



Exp. Junta Consultiva: RES 3/2021

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato mixto de elaboración de proyecto y ejecución de obras de construcción y adecuación del espacio destinado al servicio de radiología del Hospital General Mateu Orfila (SSCC PA 54/14)

Órgano de contratación: Servicio de Salud de las Illes Balears

Recurrente: M. Polo, SL

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 28 de mayo de 2021

Dado el recurso especial en materia de contratación que la empresa M. Polo, SL, ha interpuesto contra la Resolución del director general del Servicio de Salud, de 17 de diciembre de 2020, en virtud de la que se incauta parcialmente la garantía definitiva del contrato de elaboración de proyecto y construcción y adecuación del espacio destinado al servicio de radioterapia del Hospital General Mateu Orfila, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 28 de mayo de 2021, ha adoptado el siguiente Acuerdo:

Hechos

1. El 8 de mayo de 2015, el Servicio de Salud (en adelante, el SS) y M. Polo, SL, (en adelante, M. Polo o la recurrente) formalizaron el contrato mixto de elaboración de proyecto y ejecución de obras de construcción y adecuación del espacio destinado al servicio de radiología del Hospital General Mateu Orfila, de Menorca (SSCC PA 54/14).
2. El 14 de diciembre de 2015, el SS y el arquitecto Vicenç Benéitez formalizaron el contrato de servicios de dirección facultativa, coordinación de seguridad y salud y redacción de la documentación final de las obras de construcción para la adecuación de espacios del servicio de radioterapia del Hospital General Mateu Orfila, de Menorca (SSCC PA 219/2015).
3. El 15 de septiembre de 2016, se firmó el acta de comprobación del replanteo y se inició la ejecución de las obras objeto del contrato formalizado con el ahora recurrente.

4. El 21 de junio de 2017, una vez ejecutadas las obras, se firmó el acta de recepción, sin observar defectos, dando por recibida la prestación del contrato y empezando a contar el plazo de garantía de 24 meses establecido en la letra E del PCAP.

En la misma fecha, el director facultativo emitió el documento de medición general y la certificación final de obra por anticipado de la liquidación.

5. El 16 de noviembre de 2017, la UTE Servicios de Radiología y Oncología, SLU, y Servicios Integrales de Sanidad, SL, contratista del servicio público de oncología radioterápica (exp. SSCC PA 31/2014), presentó al SS una reclamación económica, por importe de 20.866,70 €.

El motivo de la reclamación era los defectos de construcción que había detectado y reparado en el búnker de radiología del Hospital General Mateu Orfila, en el que habían intervenido M. Polo, como proyectista y constructora, y Vicenç Benéitez, como director facultativo.

La UTE reclamante fundamentó la reclamación en un informe de verificación de los blindajes de la empresa ACPRO y en un informe de refuerzo de los blindajes que emitió el jefe de servicio de protección radiológica del Hospital Juaneda Miramar. También presentó la factura de las reparaciones realizadas.

6. El 30 de noviembre de 2017, la Subdirección de Infraestructuras y Servicios Generales del SS, responsable del contrato, comunicó la reclamación a la recurrente y a la dirección facultativa mediante correo electrónico, sin que consten acuses de recibo en el expediente.
7. El 18 de diciembre de 2017, a solicitud del responsable del contrato, la UTE reclamante presentó el desglose por partidas de la factura reclamada, distinguiendo, esencialmente, las dos reparaciones ejecutadas, una de las cuales afectaba al blindaje exterior del búnker, por importe de 11.227,26 € (IVA excluido), y el otro al blindaje del interior del búnker, por importe de 2.839,36 € (IVA excluido).
8. El 30 de enero de 2018, la Subdirección responsable del contrato, reclamó las deficiencias a la dirección facultativa, concediéndole un plazo para formular alegaciones.

9. El 14 de febrero de 2018, la dirección facultativa presentó un escrito de alegaciones y pruebas, oponiéndose a cualquier responsabilidad por su parte en relación con las deficiencias.
10. El 9 de marzo de 2018, el ingeniero industrial de la Subdirección responsable del contrato informó, mediante nota interna, en relación con las alegaciones que había presentado la dirección facultativa, descartó la responsabilidad del facultativo y consideró procedente reclamar las deficiencias a la proyectista y constructora ahora recurrente.
11. El 6 de abril de 2018, la Subdirección responsable del contrato reclamó las deficiencias a la recurrente, le comunicó las actuaciones llevadas a cabo hasta entonces y le concedió un plazo para formular alegaciones.
12. El 10 de mayo de 2018, el actual recurrente presentó alegaciones, negando también su responsabilidad en las deficiencias.
13. El 21 de mayo de 2018, la UTE contratista del servicio público de oncología radioterápica del Hospital reiteró la reclamación económica presentada por las deficiencias del búnker; dada la falta de resolución expresa del SS, interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears (TSJIB), lo que dio lugar a la tramitación del procedimiento ordinario PO 673/2018.

Las partes intervinientes en la construcción del espacio de radiología,— M. Polo y el director facultativo—, no fueron emplazadas como posibles interesadas en el procedimiento contencioso administrativo.

