Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 24 de febrero de 2022

Informe 1/2021, de 24 de febrero de 2022, en relación con varias cuestiones derivadas de la ejecución de un contrato de obras: régimen jurídico aplicable, responsabilidad de la contratista por deficiencias o vicios ocultos, confiscación de la garantía, la liquidación del contrato y posibilidad de contratar, mediante la tramitación de urgencia lo que resulte necesario para reparar las obras

Antecedentes

1. El 3 de marzo de 2021, el consejero de Medio Ambiente, en calidad de presidente del Consorcio para el Desarrollo de Actuaciones de Mejora y Construcción de Infraestructuras en el Territorio de la Entidad Local Menor de Palmanyola (en adelante, el Consorcio) solicitó a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) la emisión de un informe en relación con un contrato de obras que el Consorcio había adjudicado en el año 2006 para la mejora del alumbrado público de Palmanyola.

   El motivo principal de la solicitud de informe era aclarar las posibilidades de reclamar, a día de hoy, a la contratista unas deficiencias de obra que el órgano de contratación conoció hace casi trece años, así como otras deficiencias de las cuales tuvo conocimiento hace aproximadamente seis años.

   En la solicitud también se planteaban otras cuestiones relacionadas con el contrato, concretamente: el régimen jurídico aplicable; la posibilidad de confiscar la garantía que se constituyó en su momento; el régimen de la liquidación aplicable; y, finalmente, la posibilidad de contratar, por urgencia, lo que resulte necesario para reparar las obras.

   La solicitud se hizo en base al borrador de un acta de la Junta Rectora del Consorcio, de 27 de enero de 2021, que se envió sin firmar y sin adjuntar el expediente administrativo del contrato ni el informe jurídico preceptivo.

2. El 8 de marzo de 2021, la JCCA requirió al presidente del Consorcio la enmienda de la solicitud, ya que no reunía los requisitos formales ni de legitimación de la persona solicitante que se exigen en los artículos 15 y 16 del Reglamento de organización y funcionamiento de la JCCA.

3. El 11 de marzo de 2021, la secretaria de la Consejería de Medio Ambiente y Territorio (en adelante, la Consejería) consideró oportuno solicitar el informe y completó parcialmente la solicitud, mediante la remisión de un índice con algunos documentos del expediente de contratación de las obras y un informe emitido por la jefa del Servicio de Estudios Territoriales de la Consejería.

4. El 17 de marzo de 2021, como la solicitud seguía incompleta, la JCCA reiteró el requerimiento a la Consejería, con el objetivo de incorporar un informe del servicio jurídico, el expediente administrativo completo de la contratación de las obras, así como los expedientes de contratación de los servicios complementarios de redacción del proyecto y de dirección de las obras, los cuales, la JCCA, consideraba de interés para emitir el informe solicitado.

5. El 23 de junio de 2021, la Consejería envió a la JCCA un informe del servicio jurídico, de 21 de junio de 2021, pero dirigido a la Abogacía de la Comunidad Autónoma; no completó el expediente de contratación de las obras y tampoco adjuntó ni hizo ninguna referencia a los expedientes de contratación de los servicios complementarios que se le habían requerido.

6. El 28 de agosto de 2021, la JCCA volvió reiterar a la Consejería la mejora de la solicitud.

7. El 3 de diciembre de 2021, la Consejería envió un certificado en el cual hacía constar que la relación de documentos enviados era todo lo que disponía de la contratación de las obras y que no le constaba nada de la contratación de los servicios complementarios; también envió un informe complementario del servicio jurídico de 30 de noviembre de 2021.

Consideraciones jurídicas

1. El artículo 65 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, dispone que la JCCA es el órgano consultivo específico en materia de contratación, y tiene como funciones, entre otros, informar sobre las cuestiones que le sometan las diferentes consejerías y los entes que integran el sector público instrumental.

2. De acuerdo con el Decreto 11/2021, de 15 de febrero, de la presidenta de las Illes Balears, por el que se establecen las competencias y la estructura

orgánica básica de las consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Consorcio de Palmanyola se encuentra adscrito en la Consejería de Medio Ambiente y Territorio.

En consecuencia, la secretaría general de la Consejería de Medio Ambiente y Territorio se encuentra legitimada activamente para solicitar el informe, tal como establece el artículo 15.2 del el Reglamento de organización y funcionamiento de la JCCA (ROF-JCCA), aprobado por el Acuerdo de 10 de octubre de 1997, del Consejo de Gobierno.

3. La solicitud cumple, finalmente, los requisitos que exige el artículo 16 del ROF-JCCA, puesto que viene acompañada del preceptivo informe del Servicio jurídico y del expediente administrativo que se dispone de la contratación.

