercera (sic) 1 y 2 lo que debe entenderse referido a la disposición final octava de la LCSP 2007, de ahí que se le haya dado audiencia, lo que evidencia un procedimiento contradictorio. Se trata, además, del ejercicio de una potestad de intervención susceptible de producir efectos gravosos o desfavorables, por lo que son aplicables los artículos 42 y 44 de la Ley 30/1992.

TERCERO.- La cuestión que esta Sala ha identificado como que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la reseñada en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta sentencia, esto es, que ante la falta de regulación en la LCSP 2007 de un procedimiento para la imposición de penalidades, si tal son aplicables los artículos 42, 43 y 44 de la Ley 30/1992, luego cabe la caducidad; o bien si su imposición constituye un trámite más dentro de la ejecución del contrato al que no le son aplicables esos preceptos ni, por tanto, se dictan en un procedimiento autónomo sometido a un plazo de caducidad.

CUARTO.- Debe precisarse que la norma aplicada al caso fue el artículo 196.1, 7 y 8 de la LCSP de 2007 y no el artículo 212.8 que invoca la recurrente, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, si bien tal diferencia es irrelevante por razón de la identidad de regulación, lo que reitera el artículo 194.2 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Y otro tanto cabe decir de los artículos 42 y 44 de la Ley 30/1992 respecto de los artículos 21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015).

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:

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.

SEXTO.- Dicho lo anterior conviene hacer un breve repaso a las sentencias citadas por la parte recurrente y por esta Sala en el auto de admisión de 19 de junio de 2017 para apreciar en qué medida son aplicables al caso y en qué medida dan razones atendibles y opuestas a lo razonado en el anterior Fundamento de Derecho:

1º El auto de admisión se refiere a la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Quinta, de 4 de marzo de 2015 (recurso contencioso-administrativo 198/2013) que se remite a la sentencia de este Tribunal Supremo, Sección Quinta, de 30 de noviembre de 2005 (recurso de casación 5355/2003) dictada en un asunto de extranjería luego ajeno a lo litigioso. También se remite a la sentencia de esta Sala, Secciones Séptima y Cuarta, de 19 de julio de 2004 y 13 de marzo de 2008 (recursos de casación 4172/1999 y 1366/2005 , respectivamente) citadas también por la recurrente, ambas referidas a la resolución de contratos lo que, como se ha visto, sí está sujeto a un procedimiento específico.

2º En esa sentencia la Audiencia Nacional cita otras sentencias suyas, en concreto la tres de la Sección Octava: la de 20 de mayo de 2011 (recurso contencioso- administrativo 155/2010) de contenido idéntico , y la de 20 de diciembre de 2010 (apelación 29/2010) sobre caducidad de la incautación de fianza, pero con la particularidad de que en el pliego aplicable al contrato sí se preveía un procedimiento específico para ello. Y cita otra más de 16 de mayo de 2013 (apelación 104/2010) que se remite, de nuevo, a la de este Tribunal Supremo, Sección Quinta, de 30 de noviembre de 2005 (recurso de casación 5355/2003) más a otra de 27 de febrero de 2007 de la Sección Tercera (recurso de casación 4630/2004) referida a un asunto de minas en todo punto ajeno a lo ahora controvertido.

3º En fin, el auto de admisión también cita como sentencia contradictoria con la impugnada en este recurso la de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 30 de marzo de 2011 (apelación 450/2010), en principio referida a un supuesto análogo al de autos. Y decimos que en principio pues fue redactada en unos términos de difícil entendimiento y que, todo lo más, coincidirían en los fundamentos del recurso de la mercantil aquí recurrente sin añadir entre lo que cabe entender de la misma alguna razón de peso que enerve lo ya razonado.

SÉPTIMO.- Al margen de todo lo expuesto, esta Sala no ignora que al menos dos leyes autonómicas sí regulan un concreto procedimiento para la imposición de penalidades y prevén su caducidad: es la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de Contratación Pública Socialmente Responsable de Extremadura (artículo 16.5) y la Ley 3/2017, de 1 de septiembre, en Materia de Gestión y Organización de la Administración y otras medidas administrativas, de Castilla-La Mancha (artículo 3). Ahora bien, se trata de regulaciones enteramente



autónomas, que no responden al desarrollo de una norma básica pues el artículo 196.8 de la LCSP 2007 no tiene tal carácter (cf. disposición final séptima).

OCTAVO.- De esta manera la Sala concluye que en la imposición de penalidades contractuales al amparo del artículo 196.8 de la LCSP de 2007 aplicable al caso -actualmente, artículo 194.2 de la vigente Ley 9/2017 -, 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.

NOVENO.- Conforme a la interpretación que se ha hecho de tales normas identificadas en el auto de 19 de junio de 2017 , se resuelven las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso (artículo 93.1 de la LJCA) lo que lleva a la confirmación de la sentencia impugnada. No obstante debe añadirse que en la resolución de 23 de octubre de 2014 y a la vista del incumplimiento contractual, la Administración ordenó " *el inicio de un expediente para determinar la imposición de penalidades* ", lo que no se hizo sino el 4 de marzo de 2015. Que la propia Administración acuda a un "expediente" no implica que haya aceptado la tesis de la mercantil penalizada, esto es, que haya incoado un procedimiento autónomo respecto del de ejecución, sino que inicia una actuación que documenta en forma de expediente como incidencia dentro del procedimiento de ejecución procedimental tal y como se ha expuesto.

DÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA , cada parte abonará las costas causadas a su instancia en el recurso de casación y las comunes por mitad, y sin que haya lugar a hacer pronunciamiento sobre las de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Sexto de esta sentencia, se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del **CENTRO MÉDICO MAESTRANZA, S.A.** contra la sentencia de 28 de diciembre de 2016 dictada en el recurso de apelación 699/2016 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , sentencia que se confirma.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas, estése a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.