14. El 30 de enero de 2019, el jefe del Servicio de Radiología del Hospital Universitario de Son Espases emitió un informe técnico en relación con las deficiencias y con las reparaciones que la UTE ya había ejecutado.
15. El 5 de marzo de 2019, el ingeniero industrial de la Subdirección responsable del contrato informó, mediante nota interna, en relación con las alegaciones de M. Polo y los informes técnicos incorporados de oficio en el expediente. En su opinión, tenía que descartarse la responsabilidad del director facultativo y tenían que reclamarse las deficiencias a la ahora recurrente. No consta en el expediente que se notificase a la recurrente el contenido de este informe.
16. El 6 de marzo de 2019, se emitió un informe jurídico, favorable, por un lado, a abonar a la UTE la reclamación económica presentada, y por el otro, a

repercutir al ahora recurrente los costes de la reclamación mediante la incautación de la garantía, hasta el plazo de fin de su vigencia, es decir, hasta el día 21 de junio de 2019.-

17. El 16 de julio de 2019, el TSJIB dictó Sentencia estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por la UTE, dado el allanamiento de la Administración a abonar los 20.866,70 € reclamados.
18. El 6 de agosto de 2019, el director general del SS, en cumplimiento de sentencia, reconoció la obligación de pago a la UTE reclamante.
19. El 20 de agosto de 2019, la Subdirección responsable del contrato propuso al órgano de contratación, — el director general del SS—, iniciar el procedimiento para incautar a M. Polo la garantía definitiva constituida en el contrato. Tampoco consta en el expediente la notificación de esta propuesta a la ahora recurrente.
20. El 11 de noviembre de 2020, el director general del SS inició el procedimiento de incautación por importe de 20.886,70 €. La Resolución se notificó a M. Polo y al avalista, concediéndoles un plazo de audiencia y facilitándoles una copia de los informes del expediente.
21. El 27 de noviembre de 2020, M. Polo presentó alegaciones, oponiéndose a la incautación, a los conceptos y a los importes reclamados; también solicitaba la nulidad de todo lo actuado, puesto que, en su opinión, se había prescindido del procedimiento para reclamar indemnizaciones de daños y perjuicios, previsto en el artículo 214 del TRLCSP, así como del procedimiento para ejecutar resoluciones, del artículo 97 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPACAP).
22. El 17 de diciembre de 2020, el director general del SS dictó la Resolución, en virtud de la cual se desestiman las alegaciones y se acuerda la incautación parcial de la garantía y la devolución de la diferencia. La Resolución se notificó a la contratista el 21 de diciembre de 2020.
23. El 21 de enero de 2021, el representante de M. Polo presentó un recurso especial en materia de contratación administrativa, ante el SS, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Concretamente, la recurrente considera anulable la Resolución impugnada y fundamenta el recurso en los argumentos siguientes:

— Alegación primera. Que se ha prescindido del procedimiento para reclamar indemnizaciones de daños y perjuicios, previsto en el artículo 214 del TRLCSP; que se ha infringido el artículo 100 del TRLCSP, que regula las responsabilidades a las que están afectadas las garantías, así como el artículo 97 de la LPACAP, relativo a la ejecución de resoluciones limitadoras de derechos de los particulares.

— Alegación segunda. Infracción, por parte de la Administración, del artículo 102 del TRLCSP, que prevé el régimen aplicable a la devolución y cancelación de las garantías. La recurrente considera prescrito el plazo para ejecutar la garantía y solicita que se le devuelva.

— Alegación tercera. Subsidiariamente, para el caso de que no se estimen las alegaciones anteriores, solicita que se revisen los informes técnicos y el importe incautado, puesto que, en su opinión, de los 20.866,70 € totales, solo le podrían ser atribuidos 2.946,93 €, relativos a los vicios o defectos que afectan al punto B del muro.

La recurrente también solicitó la suspensión del acto impugnado, que le fue estimada mediante la Resolución de la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 4 de marzo de 2021.

El recurso tuvo entrada a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 22 de febrero.

26. El 10 de febrero de 2021, el SS emitió el preceptivo informe jurídico, que se opone al recurso especial interpuesto, y envió el expediente administrativo incompleto. Previo requerimiento de enmienda del expediente, finalmente tuvo entrada a la Junta Consultiva de Contratación, completo y subsanado, el día 29 de marzo de 2021.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución por la que se incauta parcialmente la garantía de un contrato mixto, tramitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

Contra este acto puede interponerse el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante, LRJ-CAIB). La competencia para resolver este

recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

2. Dado que la tramitación del expediente de contratación SSCC PA 54/14, al que hace referencia la Resolución de incautación de garantía que se impugna, se inició en 2014, el régimen jurídico que resulta de aplicación es el previsto en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Debe añadirse, de acuerdo con el artículo 12 del TRLCSP, que se observa que se trata de un contrato mixto de elaboración de proyecto y ejecución de obras, para la determinación de las normas de adjudicación se atendió al carácter de la prestación más importante desde el punto de vista económico, que según el cuadro A2 de características del contrato del PCAP, corresponde a la obra.