4. La JCCA, como órgano consultivo en materia de contratación, sólo emite informes sobre cuestiones relativas a la contratación pública. Además, los informes de la JCCA no pueden sustituir en ningún caso los informes preceptivos de los servicios jurídicos correspondientes, ni servir para ratificar el contenido. Tampoco se pueden emitir para resolver cuestiones concretas de un expediente, sino que tienen que interpretar la normativa de contratación pública en los aspectos que presenten alguna duda o alguna contradicción y siempre desde la perspectiva que estas interpretaciones puedan ser de interés general.

   Ahora bien, con voluntad de aclarar algunas de las dudas que se plantean en la solicitud, se han añadido al informe algunas observaciones relacionadas con el expediente concreto.

   Además, se quiere dejar constancia que para emitirlo, la JCCA ha tenido en cuenta el expediente administrativo que ha enviado la Consejería, así como también:

   — El informe de la Abogacía de la Comunidad Autónoma, de 4 de agosto de 2021, emitido en relación con las responsabilidades derivadas del contrato referido.

   — Y el informe técnico de los ingenieros de la Dirección general de Turismo y la Dirección de Vivienda y Arquitectura (Roberto M. Cayuela Rexach y Gabriel Sastre Alzamora), emitido el mes de octubre de 2021, en relación con el estado actual del alumbrado público de Palmanyola.

5. El Consorcio para el Desarrollo de Actuaciones de Mejora y Construcción de Infraestructuras en el Territorio de la Entidad Local Menor de Palmanyola, tiene la consideración de administración pública, se creó por Acuerdo del

Consejo de Gobierno, de 20 de mayo de 2005, y sus Estatutos se publicaron en el BOIB núm. 80, de 26 de mayo de 2005. De los estatutos del Consorcio resulta de interés tener en cuenta lo siguiente:

> Artículo 2
> (...)
> 2. El Consorcio se rige por las disposiciones de estos Estatutos, por la reglamentación interna dictada en su desarrollo, por el ordenamiento jurídico público de la administración autonómica, por la normativa de contratos de las administraciones públicas, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y, si se tercia, por la normativa de régimen local.
>
> Artículo 8
> La presidencia corresponde al vicepresidente o la vicepresidenta, o persona en quien delegue del Gobierno de las Illes Balears.
>
> Artículo 9
> 1. La Junta Rectora es el órgano soberano del Consorcio y tiene, entre otras, la función de:
> k) acordar la formalización de convenios, acuerdos o contratos (...).
>
> Artículo 20
> 1. En conformidad con el artículo 1.3.b. del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, la actividad contractual del Consorcio se rige por lo que establece esta Ley.
> 2. La Presidencia del Consorcio es el órgano de contratación.

En el momento en que se tramitó el expediente de contratación, en 2006, la Presidencia del Consorcio correspondía a la Vicepresidencia y Consejería de Relaciones Institucionales del Gobierno de las Illes Balears.

En el expediente enviado no consta ninguna resolución de delegación o desconcentración de esta competencia. A pesar de esto, la mayoría de actos administrativos que constan en el expediente eran acordados por el gerente o el vicepresidente del Consorcio. Además, la mayoría constan sin firmar.

6. De las cuestiones planteadas se tiene que informar, a todos los efectos, de lo siguiente:

   6.1. El régimen jurídico aplicable al contrato:

   El régimen jurídico aplicable a un contrato de obras adjudicado en 2006 por una Administraciones pública, ─ como es el caso del Consorcio ─, es el previsto en el Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones

Públicas[1] (TRLCAP), aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio; así mismo, también le resulta de aplicación lo previsto en el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

De acuerdo con el artículo 5 del TRLCAP, los contratos de la Administración, que pueden tener carácter administrativo o privado, se tienen que considerar administrativos, cuando tengan por objeto, directo, conjunta o separadamente, la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, así como los de consultoría y asistencia o de servicios (...).

Más concretamente, a un contrato de obras, le resultaba de aplicación todo aquello previsto por los contratos en general en el libro I del TRLCAP, así como las especialidades aplicables a los contratos de obras que se recogían en los artículos 120 a 153 del TRLCAP y en los artículo 121 a 179 del RGLCAP.

La posterior modificación de la normativa contractual de las Administraciones Públicas no es aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción del contrato de referencia, que continúa rigiendose por el TRLCAP, tal y como han establecido las sucesivas normas de contratación. Al respeto, es clara la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, que sucedió el mencionado TRLCAP:

> 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.
> 2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Además de esto, los contratos administrativos también se tienen que ajustar a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) que se hayan aprobado por la contratación en concreto. Las cláusulas de los pliegos se consideran parte integrante de los contratos (art. 49 y 51 TRLCAP) y son *lex contractus* de obligado cumplimiento para las partes. Por eso, aquello previsto en la Ley y el Reglamento se tiene que completar con

[1] El TRLAP del año 2000 fue derogado en 2011 por la Ley de contratos del sector público, aprobada por el Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre; y esta también fue sustituida por la vigente Ley 9/2007, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la cual se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

lo que se hizo constar concretamente en el proyecto de obras (PPT) y en el PCAP que constan en el expediente.

