

Exp. Junta Consultiva: RES 2/2022

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de obras del Complejo Balear de investigación, desarrollo tecnológico e innovación en el Parc Bit (CONTR 2010 610)

Órgano de contratación: Consejería de Fondos Europeos, Universidad y Cultura

Recurrente: SACYR Construcción SA

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 27 mayo de 2022

Dado el recurso especial en materia de contratación que la empresa SACYR Construcción SA, ha interpuesto contra la Resolución de 27 de diciembre de 2021, del consejero de Fondos Europeos, Universidad y Cultura, relativa al pago de una factura del contrato de obras del Complejo Balear de investigación, desarrollo tecnológico e innovación del Parc Bit, a la cual se descontó el coste de reparación de unas deficiencias de obra imputables a la contratista, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 27 mayo de 2022, ha adoptado el Acuerdo siguiente:

Hechos

1. El 27 de julio de 2010, el órgano de contratación (entonces, la Consejería de Economía y Hacienda, actualmente, la Consejería de Fondos Europeos, Universidad y Cultura) y la empresa SACYR Construcción SA (en adelante, SACYR o la contratista) formalizaron un contrato de obras para la ejecución del Complejo Balear de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación del Parc Bit.

El contrato se formalizó de acuerdo con el expediente de contratación, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el proyecto de obras previamente aprobados (exp. CONTR 2010 610).

La Dirección facultativa (DF) de las obras se encomendó a la empresa Tragsatec.

2. Según el expediente administrativo, la contratista constituyó garantías definitivas y complementarias, las cuales se encuentran vigentes y en depósito en la Tesorería de la Comunidad Autónoma y suman un total de 848.468,26 € (aval núm. 193442 de 399.653,71 €, aval núm. 193448 por importe de 399.653,71 €, aval núm. 3400000081 por importe de 15.979,01 € y aval núm. 00/41/2017/3108 por importe de 33.181,83 €).

3. Durante la ejecución de las obras se aprobaron varias modificaciones del contrato y se amplió en varias ocasiones el plazo de ejecución.
4. El 20 de marzo de 2019, una vez ejecutadas las obras, la DF emitió un informe sobre el estado del edificio, en el cual hizo constar una larga lista de deficiencias de obra, con un reportaje fotográfico y planos de localización de las deficiencias del Complejo.

A pesar de esto, en el mismo informe, la DF informó favorablemente el inicio de los trámites de recepción de las obras.

5. El 9 de abril de 2019, se convocó las partes para la recepción de las obras y se emitió un acta de recepción desfavorable, en la cual se dejó constancia de las deficiencias existentes y se concedió a la contratista un plazo hasta el 7 de mayo de 2019 para repararlas.

A la recepción asistieron los técnicos representantes del órgano de contratación y los de la contratista.

6. El 30 de abril de 2019, la contratista presentó un escrito de alegaciones, dirigido al órgano de contratación, en el que manifestaba su negativa a realizar las reparaciones relacionadas en el acta de recepción desfavorable.
7. El 4 de junio de 2019, la DF comprobó nuevamente el estado de las obras y se emitió el correspondiente acta, en la cual se dejó constancia que la contratista no había reparado las deficiencias existentes y se le concedió un nuevo plazo de tres semanas más para ejecutarlas.

A la comprobación asistió la DF y un representante de la contratista, el cual reiteró la negativa de la empresa a realizar las reparaciones o a asumir ningún coste adicional.

8. El 21 de junio de 2019, a pesar de la negativa de SACYR a reparar las deficiencias, pero existiendo interés público de ocupar y poner en servicio el edificio, el órgano de contratación dictó la Resolución de ocupación y puesta en servicio del Complejo Balear de investigación, desarrollo tecnológico e innovación.
9. El 4 de junio de 2020, con el fin de ocupar y poner en servicio el Complejo, el órgano de contratación, — a través del IBISEC—,contrató la ejecución de

las obras de reparación de las deficiencias con un tercero, — la empresa *Gavina Serveis i Gestió, SL* (en adelante, Gavina) —.