3. La recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación y lo ha interpuesto mediante representante acreditado y dentro de plazo adecuado.
4. Para poder analizar las alegaciones de la recurrente, se reproducen a continuación algunos apartados del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que resultan de interés:

E. PLAZO DE GARANTIA

24 meses desde la recepción de la obra
--

37. CERTIFICACIÓN FINAL DE OBRA Y LIQUIDACIÓN

Dentro del plazo de tres meses a contar desde la fecha del acta de recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la **certificación final** de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato.

En el plazo de **quince días anteriores** al cumplimiento del **plazo de garantía** a que se refiere la cláusula siguiente, el director facultativo de la obra redactará, de oficio o a instancia del contratista, un **informe sobre el estado de las obras**. Si éste fuera favorable, el director formulará, en el plazo de un mes, la propuesta de liquidación, que será notificada al contratista para que preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos. El órgano de contratación deberá aprobar la liquidación y abonar, en su caso, el saldo resultante de la misma.

38. PLAZO DE GARANTÍA

38.1.- El objeto del contrato quedará sujeto al plazo de garantía que se indica en la letra E

39. DEVOLUCIÓN O CANCELACIÓN DE LA GARANTÍA DEFINITIVA

39.1.- Cumplidas por el contratista las obligaciones derivadas del contrato, si no resultaren responsabilidades que hayan de ejercitarse sobre la garantía definitiva, y transcurrido el periodo de garantía, en su caso, se dictará acuerdo de devolución o cancelación de aquella, previo informe favorable del responsable del contrato o de quien ejerza la dirección del contrato.

39.3.- Transcurrido el plazo de un año desde la fecha de terminación del contrato sin que la recepción formal hubiere tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías, siempre que no se hayan producido las responsabilidades a que se refiere el artículo 100 del TRLCSP.

5. Para poder analizar el fondo del asunto, debe tenerse en cuenta que el órgano de contratación, con la ejecución de la garantía que se impugna, tenía como objetivo resarcir el importe de unas deficiencias, surgidas al poco de la recepción, que ya habían sido reparadas y abonadas por un tercero, — la UTE contratista del servicio de oncología radioterápica del Hospital —, y posteriormente repercutidas a la Administración, dada la Sentencia dictada por el TSJIB.

Por ello, en primer lugar, debe centrarse la cuestión en el régimen jurídico aplicable a la indemnización de daños y perjuicios que pueda causar el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato, que se prevé en el artículo 214 TRLCSP en el siguiente sentido:

1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.
2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.
3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.
4. La reclamación de aquéllos se formula, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la normativa aplicable a las garantías, con especial referencia al caso específico de los contratos de obras.

Con carácter general, el artículo 100 TRLCSP dispone que:

La garantía responde de los siguientes conceptos:

- a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212.
- b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.
- c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.
- d) Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

En el caso concreto de los contratos de obras, la recepción y el plazo de garantía se regula expresamente, de manera específica, en el artículo 235 TRLCSP, del que interesa tener en cuenta lo siguiente:

1. A la recepción de las obras a su terminación y a los efectos establecidos en el artículo 222.2 concurrirá el responsable del contrato a que se refiere el artículo 52 de esta Ley, si se hubiese nombrado, o un facultativo designado por la Administración representante de ésta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo.

Dentro del plazo de tres meses contados a partir de la recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato en el plazo que previsto en el artículo 216.4 de esta Ley.

2. 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.

Cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas, se hará constar así en el acta y el Director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquéllos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.

3. El plazo de garantía se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas particulares atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a un año salvo casos especiales.

Dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Si éste fuera favorable, el contratista quedará relevado de toda responsabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes que deberá efectuarse en el plazo de sesenta días. En el caso de que el informe no fuera favorable y los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía, el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la

conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía.

[...]

Finalmente, cuando la garantía deba responder de alguno de los conceptos del artículo 100 TRLCSP, — en este caso, de los daños y perjuicios causados —, y deba ejecutarse, debe tenerse en cuenta lo que dispone el Decreto 13/2019, de 7 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de las garantías y de los depósitos custodiados por la Depositaria de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante, DGD).

Según el artículo 3 del DGD, las garantías deben responder del cumplimiento de las obligaciones que establezcan las normas en virtud de las que se constituyan, en los términos que estas mismas lo dispongan, añadiendo que:

2. La naturaleza de las garantías puede ser indemnizatoria o punitiva, según lo que establezcan las normas en virtud de las cuales se constituyan.

(...)

3. En las garantías con función indemnizatoria, para confiscarlas es necesario que el órgano competente para resolver la ejecución justifique la cuantificación de los daños y los perjuicios sufridos en el procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 24 de este Decreto.

(...)

Así, las garantías responden de diferentes conceptos (penalidades, ejecución de las prestaciones, daños y perjuicios, etc), y puede afirmarse que serán de naturaleza indemnizatoria cuando deban responder de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración con motivo de la ejecución del contrato — como se el caso que nos ocupa.

En el apartado 1 del artículo 24 del mismo DGD se prevé que:

1. Las garantías sólo se pueden ejecutar cuando haya responsabilidades derivadas de la obligación garantizada, por lo que la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y los entes del sector público no pueden ejecutar garantías en razón de obligaciones diferentes de las garantizadas.