En opinión de la Junta Consultiva, el régimen jurídico aplicable al contrato concreto está claramente definido en las normas mencionadas, —TRLCAP y RGLCAP—, así como en los pliegos que el órgano de contratación aprobó y constan al expediente. De hecho, el PCAP regulaba expresamente la recepción y liquidación de la obra, que se tenía que llevar a cabo de acuerdo con el art. 147 TRLCAP y los art. 163 y siguientes del RGLCAP; así como también la devolución y cancelación de las garantías, que se tenía que llevar a cabo de acuerdo con el art. 47 TRLCAP y el art. 65.2 y 3 RGLCAP.

6. 2 La posibilidad de reclamar actualmente a la contratista deficiencias o vicios ocultos:

A todos los efectos, el artículo 110 TRLCAP dispone que los contratos administrativos se entienden cumplidos por el contratista cuando se haya realizado, de acuerdo con los términos y la satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto. En todo caso, la constatación del cumplimiento exige por parte de la Administración un acto formal y positivo dentro del mes siguiente en que se haya producido la entrega. En los contratos se fija el plazo de garantía a contar desde la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual, sin objeciones por parte de la Administración, queda extinguida la responsabilidad del contratista.

Ahora bien, más concretamente para los contratos de obras, la recepción y el plazo de garantía se regulan de manera expresa y específica en el artículo 147 TRLCAP, y en los artículos 163 a 169 del RGLCAP, — aplicables también a día de hoy —.

En los contratos de obras, la recepción tiene especial importancia y algunos expertos en contratación pública califican el acta de recepción de "*solemne*", especialmente por las consecuencias prácticas que de ella se derivan.

El artículo 147 TRLCAP, disponía literalmente que:

> 1. A la recepción de las obras a su terminación y a los efectos establecidos en el artículo 110.2 concurrirá 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 dos 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.
> 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 148, procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes, aplicándose a este último lo dispuesto en el artículo 99.4. 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.
4. No obstante, en aquellas obras cuya perduración no tenga finalidad práctica como las de sondeos y prospecciones que hayan resultado infructuosas o que por su naturaleza exijan trabajos que excedan el concepto de mera conservación como los de dragados no se exigirá plazo de garantía.
5. Podrán ser objeto de recepción parcial aquellas partes de obra susceptibles de ser ejecutadas por fases que puedan ser entregadas al uso público, según lo establecido en el contrato.
6. Siempre que por razones excepcionales de interés público, debidamente motivadas en el expediente, el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aun sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurran dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras y en los términos en que reglamentariamente se establezcan.

Y el artículo 164 RGLCAP, añade que:

El representante del órgano de contratación fijará la fecha de la recepción y, a dicho objeto, citará por escrito a la dirección de la obra, al contratista y, en su caso, al representante de la Intervención correspondiente.
El contratista tiene obligación de asistir a la recepción de la obra. Si por causas que le sean imputables no cumple esta obligación el representante de la Administración le remitirá un ejemplar del acta para que en el plazo de diez días formule las alegaciones que considere oportunas, sobre las que resolverá el órgano de contratación.
2. Del resultado de la recepción se levantará un acta que suscribirán todos los asistentes, retirando un ejemplar original cada uno de ellos.

Algunos autores[2] han considerado que "La constatación del cumplimiento de un contrato, de acuerdo con lo previsto en su clausulado y con el consentimiento de la Administración, se remite en la contratación pública a un acto formal, y en principio, positivo, a

[2] Federico A. Castillo Blanco. 4 de mayo de 2017

saber: el **acta de recepción** del contrato. Dicho acto, que **opera como garantía de la Administración**, **sin embargo también tiene un doble efecto beneficioso para el contratista: de un lado, comienzan los plazos para el pago del precio del contrato; de otro, tiene un efecto sanatorio para el contratista y es que éste ve enervada la responsabilidad por el cumplimiento** del mismo, con las excepciones que pudiesen derivarse del plazo de garantía si este se hubiese establecido"

De todo esto se desprende sin duda la importancia que tiene el acta de recepción para poder exigir responsabilidades a los contratistas de obras, puesto que es en el momento de la recepción en que queda fijado el cómputo del plazo para exigirlas: ya sean en concepto de defectos de construcción, hasta que finalice el plazo de garantía; o ya sean en concepto de daños y perjuicios por vicios ocultos, hasta quince años después de finalizar la garantía.