En el contrato formalizado con la empresa Gavina se hizo constar expresamente que el objeto del contrato consistía en ejecutar reparaciones varias, de acuerdo con el informe y el acta de recepción del Complejo de marzo de 2019, por importe total de 45.232,99 € (IVA incluido).

10. El 10 de agosto de 2020, Gavina presentó la factura de la reparación de conformidad con el precio acordado.
11. El 21 de septiembre de 2020, los técnicos del IBISEC informaron favorablemente las obras de reparación ejecutadas y el coste total a abonar a la empresa Gavina.
12. El 11 de marzo de 2021, el órgano de contratación convocó a la DF y a la SACYR para emitir un nuevo acta de recepción del Complejo, que en esta ocasión fue favorable y se fijó como fecha de inicio de la medición general el 15 de abril de 2021.
13. El 15 de abril de 2021, se llevó a cabo la medición general, a la cual asistió la DF. La contratista, a pesar de haber sido convocada, no asistió. La medición se notificó a la contratista y no existe constancia en el expediente que la contratista presentara alegaciones.
14. El 21 de julio de 2021, la DF emitió la certificación final, —núm. 78—, por importe de 102.479,68 € (IVA incluido).
15. El 19 de noviembre de 2021, SACYR presentó ante el órgano de contratación la factura correspondiente a la certificación final por importe de 102.479,68 € (IVA incluido), de acuerdo con lo certificado.
16. El 14 de diciembre de 2021, el órgano de contratación inició el procedimiento de pago de la factura correspondiente a la certificación final por importe de 102.479,68 € (IVA incluido).

De acuerdo ello, el responsable del contrato propuso al órgano de contratación la aprobación de la certificación final de obras y la autorización y disposición del gasto a favor de SACYR por importe de 102.479,68 € (IVA incluido).

17. El 27 de diciembre de 2021, la Intervención General fiscalizó de conformidad el gasto.
18. El 27 de diciembre de 2021, el órgano de contratación dictó la Resolución siguiente:

Resolución

1. Aprobar el expediente de certificación final de obras de las obras relativas al Complejo Balear de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación en el Parc Bit.
2. Autorizar y disponer un gasto por un importe de 102.479,68 € IVA incluido, a favor de SACYR CONSTRUCCION, SA, con CIF A78366382 en las condiciones siguientes:
Partida presupuestaria:
Año Partida Gasto
2021 13801/541A01/62201/11 102.479,68 €

19. Y seguidamente, el mismo día, el órgano de contratación dictó la Resolución que se impugna, descontando de la factura los gastos de reparación de las deficiencias, en el sentido siguiente:

Resolución

1. Aprobar el descuento por el importe de las reparaciones, es decir, 45.232,99 € de la factura número Z30003491121000002, de fecha 19 de noviembre de 2021 de importe de 102.479,68 €, correspondiendo a la certificación final del expediente de contratación CONTR 2013 5693.
2. Reconocer el derecho a percibir y proponer el pago a favor de la empresa SACYR CONSTRUCCION, SA, con CIF A78366382, por un importe de 57.246,69 euros, con cargo a la partida presupuestaria 13801/541A01/62201/11 de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el año 2021.

Esta resolución se notificó al contratista el 14 de enero de 2022.

20. El 10 de febrero de 2022, SACYR presentó un recurso de reposición contra la Resolución de pago de la factura con el descuento, en el cual alegaba en resumen, el siguiente:

Primero. La recurrente discrepa de las fechas en que la Administración considera recepcionadas las obras, puesto que afirma que el marzo de 2016 ya se emitió la certificación final y el mes de junio de 2019 la Administración ocupó efectivamente las obras.

Segundo. La recurrente alega que las deficiencias de construcción no le eran imputables y que nunca se le había dado traslado de los supuestos defectos.

Tercero. El principal argumento de la recurrente es la irregularidad o ilegalidad de aplicar un descuento de 45.232'99 € en la Resolución de pago de la factura, cuando antes de esto el órgano de contratación ya había resuelto aprobarla por el importe correspondiente a la certificación final, que era de 102.479,68 €.