Y el apartado 2 del mismo artículo 24 regula el procedimiento necesario para que la Depositaria de la Comunidad Autónoma pueda ejecutar materialmente la garantía, que debe tramitar, previamente, el órgano de contratación, puesto que como establece el artículo 63 del RGLCAP:

La Caja General de Depósitos, o la caja o el establecimiento público equivalente de la Comunidad Autónoma o Entidad Local, ejecutará las garantías a instancia del órgano de contratación de acuerdo con los procedimientos establecidos en la normativa reguladora.

El procedimiento de ejecución consta de los siguientes trámites:

- a) Resolución de inicio del procedimiento dictada por el órgano competente para resolver
- b) Audiencia del depositante de la garantía y, cuando haya, de la entidad avaladora o aseguradora, con el alcance que establece la apartado b) 2 del artículo 25.
- c) Informe del servicio gestor competente sobre las alegaciones presentadas y la procedencia de la ejecución de la garantía. Si la garantía es indemnizatoria, el informe tiene que cuantificar los daños y perjuicios de acuerdo con el artículo 3 de este Decreto.
- d) Informes o dictámenes que sean preceptivos de acuerdo con la normativa sectorial aplicable, y los que se consideren necesarios para resolver.
- e) Resolución motivada, que tiene que poner fin al procedimiento y que tiene que contener un pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la ejecución de la garantía, y, en el supuesto de que se resuelva ejecutarla, se tiene que hacer constar, como mínimo, la información siguiente:
 - 1.º Causa que da lugar a la ejecución.
 - 2.º Identificación del deudor.
 - 3.º Número de expediente de registro de la garantía en el sistema económico-financiero.
 - 4.º Cuantía que se tiene que ejecutar

6. Entrando ya en los motivos que plantea la recurrente en el escrito de recurso, debe decirse lo siguiente:

6.1 Alegación primera. La recurrente alega que se ha prescindido del procedimiento para reclamar indemnizaciones de daños y perjuicios, previsto en el artículo 214 del TRLCSP; que se ha infringido el artículo 100 del TRLCSP, que regula las responsabilidades a las que están afectas las garantías, así como el artículo 97 de la LPAC, relativo a la ejecución de resoluciones limitadoras de derechos de los particulares.

Más concretamente, la recurrente expone que el SS acordó ejecutar la garantía, sin haber declarado previamente su responsabilidad por las deficiencias. Considera que la Administración mantuvo absoluto silencio en relación con a los trámites llevados a cabo para depurar responsabilidades y no contestó sus alegaciones, presentadas el 10 de mayo de 2018.

Añade que, solo después de la Sentencia del TSJIB, cuando la Administración se vio obligada al pago de los 20.866,70 € a la UTE, inició, directamente y sin previa declaración de responsabilidad, el expediente para ejecutar la garantía.

Esta alegación, debe estimarse por los siguientes motivos:

Por un lado, el artículo 214 TRLCSP, cuando regula la indemnización de daños y perjuicios dispone, en el apartado 1, que es obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Y en el apartado 3, consta que los terceros, pueden requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, escuchado al contratista, se pronuncie sobre a qué parte contratante corresponde la responsabilidad de los daños.

En el supuesto que nos ocupa, la UTE, dentro del año siguiente a la aparición y reparación de las deficiencias, requirió al órgano de contratación que aquéllas le fuesen abonadas; en consecuencia, el órgano de contratación, escuchada la contratista, tenía que pronunciarse sobre a qué parte correspondía la responsabilidad.

A esto debe añadirse, que tratándose de un contrato al que le resultaba de aplicación el régimen jurídico previsto para los contratos de obras, era necesario, que el director facultativo, de oficio o a instancia de la contratista, redactase un informe sobre el estado de las obras, puesto que de acuerdo con el artículo 235.3 TRLCSP, este informe resulta imprescindible para relevar de responsabilidad a la contratista.

Según el artículo mencionado, si este informe resulta favorable, la contratista, queda relevada de toda responsabilidad. En el supuesto que el informe no sea favorable y los defectos observados sean debidos a deficiencias en la ejecución de la obra, — o en este caso, a la redacción del proyecto—, y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía, el director facultativo debe dictar las instrucciones oportunas al contratista para la debida reparación.

Dado que en este caso las deficiencias ya se encontraban reparadas, el director facultativo, a la vista del proyecto, de la obra ejecutada y de los conceptos e importes reclamados, debería haber informado sobre la responsabilidad y cuantificar los daños y perjuicios, puesto que debe recordarse que para poder confiscar garantías de naturaleza indemnizatoria, el artículo 3 del DGD, exige que se haya justificado también la cuantificación de los daños y perjuicios, lo que puede comportar limitación de los derechos de la contratista.

Dado el informe del director facultativo, el órgano de contratación debía haberse pronunciado sobre la responsabilidad, para poder exigir, en su caso, la indemnización correspondiente con cargo a la garantía.

En este sentido, el apartado 1 del artículo 24 del DGD dispone que las garantías solo pueden ejecutarse cuando existan responsabilidades derivadas de la obligación garantizada. Y el artículo 97 de la LPACAP, —que invoca la recurrente—, dispone efectivamente que:

1. Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.
2. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa.