Por este motivo, la legislación de contratos públicos exige desde siempre que la recepción se lleve a cabo mediante un acto expreso, formal, y normalmente positivo de la Administración que se tiene que documentar en un acta, firmada por los asistentes, que tienen que ser el representante del órgano de contratación, la dirección de la obra, el contratista y, si se resulta necesario, el representante de la Intervención.

Ahora bien, a pesar de lo que la ley exige, la Jurisprudencia ha tenido que admitir también las recepciones tácitas o presuntas de los contratos de obras cuando la recepción no se haya formalizado por escrito o cumpliendo los requisitos temporales o formales que se exigen. El motivo de esto es, precisamente, no dejar a la voluntad de las partes la determinación del momento en que se lleva a cabo la recepción, dadas las consecuencias que comporta. Si se pudiera retrasar indefinidamente la realización del acto formal con todos los requisitos, se estaría admitiendo, por un lado, la posibilidad de demorar el pago de la totalidad del precio y, de otra, la de exigir por tiempo indefinido responsabilidades por el cumplimiento del contrato a los contratistas.

La STS de 16 de marzo de 2007 (Rec. 603/2005), recuerda la doctrina jurisprudencial reiterada de la recepción tácita, entre otros aspectos, en el sentido siguiente:

> "... a la hora de interpretar y aplicar tales preceptos debe tomarse en consideración lo dicho por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de febrero de 1987 en orden a que, **siendo cierto que la recepción es un acto expreso y formal, también lo es que para garantizar los derechos del contratista no es admisible que los plazos se dilaten, y menos indefinidamente, razón por la que podrá indagarse si se ha producido algún hecho concluyente del que pueda inferirse que la recepción ha tenido lugar tácita o presuntamente, pues resulta obvio que la entrega y recepción no puede quedar diferida a la libre y arbitraria voluntad de la Administración**".

La Jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado han considerado que se produce una «recepción tácita o presunta» cuando la Administración lleva a cabo uno o varios actos que necesariamente implican una voluntad de recepcionar las obras ejecutadas (entre otras, la STS de 26 de mayo de 1981 o la de 26 de abril de 1985).

No obstante, también hay que dejar constancia que el TS ha matizado el efecto automático de la recepción, entre otras, en la sentencia de 7 de julio de 2011 (R.C. n.º 5219/2009-F.D. 5.º-), en la que expone que:

> La apreciación o no de la existencia de una recepción tácita es una materia casuística que deberá atender siempre a las concretas circunstancias de cada caso y por ello es una cuestión íntimamente relacionada con la apreciación de la prueba del Tribunal de instancia», recogiendo expresamente un anterior pronunciamiento de 8 de mayo de 2008 (R.C. n.º 2088/2006) -que menciona la propia sentencia impugnada- que **niega que la inauguración de una obra o parte de la misma justifique siempre que aquélla esté terminada**.

Hay que tener en cuenta también, que en la exigencia de eventuales responsabilidades derivadas de la ejecución de un contrato de obras, las funciones de la dirección de obra resulta esencial. Estos técnicos tienen encomendadas, entre otras, las funciones de dirección, supervisión, control de la ejecución y mantenimiento de obras (art. 196 TRLCAP). Por eso, la Ley prevé que en el acta de recepción, cuando las obras no se encuentren en buen estado, se tienen que señalar los defectos observados, detallando las instrucciones precisas y los plazos para poner remedio (art. 147.2 TRLCAP). Y posteriormente, antes de acabar el plazo de garantía, también tienen que emitir el informe sobre el estado de las obras, señalando, si corresponde, las deficiencias que hayan podido aparecer (art. 147.3 TRLCAP y 169 RGLCAP).

Por otro lado, la normativa de contratación dispone que las responsabilidades exigibles a los contratistas son las siguientes (art. 143.2 TRLCAP y 148 TRLCAP):

— Durante el desarrollo de las obras, y hasta que se cumpla el plazo de garantía, el contratista es responsable de los defectos que se puedan advertir en la construcción.
—Si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, y debido a un incumplimiento del contratista, este responderá de los daños y perjuicios durante el plazo de quince años a contar desde la recepción.
— Finalmente, transcurridos los 15 años sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida la responsabilidad.

En relación a esto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia núm. 129/2013, de 28 de febrero (JUR\2013\123174) ha distinguido tres periodos en la responsabilidad de los contratistas:

> (...) la normativa en la materia distingue tres periodos perfectamente diferenciados en la responsabilidad de los contratistas: el primero se iniciará con la recepción de la obra, momento en que se produce la entrega de la misma a la Administración y comienza el periodo de garantía, en el que el contratista responde de los defectos de construcción, quedando igualmente obligado a efectuar las labores de conservación y policía, asumiendo la administración los demás riesgos, salvo por vicios ocultos; el segundo comienza cuando se extingue el plazo de garantía y se refiere exclusivamente a los "vicios ocultos por incumplimiento del contrato por parte del contratista", esto es, a aquellos cuya existencia no se ha podido delatar en ese periodo anterior, precisamente porque no tenían una manifestación externa y, además, determinan la ruina de lo construido; el tercero y último es el que se inicia a partir de los 15 años desde la recepción, en el cual el contratista no tiene ninguna responsabilidad.

