



Exp. Junta Consultiva: RES 3/2021

Resolución de la solicitud de suspensión

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

### **Resolución de la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 4 de marzo de 2021**

Dada la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se acordó incautar parcialmente la garantía constituida en 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, SL, que la empresa contratista, M. Polo, SL, ha planteado en el recurso especial en materia de contratación, la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa resuelve lo siguiente:

#### **Hechos**

Del expediente que el órgano de contratación ha remitido hasta hoy – que está incompleto y se ha requerido que se complete –, se extraen los siguientes hechos de interés:

1. El 8 de mayo de 2015, el Servicio de Salud de las Illes Balears y la empresa M. Polo, SL, 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, de acuerdo con los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas previamente aprobados.

La contratista, M. Polo, SL, (en adelante, M. Polo o la recurrente), había constituido la correspondiente garantía definitiva, por importe de 42.692,77 euros.

En la cláusula 6 del contrato suscrito se previó, que de acuerdo con el PCAP, se establecía un plazo de garantía de 24 meses, a contar des de la fecha de recepción del objeto del contrato, que afecta a las responsabilidades señaladas en el artículo 100 del TRLCSP.

2. El 21 de junio de 2017, se firmó el acta de recepción definitiva del contrato y se dio por recibida la prestación, empezando a contar el plazo de garantía de 24 meses.
3. El 16 de noviembre de 2017, la UTE Servicios de Radiología y Oncología SLU y Servicios Integrales de Sanidad SL, adjudicataria del contrato de concesión del servicio público de oncología radioterapica para la población correspondiente a las islas de Menorca, Eivissa y Formentera (exp. SSCC PA 31/2014), presentó al Servicio de Salud una reclamación económica por importe total de 20.866,70 € (IVA incluido).

La UTE reclamante fundamentaba la reclamación en en defectos constructivos en el bunker de radiología del Hospital General Mateu Orfila, que afectaban, concretamente, al blindaje y al sistema de pasa-cables, que asumió para garantizar la protección radioactiva y asegurar la puesta en marcha del servicio.

4. El 6 de abril de 2018, el Subdirector de Infraestructuras y Servicios Generales del Servicio de Salud emitió reclamación económica por deficiencias en el blindaje del bunker de radiología del Hospital Mateu Orfila de Menorca dirigida a M.Polo a la que concedió un plazo para formular alegaciones.

La Administración fundamentaba jurídicamente la reclamación en las responsabilidades civiles de los agentes que intervienen en la construcción previstas en la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación.

5. El 10 de mayo de 2018, M. Polo presentó escrito de alegaciones en el que negaba su responsabilidad en las deficiencias detectadas.
6. El 6 de marzo de 2019, la asesoría jurídica del Servicio de Salud emitió informe jurídico, en el que se concluye que debía estimarse la reclamación económica de la UTE por los costes asumidos en los trabajos de refuerzo del bunker del Hospital Mateu Orfila, que ascienden a 20.886,70 €, sin perjuicio de que el Servicio de Salud pueda repercutir este coste a la

empresa constructora M. Polo a través de la incautación parcial de la garantía definitiva hasta la finalización del plazo de garantía del contrato.

7. El 17 de diciembre de 2018, la UTE reclamante interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación de la reclamación económica ante el Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears (TSJIB) que dio lugar al PO 673/2018.

M. Polo y el resto de intervinientes en el proceso de edificación no fueron considerados partes interesadas en el procedimiento contencioso administrativo.

8. El 16 de julio de 2019, el TSJIB dictó sentencia estimatoria del recurso contencioso administrativo y condenó a la Administración al pago de los 20.866,70 € que la UTE había reclamado.
9. El 11 de noviembre de 2020, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears dictó la Resolución por la que se inicia el procedimiento de incautación parcial de la garantía a M.Polo, por importe de 20.886,70 € y a la devolución de la diferencia, sin que haya constancia en el expediente de la resolución previa de declaración de responsabilidad que le sirva de fundamento.

La Resolución se notificó a M. Polo y a Isba, Sociedad de Garantía Recíproca, entidad avalista; a ambas partes se concede un plazo de audiencia de cinco días hábiles.

10. El 27 de noviembre de 2020, M. Polo presentó escrito de alegaciones, oponiéndose a la incautación y a su importe, por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente para reclamar la indemnización de daños y perjuicios regulado en el artículo 214 del TRLCSP y sin que se hubiese declarado previamente su responsabilidad por las deficiencias detectadas en bunker. Con estos argumentos, solicitaba la nulidad de todo lo actuado.
11. El 17 de diciembre de 2020, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears dictó la Resolución, en el siguiente sentido:

1. Desestimar las alegaciones presentadas por M POLO SL con C.I.F. B60108214 en el procedimiento de incautación parcial de garantía por importe de de responsabilidad por los costes causados a la UTE Servicios de Radioterapia y

Oncología SLU y Servicios Integrales de Sanidad SL en la ejecución del contrato mixto de elaboración del proyecto y ejecución de las obras de construcción y adecuación del espacio destinado al servicio de Radioterapia del 54/14, teniendo en cuenta que el importe de garantía constituida es de 42.692,77.