Finalmente, debe añadirse que el artículo 99 TRLCSP, prevé en el apartado 2 que:

En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía las penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, éste deberá reponer o ampliar aquélla, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.

Una vez expuesto el procedimiento que, en opinión de esta Junta Consultiva de Contratación resultaba de aplicación al caso, debe hacerse referencia a continuación a la tramitación que consta en el expediente, centrandó la cuestión únicamente en la recurrente.

La Subdirección responsable del contrato llevó a cabo varias actuaciones administrativas con el fin de depurar responsabilidades, de entre las que interesa mencionar que:

- Reclamó las deficiencias a la empresa el 6 de abril de 2018; con el requerimiento, se anexaron los informes emitidos hasta entonces y se concedió a la empresa un plazo para formular alegaciones.
- La empresa presentó alegaciones, pero no consta notificada contestación alguna al respecto, a pesar de que el ingeniero industrial de la Subdirección responsable las consideró desestimables, en el informe emitido casi un año después en fecha 5 de marzo de 2019.
- No consta haber concedido a la empresa plazo alguno de audiencia para darle a conocer el resto de informes técnicos incorporados al expediente con posterioridad al requerimiento. Concretamente, no constan notificados a la recurrente: el presupuesto desglosado de las dos partidas reparadas en el búnker, el informe del jefe del Servicio de Radiología de la HUSE, el informe del ingeniero industrial mencionado en relación con las alegaciones, el informe jurídico, ni la propuesta de ejecución de la garantía de 20 de agosto de 2019.

De la tramitación que llevó a cabo el órgano de contratación, debe mencionarse lo siguiente:

- El 11 de noviembre de 2020, es decir, más de un año y medio después de la Propuesta de incautación de garantía del responsable del contrato, el órgano de contratación dictó y notificó a la empresa la Resolución de inicio del procedimiento de incautación de la garantía, concediendo un trámite de audiencia y adjuntándole la documentación relevante que hasta entonces no se le había notificado.
- La empresa presentó alegaciones los 23 y 27 de noviembre de 2010, alegando, esencialmente, los mismos motivos planteados en el recurso que nos ocupa.
- En la Resolución impugnada, se hizo constar, literalmente, en respuesta a alguna de las alegaciones, que:

El contratista debe tener en cuenta que la resolución de inicio, no declara ninguna responsabilidad (...)

(...)

Con el desglose de documentación y trámites seguidos puede constatarse que se cumple así con las especialidades del Decreto 13/2019, de 7 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de las garantías y de los depósitos custodiados por la Depositaria de la CCAA y que la presente resolución responde a las exigencias del art. 24.2 e) sobre la resolución del procedimiento (...)

(...)

La contratista alega desconocer la exigencia de responsabilidad en el contrato de referencia. De la documentación del expediente, se desprende que el 9 de abril de 2018 ya se presenta una reclamación económica al contratista por parte de los defectos de construcción en el búnker, de conformidad con el informe del órgano promotor de 9 de marzo de 2018 en el que considera que los defectos en el búnker vienen causados por un defecto en el diseño y no en la ejecución del búnker.

De todo ello, pueden hacerse las siguientes observaciones:

Del expediente se desprende que los daños y perjuicios derivados de las posibles deficiencias del búnker se requirieron efectivamente a la empresa, el día 6 de abril de 2018.

No obstante, a pesar de que debe reconocerse que el responsable del contrato llevó a cabo varios trámites con el objetivo de aclarar la responsabilidad, no consta notificada la contestación a las alegaciones de la ahora recurrente, ni tampoco los informes posteriores incorporados al expediente. De ello se desprende que en la tramitación se vulneraron algunos derechos esenciales de la contratista, en calidad de interesada en

el procedimiento (art. 53 de la LPACAP), que, sin duda, le causaron indefensión: concretamente, no se garantizó a la interesada el derecho a conocer el estado de la tramitación del procedimiento, el derecho a que se tuviesen en cuenta sus alegaciones, ni el derecho a un plazo de audiencia.

Respecto de la tramitación que llevó a cabo el órgano de contratación, debe recordarse, en primer lugar, que el régimen jurídico previsto en el artículo 214.3 TRLCSP para la exigencia de daños y perjuicios a los contratistas exige que, una vez escuchado el contratista, el órgano de contratación, se pronuncie sobre a qué parte corresponde la responsabilidad.

En el supuesto que nos ocupa, el órgano de contratación, que era el director general del SS, no dictó Resolución alguna en este sentido. De hecho, en la Resolución de incautación que se impugna, en contestación a las alegaciones de la empresa, se hizo constar literalmente que *"El contratista debe tener en cuenta que la resolución de inicio, no declara ninguna responsabilidad"*.

En consecuencia, el procedimiento que tramitó el órgano de contratación no se pronunció sobre la responsabilidad, sino que se dictó únicamente con una finalidad ejecutiva, de acuerdo con el procedimiento del artículo 24.2 del DGD.

Finalmente, añadir que a lo largo de la tramitación tampoco consta informe alguno del director facultativo, exigido en el artículo 235.3 TRLSCP para relevar, si procede, la responsabilidad de la contratista.