Y según la doctrina, para que haya responsabilidad por ruina ésta tiene que reunir una serie de requisitos: se tiene que producir la ruina del edificio; se tiene que deber a vicios ocultos de la construcción y al incumplimiento del contrato por parte del contratista; y se tiene que manifestar dentro del plazo de 15 años a contar desde la recepción. Además, el concepto de ruina, se considera un concepto jurídico indeterminado, que se tiene que interpretar de manera amplia y flexible y la jurisprudencia ha ido desarrollándolo en el sentido siguiente:

— Se considera ruina en sentido estricto cuando la obra queda destruida.
— La ruina también se puede considerar potencial cuando la obra sufre vicios constructivos graves que hagan temer una pérdida futura.
— También se considera ruina cuando los defectos afecten a elementos esenciales de la construcción que excedan de las imperfecciones corrientes (por ejemplo, que afecten a la cimentación, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.
— La ruina se puede considerar ruina funcional cuando se presentan vicios que hagan la obra inútil para la finalidad que le era propia.
— Y se entiende que la ruina es económica, cuando el importe de la reparación supera el 50 % del valor real de la construcción.

Es necesario tener en cuenta también, que a pesar de que la norma sustantiva o de fondo aplicable al contrato, – en este caso, el TRLCAP -, no preveía un plazo máximo para reclamar los vicios ocultos, la Administración, para poder formular la reclamación tiene que tramitar, en cualquier caso, un procedimiento administrativo. Este procedimiento, con la vigente normativa

de contratación (LCSP), debe tramitarse dentro del plazo máximo de dos años a contar desde el momento en que se produjeron o manifestaron los vicios. Concretamente, el artículo 244 LCSP dispone que:

> Si la obra se arruina o sufre deterioros graves incompatibles con su función con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá este de los daños y perjuicios que se produzcan o se manifiesten durante un plazo de quince años a contar desde la recepción.
> Asimismo, el contratista responderá durante dicho plazo de los daños materiales causados en la obra por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad de la construcción, contados desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de estas.
> 2. **Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el apartado anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan o se manifiesten dichos daños**, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual.
> (...)

El Consejo de Estado, el Consejo Consultivo de las Illes Balears (entre otros, los Dictámenes 89/2019, 28/2018, 82/2018 y 71/2019) y el Tribunal Supremo (entre otros, en la STS de 2 de octubre de 2007), han considerado que en los expedientes de resolución, la norma procedimental y competencial aplicable es la legislación vigente en el momento en que se acuerde el inicio del procedimiento de resolución.

Y en este mismo sentido, en opinión de la Junta Consultiva, la norma procedimental y competencial aplicable a la reclamación de responsabilidades por vicios ocultos también tiene que ser la vigente en el momento en que se inicie la reclamación de los vicios. Por eso, teniendo en cuenta que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), entró en vigor el 9 de marzo de 2018, — en aplicación de la *vacatio legis* de cuatro meses que fija la disposición final decimosexta —, cabe que afirmar que a los procedimientos de reclamación de vicios ocultos iniciados a partir de la entrada en vigor de la LCSP las resulta de aplicación el plazo de prescripción de la acción de dos años que recoge el artículo 244.2 LCSP.

Finalmente, también cabe mencionar que en un procedimiento de reclamación de deficiencias se tiene que garantizar, en todo caso, el derecho de audiencia de los eventuales responsables. Además, se tienen que poder determinar con precisión en el expediente las deficiencias concretas y sus responsables, teniendo en cuenta la posible implicación que puedan tener en las deficiencias otros intervinientes en la ejecución del contrato, como por

ejemplo, los autores del proyecto o la dirección de obra. Los contratos formalizados con estos técnicos son complementarios a la obra, se tienen que contratar de acuerdo con la normativa con materia de contratación y también resulta exigible su adecuado cumplimiento (lex contractus).

Sin perjuicio de todo lo que se ha dicho hasta ahora, del expediente concreto se pueden hacer las siguientes observaciones:

En el acta de recepción consta que esta se llevó a cabo el 2 de julio de 2007; también consta que se levantó con *carácter provisional parcial,* pero no se detallan los motivos de tal provisionalidad; además, el acta no se encuentra firmada por ningún representante del órgano de contratación; solo la firmaron los representantes de la empresa contratada para la dirección de obras y la contratista.