2. En consecuencia, proponer la devolución de la diferencia entre la incautación parcial (20.866,70€) y el importe total de garantía (42.692,77€) que es 21.826,07 €:

- Número de registro del aval: 2015/58
- Número de referencia: 230000002652
- Fecha Registro: 16 de febrero de 2015
- Importe: 21.826,07 €

3. Notificar esta resolución a las partes interesadas

#### **Interposición de recursos**

Contra esta Resolución, que agota la vía administrativa, cabe interponer el recurso especial en materia de contratación a que se refiere el artículo 66 de la Ley 3/2003, (...) En caso de que no se opte por esta vía, cabe interponer directamente un recurso contencioso-administrativo (...)

La Resolución se notificó a la contratista el 21 de diciembre de 2020.

12. El 21 de enero de 2021, M. Polo presentó en el Registro Electrónico del Govern de les Illes Balears un recurso especial en materia de contratación administrativa, ante el Servicio de Salud de las Illes Balears, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que se recibió el 22 de febrero.

La recurrente solicita que se declare nula la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears, de 17 de diciembre de 2020, con los siguientes argumentos:

- Infracción del artículo 97 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, porque el Servicio de Salud de las Illes Balears acordó la incautación parcial de la garantía sin haber declarado previamente su responsabilidad en las deficiencias del bunker de radiología del hospital.
- Infracción de los artículos 100 y 102.5 del TRLCSP, dado que el plazo de garantía finalizó el 20 de junio de 2019, una vez transcurridos 24 meses desde la fecha de recepción.

Subsidiariamente, la recurrente solicita que se declare que solo debe responder, en concurso con el Servicio de Salud de las Illes Balears, por un defecto en el muro, cuya reparación asciende a 2.946,93 euros.

Y también solicita, al amparo de lo previsto en el artículo 117.2 de la LPACAP, la suspensión del acto impugnado hasta que el TSJIB resuelva la solicitud de nulidad de las actuaciones en el procedimiento finalizado con la mencionada sentencia núm. 337/2019 que presentó el 11 de diciembre de 2020. Todo ello, para evitar los perjuicios que la ejecución de la Resolución impugnada podría causar a sus intereses.

### **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 pro el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

La competencia de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para resolver el recurso especial en materia de contratación comprende también la facultad de suspender la ejecución del acto impugnado y, en su caso, la adopción de medidas cautelares. Esta facultad la ostenta la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por delegación de la Comisión Permanente, que se acordó el 27 de setiembre de 2019.

2. A las solicitudes de suspensión de los actos administrativos en sede del recurso especial en materia de contratación del artículo 66 de la LRJ-CAIB, no les es de aplicación el artículo 43 del TRLCSP—vigente en el momento en el que se inició el expediente de contratación—, sino el régimen jurídico previsto en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), que dispone lo siguiente:

1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias siguientes:
  - a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
  - b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.

Así, de acuerdo con este régimen jurídico, los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos y solo pueden suspenderse, realizando un análisis detallado de la concurrencia de las circunstancias previstas en 117.2 LPCA. En consecuencia la adopción de medidas cautelares tiene carácter excepcional.

Cuando se alega la concurrencia de una causa de nulidad —como es el caso—, para que pueda adoptarse la suspensión solicitada, el TS exige que la nulidad sea evidente o manifiesta, de tal manera que se aprecie, al menos con carácter indiciario, que existe una causa clara de nulidad. En este sentido, hay que tener en cuenta, entre otras, la Sentencia del TS de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/3004), que indicó que:

No resulta suficiente, por último, en contra de lo que se alega, la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho de los acuerdos impugnados para que proceda acordar su suspensión cautelar. Esta Sala tiene declarado que la apariencia de buen Derecho solo puede admitirse en casos en los que la pretensión del recurrente aparezca justificada en forma manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.

En el momento de analizar la causa de nulidad alegada, hay que tener en cuenta el criterio jurisprudencial restrictivo en la apreciación de causas de nulidad de los actos administrativos en el momento de la adopción de medidas cautelares, establecido, entre otras, en la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/4409), en la que consta que:

[...] es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la que precisa que la pieza de suspensión o el incidente de medidas cautelares no es el cauce o momento procesal oportuno para resolver la cuestión de fondo, ni por tanto para hacer valoraciones que sean propias del fondo del asunto, pues ello sería tanto como desvirtuar su propia

naturaleza y contenido, y el resolver la cuestión de fondo sin trámite de demanda, de prueba y de conclusiones, esto es, sin las garantías y trámites que al efecto ha establecido el Legislador.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el recurso especial en materia de contratación tiene como finalidad obtener una resolución rápida y eficaz, de manera que una decisión ilegal no pueda consolidarse.

En este caso concreto, a la vista de los documentos remitidos de momento por el órgano de contratación, se advierte, indiciariamente, la posible concurrencia de causa de nulidad por deficiencias en la tramitación del procedimiento. A pesar de la existencia de un expediente para depurar responsabilidades respecto a las deficiencias del bunker, no consta que el órgano de contratación dictase resolución declarando la responsabilidad de M. Polo; tampoco consta que la incautación de la garantía se acordase antes del 21 de junio de 2019, fecha en la que acababa la afectación de esta a posibles responsabilidades del contratista.

No obstante, debe advertirse que todavía no se ha entrado en el fondo del asunto, dado que el órgano de contratación tiene que completar el expediente administrativo para poder resolver el recurso, lo cual se hará en el momento oportuno a la vista del expediente completo.

### **Resuelvo**

1. Estimar la solicitud de suspensión de la Resolución por la que se acuerda incautar parcialmente la garantía constituida en 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.
2. 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.