En conclusión, debe estimarse la alegación de la recurrente, puesto que el SS acordó efectivamente ejecutar la garantía sin haber declarado, previamente, su responsabilidad por las deficiencias, vulnerando el procedimiento legalmente establecido. En consecuencia, el acto impugnado debe anularse.

6.2 Alegación segunda. La recurrente considera que la Administración también ha infringido los artículos 102 y 235 del TRLCSP, porque el plazo máximo que tenía para ejecutar la garantía acabó el 21 de junio de 2019, fecha en la que se cumplieron 24 meses desde la firma del acta de recepción, de día 21 de junio de 2017.

La recurrente, amparándose en el Informe 22/2011 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, alega que la comunicación de las deficiencias

del mes de abril de 2018 no se llevó a cabo de acuerdo con el artículo 235.3 TRLCSP y, por tanto, no interrumpió el plazo de prescripción de la garantía.

Por estos motivos, solicita la devolución de la garantía que se le debe devolver.

Esta alegación debe desestimarse, por los siguientes motivos:

Según lo que consta en el expediente, el 21 de junio de 2017, encontrándose las obras en buen estado, se levantó el acta de recepción y se inició el plazo de garantía de 24 meses establecido en el PCAP. Transcurrido ese plazo, el 21 de junio de 2019 y sin objeciones por parte de la Administración, debía quedar extinguida la responsabilidad de la contratista (apartados 1 y 2 del artículo 235 TRLCSP).

El mismo 21 de junio de 2017, el director facultativo emitió la relación de documentos técnicos necesarios para la extinción del contrato, previstos en los artículos 166.9 del RGLCAP y 235.1 *in fine* del TRLCSP, concretamente: el acta de medición general, la relación valorada y la certificación final de obra, que se emite a cuenta de la liquidación del contrato.

No obstante, a la vista del expediente, a día de hoy la garantía no se ha devuelto, no se ha liquidado el contrato, ni se ha emitido el informe sobre el estado de las obras, que el artículo 235.3 TRLCSP exige de la dirección facultativa.

Debe tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico configura la liquidación, en el contrato de obras, como un trámite de obligada realización, al que se otorga una gran trascendencia jurídica, permite relevar de responsabilidad al contratista.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado destaca la importancia y la obligatoriedad de este trámite de liquidación en su Informe 6/2000, de 30 de noviembre:

“Esta concepción hace que se configure la liquidación del contrato de obras como una fase final, estableciendo el artículo 147.3 del TRLCAP (equivalente al art. 235.3 TRLCSP) que procederá, en su caso, tras el cumplimiento del plazo de garantía y no tras la recepción como establece el artículo 110 para los restantes contratos. Además, para el pago de las obligaciones pendientes resultantes de la liquidación se aplica el mismo régimen que el artículo 99.4 establece para las certificaciones de obras (obligación de pago dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su expedición y abono de intereses, en caso de demora, a

partir del cumplimiento de dicho plazo), lo cual difiere de lo dispuesto para los restantes contratos, tal y como se ha puesto de manifiesto en la consideración cuarta de este informe.

La redacción dato al artículo 147.3 por la Ley 53/1999 en este extremo difiere de la del mismo precepto del TRLCAP.

Así según la Ley 53/1999: "(...) procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía y a la liquidación, en su caso, de las obligaciones pendientes, (...)" y lo TRLCAP: "(...) procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes, (...)" en términos parecidos a los que se han puesto de manifiesto en la consideración segunda de este informe respecto al artículo 111.4 tras la Ley 53/1999 y el artículo 110.4 del TRLCAP, si bien en el contrato de obras la matización no es tan relevante pues la liquidación en la normativa anterior (LCAP) y en la actual (Ley 53/1999 y TRLCAP) se configuraba como un trámite de obligada cumplimentación."

En cuanto al régimen jurídico del plazo de garantía, esta Junta Consultiva de Contratación comparte la opinión del informe 22/2011, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado,— que invoca la recurrente—, en el sentido de considerar el plazo de garantía como un plazo de prescripción, con todos sus efectos que ello comporta respecto a su cómputo.

En cambio, no compartimos la opinión de la recurrente, cuando afirma que el requerimiento que se le hizo en relación con las deficiencias no interrumpió el plazo de prescripción, puesto que el Tribunal Supremo tiene establecido que el requerimiento interrumpe efectivamente este plazo. Entre otras, podemos citar:

— La Sentencia de 13 de abril de 1981 (RJ\1981\1841) del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo):

“CDO.:

Que en el cumplimiento de contrato de obras hay que distinguir, además de la liquidación y pago de las obras, la recepción provisional, el plazo de garantía y la recepción definitiva, pues terminadas las obras objeto de un contrato, tiene lugar la entrega de la misma por el contratista a la Administración, que, previa la correspondiente comprobación, procederá a recibirlas provisionalmente si «se encuentran en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas» (art. 54 L. C. E.); dicha recepción provisional debe ser inmediata (dentro del mes siguiente a la terminación de las obras) -art. 54 L. C. E.- o en el plazo de 10 días -art. 61 R. C. E.- y, una vez producida, abre el plazo de garantía en el contrato (que no puede ser inferior a un año, art. 54 L. C. E.) y también a partir de la recepción provisional las obras se entregan al «uso público o servicio correspondiente» (art. 54 L. C. E.) quedando desde este momento a cargo de la Administración contratante, una vez transcurrido el plazo de garantía, que se interrumpe desde el momento en que se descubre un vicio o defecto de las obras o se produce una avería en las mismas (...) y sólo vuelve a correr una vez que éstas han quedado reparadas debidamente y que han sido puestos a disposición de la Administración los elementos afectados, la Administración ha de proceder en el plazo de

un mes a realizar las comprobaciones necesarias (arte. 173 R. C. E.), y, si las obras se encuentran en las condiciones debidas, extenderá el acta de recepción definitiva, debiendo en otro caso cursar al contratista las instrucciones precisas con el fin de remediar los defectos observados en un plazo habilitado al efecto; por último la recepción definitiva, que exige los mismos que la provisional, un acto expreso y formal de la Administración exonera al contratista de toda responsabilidad, excepción hecha de la ruina posterior de la obra por vicios ocultos del empresario, que en este supuesto está obligado a responder de los daños y perjuicios correspondientes si la ruina se produce en el término de los 15 años siguientes (arte. 56 L. C. E.).”

– La Sentencia de 30 de mayo de 2000 (RJ\2000\4768) del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo):

“CUARTO

A mayor abundamiento, son de tener en cuenta en apoyo de este razonamiento los siguientes criterios, algunos de los cuales se extraen del análisis de la jurisprudencia reiterada de esta Sala:

a) La recepción definitiva de las obras libera al contratista de responsabilidad, salvo en caso de ruina posterior de obra en los quince años siguientes, derivado de vicios ocultos por incumplimiento doloso del contratista, extremo no comprendido en este caso, pero denegándose la recepción definitiva por la Administración, en la cuestión examinada, subsistía la relación jurídica contractual con la obligación por parte del contratista de llevar a cabo las reparaciones necesarias para la correcta realización de la prestación en el plazo que señala el artículo 174 del Reglamento General de Contratación del Estado, relación jurídica contractual que se integra por la voluntad de la Administración que interpreta el alcance y contenido del cumplimiento del contrato, por lo que siendo el plazo de garantía esencial en los contratos, cumple la finalidad de comprobación del estado real de la obra, interrumpiéndose cuando se descubre el vicio o defecto, como ha sucedido en la cuestión examinada.

b) Al amparo del artículo 171 del Reglamento General de Contratación del Estado y ante el descuido del contratista, la Administración está habilitada para la realización de los trabajos necesarios a costa de aquél, si dicho descuido da lugar a que peligre la obra y en todo caso, siempre el contratista está obligado a la conservación de la obra respondiendo de los daños o deterioros que se produzcan durante el plazo de garantía, salvo que como ha reconocido la cláusula general 73 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales en los contratos de obras públicas, se demostrara que aquéllas han venido originadas por el mal uso efectuado en las instalaciones, siendo así que la norma general es que hay una presunción de imputación de defectos al contratista y que sólo éste puede destruir caso de resultar infundada, lo que no efectúa en la cuestión examinada, extrayendo la sentencia recurrida, en el fundamento jurídico sexto, la consecuencia de que no es imputable a la Administración y sí al contratista, la defectuosidad de los materiales utilizados, según se infiere de las pruebas aportadas en el proceso, no susceptibles de valoración en sede casacional.

c) También es de tener en cuenta, en la cuestión examinada, que la responsabilidad del contratista no sólo deriva de esos invocados preceptos, sino también de las previsiones contenidas en los artículos 44 de la Ley de Contratos del Estado y 130 del Reglamento de Contratos del Estado, cuando se advierte responsabilidad por faltas durante el desarrollo de las obras y hasta que tenga lugar la recepción definitiva, es decir, después de la entrega que



conlleva la recepción provisional si se manifiestan, como sucede en el presente caso, en el plazo de garantía o se producen como consecuencia del incumplimiento del deber de vigilancia o policía que obliga a la conservación en ese tiempo por parte del contratista, pues dicho deber de conservación está reiterado en el artículo 171 del Reglamento de Contratos del Estado, previéndose, en todo caso, la ejecución por la Administración y a costa del contratista de aquellos trabajos necesarios para evitar el daño que por descuido de éste tiene lugar y que hace que peligre la obra, como sucedió en este caso.

d) Conforme a la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, la sentencia de 30 de marzo de 1998 [RJ 1998, 3356]), en relación con los invocados preceptos por la parte recurrente (arts. 54 y 55 de la Ley de Contratos del Estado, 170 y 173 del Reglamento General de Contratación del Estado), reconoce que los mismos tratan de garantizar los derechos y hacer efectiva la liquidación y pago de las obras que ha de producirse dentro de los plazos previstos, pero, en todo caso, el artículo 170 del Reglamento de Contratación prevé que se den instrucciones precisas al contratista para remediar los defectos, fijándose un plazo para efectuarlo, incluso después de la recepción definitiva. ”

Así, de acuerdo con la Jurisprudencia mencionada, debe afirmarse, por un lado, que la comunicación de la reclamación por las deficiencias del bunker, el mes de abril de 2017, interrumpió efectivamente el plazo de prescripción de la garantía. Y por otro, que aquel plazo solo volverá a transcurrir, una vez se hayan puesto a disposición de la Administración todos los elementos afectados, lo que conlleva, necesariamente, llevar a cabo los trámites previstos en los artículos 214.3 y 235.3 del TRLCSP, de acuerdo con lo expuesto en la contestación a la primera alegación.