Los defectos formales del acta de recepción son innegables y se podrían considerar invalidantes de la recepción. Ahora bien, de acuerdo con la Jurisprudencia mencionada, y teniendo en cuenta además que no consta ninguna otra recepción posterior en el expediente, se puede entender que se trata de un acta de recepción tácita o presunta. Por tanto, se puede concluir que la recepción del contrato se produjo efectivamente y en sentido favorable, el día 2 de julio de 2007. Partiendo de esta fecha, se hacen las siguientes observaciones:

— La empresa contratista hubiera podido responder de los defectos de construcción hasta el día 2 de julio de 2009, fecha en que finalizaba el plazo de garantía establecido en dos años desde el acta de la recepción.

Por tanto, las deficiencias relativas a la interferencia entre la red de distribución eléctrica y el alumbrado público, que el órgano de contratación conoció aproximadamente el 15 de mayo de 2009, — según se desprende del expediente —, se podrían haber reclamado a la contratista al amparo del art. 143.2 TRLCAP. Para reclamarlas se tendría que haber tramitado el procedimiento correspondiente y se podría haber ejecutado la garantía definitiva constituida en el contrato, puesto que entonces todavía se encontraba vigente.

Estas deficiencias se encuentran reparadas, puesto que el órgano de contratación contrató las obras necesarias para solucionarlas.

— Las deficiencias de obra surgidas con posterioridad al plazo de garantía, — referidas al soterramiento de las líneas eléctricas —, se podrían haber considerado ruina funcional, siempre que técnicamente se hubiera justificado

de esta manera. Estos vicios, si realmente eran ocultos y responsabilidad de la contratista, se le hubieran podido reclamar en concepto de daños y perjuicios, al amparo del art. 148 TRLCAP, hasta quince años después de la recepción, esto es hasta el 2 de julio de 2022.

Ahora bien, en este caso, los quince años topan con el límite de prescripción de la acción de reclamación prevista en el artículo 244.2 LCSP, la cual resulta de aplicación por ser la norma aplicable al procedimiento de reclamación. El órgano de contratación tuvo conocimiento de estos vicios el 23 de febrero de 2016, pero no consta en el expediente que se iniciara el procedimiento de reclamación contra la contratista. Este procedimiento, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, se tendría que haber iniciado en el plazo de dos años a contar desde que se produjeron o manifestaron. A día de hoy, seis años después de que el órgano de contratación tuviera conocimiento de los posibles vicios imputables a la contratista, la acción se encuentra ya prescrita.

6.3 La posibilidad de confiscar la garantía:

Según la legislación de contratos, la garantía definitiva responde, entre otros conceptos, de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración con motivo de la ejecución del contrato (art. 43.2 b) TRLCAP). Además, la garantía no se devuelve o cancela hasta que no se haya producido el vencimiento del plazo de ésta y se haya cumplido satisfactoriamente el contrato o resuelto éste sin culpa del contratista (art. 44 TRLCAP).

Ahora bien, la norma también dispone que transcurrido un año desde la fecha de finalización del contrato sin que la recepción formal y la liquidación hubieran 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 hace referencia el artículo 43 (art. 47.4 TRLCAP).

Así, podría entenderse que cuando aparecen posibles responsabilidades, la Administración puede retener y ejecutar la garantía más allá de su plazo de vigencia. La Jurisprudencia ha interpretado y aclarado esta cuestión y ha afirmado que las fianzas depositadas no se pueden ejecutar cuando ha transcurrido el plazo de garantía y se tienen que devolver. Entre otras, cabe mencionar, por ejemplo la Sentencia núm. 84/2006, de 19 de enero, (JUR\2006\144580) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que consideró que:

> Resulta en efecto, que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la fianza no puede ser objeto de una interpretación amplía o extensiva, sino estricta, debiendo estarse al plazo de vencimiento de la obligación en la forma asumida, más allá del cual no puede ejecutarse el

> aval (STS, Sala 3ª, de 30 de abril de 2001 y 22 de marzo de 2005), puesto que de otro modo, en supuestos como el presente, se dejaría al arbitrio de la Administración la fijación de los plazos legal o contractualmente establecidos, concediéndole la posibilidad de que los señalara cuando tuviera por conveniente (STS, Sala 3ª, de 15 de marzo de 1999). Tal como razona, en un supuesto similar, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de abril de 2004, reguera. 1771/2001 , F. 3º: [...]
>
> Pues bien, si las obras fueron recibidas sin objeciones por la Corporación demandada el 18-5-2000, resulta evidente que el 19-5-2001 finalizaban las garantías previstas contractualmente y debían devolverse las fianzas, tal como regula el artículo 48.1 en relación al artículo 147.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, sin excusas ni dilaciones, resultando improcedente la alegación de defectos fuera del plazo legal y contractualmente establecido, resultando obvio que el informe municipal de 29-11-2001 no afecta a la exigencia de devolución de las fianzas por resultar extemporáneo a los efectos del plazo de garantía fijado, máxime si no se objetó defecto alguno en el acta de recepción de las obras

O la Sentencia núm. 2/2008, de 17 de julio, (JUR\2009\15459), del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que en el mismo sentido consideró que:

> (...) transcurrido un año desde la recepción de la obra- el 13 de noviembre de 2002- procedía la cancelación y devolución de la garantía y no su incautación.
> Efectivamente dada la naturaleza accesoria de la garantía prestada por el contratista o por un tercero, como el presente caso, debe ser devuelta o cancelada una vez extinguida aquella relación jurídica principal. Relación jurídica principal que según el art. 111 termina cuando se cumple su objeto, que el caso del contrato de obras, se plasma en el acta de recepción de la obra positiva, por encontrarse en buen estado y ejecutadas conforme al Proyecto, comenzando entonces el plazo de garantía.

Cabe que mencionar también que la garantía definitiva se puede constituir, entre otros, mediante un contrato de seguro de caución celebrado con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución, debiendo entregarse el certificado del contrato al órgano de contratación (art. 36 TRLCAP y artículo 57 del RGLCAP). Ahora bien, el RGLCAP, que regula este tipo de garantía, dispone literalmente en el artículo 57.2 que:

> **El plazo de duración del seguro de caución como garantía en el ámbito de la contratación de las administraciones públicas es el de la obligación o las obligaciones garantizadas**. Si la duración de estas supera los diez años, el contratista está obligado a dejar una nueva garantía durante el último mes del plazo indicado, salvo que se acredite debidamente la prórroga del contrato de seguro.

En cualquier caso, este tipo de garantías no son eternas, puesto que la propia Ley del contrato de seguros también dispone que, por regla general, la duración de los contratos de seguros no supera los diez años (art. 22 de la Ley 50/1980).

En el caso concreto, dado que la garantía se había constituido mediante contrato de seguro de caución, ─ garantía núm. 3.788.231 y garantía núm. 3.791.291, por importe total de 71.578,38 €, constituidas en 2006 con la

entidad Crédito y Caución—, resulta de aplicación el artículo 57.2 RGLCAP. Así, si el plazo de la obligación garantizada se estableció en dos años, — como se deduce del acta de recepción —, la garantía ya no se encuentra vigente a día de hoy. Además, también consta en el expediente que la propia aseguradora "Crédito y Caución" informó en la Consejería que las mencionadas garantías se encontraban ya desde hace tiempo canceladas, en virtud del art. 22 de la Ley del contrato de seguros.

6.4 La liquidación de los contratos

La liquidación es el último de los actos administrativos de la fase de extinción de un contrato, pero no es el único. Dada la importancia y complejidad procedimental de esta fase, especialmente en los contratos de obras, se considera de interés general hacer referencia no solo a la liquidación, sino también al resto de trámites que incluye.

El artículo 166 RGLCAP regula la medición general y la certificación final de las obras en el sentido siguiente:

> 1. Recibidas las obras se procederá seguidamente a su medición general con asistencia del contratista, formulándose por el director de la obra, en el plazo de un mes desde la recepción, la medición de las realmente ejecutadas de acuerdo con el proyecto. A tal efecto, en el acta de recepción el director de la obra fijará la fecha para el inicio de dicha medición, quedando notificado el contratista para dicho acto. Excepcionalmente, en función de las características de las obras, podrá establecerse un plazo mayor en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
> 2. El contratista tiene la obligación de asistir a la toma de datos y realización de la medición general que efectuará el director de la obra.
> 3. Para realizar la medición general se utilizarán como datos complementarios la comprobación del replanteo, los replanteos parciales y las mediciones efectuadas desde el inicio de la ejecución de la obra, el libro de incidencias, si lo hubiera, el de órdenes y cuantos otros estimen necesarios el director de la obra y el contratista.
> 4. De dicho acto se levantará acta en triplicado ejemplar que firmarán el director de la obra y el contratista, retirando un ejemplar cada uno de los firmantes y remitiéndose el tercero por el director de la obra al órgano de contratación. Si el contratista no ha asistido a la medición el ejemplar del acta le será remitido por el director de la obra.
> 5. El resultado de la medición se notificará al contratista para que en el plazo de cinco días hábiles preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos.
> 6. Las reclamaciones que estime oportuno hacer el contratista contra el resultado de la medición general las dirigirá por escrito en el plazo de cinco días hábiles al órgano de contratación por conducto del director de la obra, el cual las elevará a aquél con su informe en el plazo de diez días hábiles.
> 7. Sobre la base del resultado de la medición general y dentro del plazo que establece el apartado 1, el director de la obra redactará la correspondiente relación valorada.
> 8. Dentro de los diez días siguientes al término del plazo que establece el apartado 1, el director de la obra expedirá y tramitará la correspondiente certificación final.
> 9. Dentro del plazo de dos meses, contados a partir de la recepción de la obra, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada, en su caso, al contratista dentro del plazo de dos meses a partir de su expedición a cuenta de la liquidación del contrato. En el supuesto de que de conformidad con la

> excepción prevista en el apartado 1 se fijare un plazo superior a un mes para la medición de las obras, la aprobación de la certificación final no podrá superar el plazo de un mes desde la recepción de la contestación del contratista al trámite de audiencia a que hace referencia el apartado 5.