Por todo ello, la alegación de la recurrente en relación con la prescripción de la garantía y su devolución debe desestimarse.

— Alegación tercera. La recurrente, solicita que se revisen los informes técnicos y el importe incautado, puesto que, en su opinión, de los 20.866, 70 € totales, solo podrían serle atribuidos en todo caso 2.946,93 €, relativos a los vicios o defectos que afectaron al punto B y que fueron reparados mediante el blindaje de una canaleta.

La recurrente fundamenta esta alegación en el informe de la Unidad Técnica de Protección Radiológica ACPRO, SL, (en adelante, ACPRO) y en el presupuesto desglosado de las dos partidas reparadas en el búnker, de los que, afirma, haber tenido conocimiento en el momento en que se le notificó el inicio del procedimiento de incautación.

La recurrente expone que, de acuerdo con lo que consta en las páginas 21 a 28 del informe de ACPRO, de las dos deficiencias que la UTE reparó, solo podría considerársela responsable de la que afecta al punto B del muro, que es el único punto donde se observaron unos niveles de radiación

significativamente más elevados de lo esperado por la zona donde se encuentra. Según este informe, el origen de este mayor nivel de radiación podría ser un defecto del proyecto, que redactó la recurrente. Y de acuerdo con el presupuesto desglosado, esta reparación corresponde a la partida del blindaje del interior del búnker (o punto B), con un coste de 2.839,36 € (IVA excluido).

En cambio, la recurrente alega que el blindaje exterior del búnker (o punto E), que según el presupuesto tuvo un coste de 11.227,26 € (IVA excluido), no le corresponde. Afirma, que según el informe de ACPRO, en aquel punto no se detectaron niveles de radiaciones y que el propio jefe del Servicio de protección radiológica del Hospital Juaneda Miramar hizo constar en su informe que:

Inicialmente no es necesario blindar este lugar, ya que el factor de ocupación es muy pequeño (se trata de un acceso de difícil, sin bancos para sentarse y cercado, de forma que no pueden acceder coches), no obstante ello se decide que se ponga una plancha de 9 cm de acero para rebajar en 1/7 la dosis inicial (...)

Partiendo de esto, la recurrente sostiene que esta partida fue una mejora unilateral de las instalaciones que la UTE quiso ejecutar en el búnker, de la que, no puede hacérsela responsable, puesto que no es ningún vicio en la construcción ni estaba previsto en el proyecto.

Esta alegación debe estimarse parcialmente por los siguientes motivos:

Como consecuencia de la desestimación de la anterior alegación, y de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, resulta necesario retrotraer el procedimiento para que puedan llevarse a cabo los trámites de los artículos 214.3 y 235.3 del TRLCSP.

En primer lugar, deberá incorporarse al expediente el informe del director facultativo, a quien deberá requerirse para que informe técnicamente sobre la responsabilidad y la cuantificación de los daños y perjuicios.

El informe deberá hacerse a la vista del proyecto, de la obra ejecutada, de los conceptos y los importes reclamados, y teniendo en cuenta las alegaciones de la recurrente y los informes técnicos que constan en el expediente en relación con las deficiencias reclamadas y reparadas en los dos puntos controvertidos del búnker (punto B y punto E).

En segundo lugar, dado el informe del director facultativo, el órgano de contratación deberá pronunciarse sobre la responsabilidad, garantizando

en todo caso a la empresa el trámite de audiencia, y deberá liquidarse el contrato y proceder, en consecuencia, en su caso, a la devolución o cancelación de la garantía, o a su ejecución, y al pago de las obligaciones pendientes.

En conclusión, se estima parcialmente la alegación de la recurrente, puesto que en el procedimiento mencionado que debe tramitarse se revisarán los informes técnicos y los importes reclamados.

Resuelvo

1. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa M. Polo, SL, contra la Resolución del director general del Servicio de Salud, de 17 de diciembre de 2020, en virtud de la que se incauta parcialmente la garantía definitiva del contrato de elaboración de proyecto y construcción y adecuación del espacio destinado al servicio de radioterapia del Hospital General Mateu Orfila, y en consecuencia, anular el acto impugnado.
2. Ordenar al órgano de contratación que retrotraiga el procedimiento, para dar cumplimiento a los artículos 214.3 y 235.3 TRLCSP, y en consecuencia, se emita el correspondiente informe del director facultativo, se dicte la resolución que corresponda en relación con la responsabilidad por daños y perjuicios, y se liquide el contrato, procediendo, en su caso, a la devolución o cancelación de la garantía, o a su ejecución, y al pago de las obligaciones pendientes.
3. Notificar esta Resolución a la empresa M. Polo, SL, y al Servicio de Salud de las Illes Balears.

Interposición de recursos

Contra esta Resolución —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquél en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.