Y el artículo 169 RGLCAP, que regula la liquidación en el contrato de obras, dispone que:

> 1. Transcurrido el plazo de garantía, si el informe del director de la obra sobre el estado de las mismas fuera favorable o, en caso contrario, una vez reparado lo construido, se formulará por el director en el plazo de un mes la propuesta de liquidación de las realmente ejecutadas, tomando como base para su valoración las condiciones económicas establecidas en el contrato.
> 2. La propuesta de liquidación se notificará al contratista para que en el plazo de diez días preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos.
> 3. Dentro del plazo de dos meses, contados a partir de la contestación del contratista o del transcurso del plazo establecido para tal fin, el órgano de contratación deberá aprobar la liquidación y abonar, en su caso, el saldo resultante de la misma.

En conclusión, para la extinción de un contrato de obras, además del acta de recepción, también es necesario llevar a cabo la medición general de las obras, la relación valorada y la certificación final, así como el informe sobre el estado de las obras, y la propuesta de liquidación. Teniendo en cuenta todos estos actos previos, el órgano de contratación podrá dictar la Resolución de liquidación del contrato, quedando extinguida la relación contractual.

En el expediente concreto no consta que se llevaran a cabo los trámites mencionados y el órgano de contratación tampoco dictó resolución de liquidación del contrato. Ahora bien, dado el tiempo transcurrido, y teniendo en cuenta además que la contratista ya no existe (entró en concurso de acreedores y parece ser que se encuentra extinguida desde hace tiempo), hay que considerar extinguido el contrato, por cumplimiento, de acuerdo con el artículo 209 LCSP.

6.5 La posibilidad de contratar, mediante la tramitación de urgencia, aquello que resulte necesario para enmendar las obras

En cualquier caso corresponde a cada órgano de contratación determinar sus necesidades de contratar. La tramitación urgente de los expedientes de contratación se encuentra regulada expresamente en el artículo 119 LCSP, que dispone que pueden ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos la suscripción de los cuales responda a una necesidad inaplazable o la adjudicación de los cuales se tenga que acelerar por razones de interés público. A estos efectos, el expediente tiene que contener la declaración de urgencia del órgano de contratación, que tendrá que ser motivada en todo caso.

Conclusiones

Dados los argumentos expuestos, la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es la siguiente:

1. El régimen jurídico aplicable a un contrato administrativo adjudicado en 2006 por una Administraciones pública es el previsto en el Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio; así como el previsto en el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; sin olvidar lo previsto en los pliegos (PCAP y PPT) aprobados por el órgano de contratación que rigen el contrato y son *lex contractus*.

2. En la responsabilidad de los contratistas por deficiencias o por vicios ocultos se distinguen tres periodos: durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía, el contratista es responsable de los defectos que se puedan advertir en la construcción; si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción y debido a un incumplimiento del contratista, este responderá de los daños y perjuicios durante el plazo de quince años, a contar desde la recepción; finalmente, transcurridos los 15 años sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida la responsabilidad.

Ahora bien, la norma procedimental y competencial aplicable para reclamar vicios ocultos tiene que ser la vigente en el momento en que se inicie la reclamación. Y de acuerdo con el artículo 244 LCSP, las acciones para exigir responsabilidades por vicios ocultos prescriben en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan o se manifiesten los vicios.

3. Las garantías depositadas no se pueden ejecutar cuando ha transcurrido el plazo de garantía y se tienen que devolver.

4. La liquidación de los contratos de obra se tiene que acordar mediante resolución del órgano de contratación. Y previamente, se tienen que llevar a cabo la medición general de las obras, la relación valorada y la certificación final, el informe sobre el estado de las obras y la propuesta de liquidación.

5. La tramitación urgente del procedimiento de contratación se puede aplicar a los contratos la formalización de los cuales responda a una necesidad inaplazable o la adjudicación de los cuales se tenga que acelerar por razones de interés público. Y en cualquier caso, correspondiendo al órgano de contratación declarar la urgencia, que tendrá que ser en todo caso motivada.

La secretaria de la Junta Consultiva
de Contratación Administrativa

María Matilde Martínez Montero