21. El 30 de marzo de 2022, el órgano de contratación envió a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa parte del expediente administrativo, junto con un informe jurídico y un informe técnico.

El informe jurídico de la Consejería de Fondos Europeos, Universidad y Cultura informaba en sentido favorable al recurso interpuesto.

El informe técnico no se emite en relación con el recurso interpuesto, sino que se trata de un informe del IBISEC de 21 de septiembre de 2020 (al cual ya se ha hecho referencia en el hecho núm. 12), que se limita a relacionar las obras ejecutadas por la empresa Gavina para reparar las deficiencias por importe total de 45.232'99 €.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución de pago de una factura tramitada por la Consejería de Fondos Europeos, Universidad y Cultura, que tiene carácter de administración pública.

Contra este acto se puede interponer 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 en 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 cual 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 el expediente de contratación al cual hace referencia la Resolución de pago que se impugna se inició en 2010, el régimen jurídico que resulta de aplicación es la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (LCSP), el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y los pliegos concretos (PCAP y PPT), que son *lex contractus* de obligado cumplimiento por las partes.

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 se continúa rigiendo por la LCSP de 2007, tal como han establecido las sucesivas normas de contratación. Al respecto, es clara la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, que dispone:

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se rigen por la normativa anterior. A estos efectos, se entiende que los expedientes de contratación se han iniciado si se ha publicado la convocatoria correspondiente del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tiene que tener en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.
2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se rigen, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

3. La recurrente se encuentra legitimada para interponer los recursos especial en materia de contratación y lo ha interpuesto mediante representante acreditado y dentro de plazo adecuado.
4. En relación con las alegaciones de la recurrente, hay que decir lo siguiente:

4.1 Alegación primera:

La recurrente discrepa con las fechas en que la Administración considera recepcionadas las obras. Según SACYR, el mes de marzo de 2016 se emitió la certificación final de obras y el mes de junio de 2019 se dictó Resolución de ocupación efectiva de la obra.

4.2 La alegación primera se tiene que rechazar totalmente, por los motivos siguientes:

En contra de la opinión de la recurrente, lo que se desprende del expediente administrativo es que la certificación correspondiente al mes de marzo de 2016, — certificación núm. 64, de las 78 que constan en el

expediente—, no es una certificación final de obra. De acuerdo con el art. 150 del RGLCAP, se trata, sin duda, de una certificación mensual ordinaria, emitida por la DF, en base a la relación valorada del periodo correspondiente. Respecto a estos tipos de certificaciones, el art. 215 LCSP de 2007, añadía que:

1. A los efectos del pago, la Administración tiene que expedir mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al cual correspondan, certificaciones que comprendan **la obra ejecutada durante este periodo de tiempo**, salvo que haya una prevención en contra en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y sus abonos tienen el concepto de pagos por anticipado sujetas a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin que esto suponga, de ninguna forma, la aprobación y recepción de las obras que comprenden.

En cambio, la certificación final de obra, que se regula en los artículos 166 LCSP y 166 RGLCAP, es única, se aprueba dentro del plazo de tres meses contados a partir de la recepción, previo a la medición general y a la relación valorada y se tiene que abonar al contratista con cargo de la liquidación del contrato.

De acuerdo con el expediente, el acta de recepción de conformidad es del 11 de marzo de 2021. En el mes de marzo de 2016 no se podía recepcionar el Complejo, — ni mucho menos —, porque todavía estaba inacabado. De hecho, la propia recurrente reconoce en el recurso que todavía faltaba ejecutar el Centro de Transformación. Y de la certificación núm. 64 se desprende que el precio total de ejecución de la obra era de 9.751.407,80 € y en el mes de marzo de 2016 solo se habían ejecutado 7.946.306,58 €. Por lo tanto, todavía faltaba más de un millón y medio de euros de obra pendiente de ejecutar.

En relación con la ocupación y puesta en servicio de una obra, interesa mencionar que según el art. 168 del RGLCAP:

1. El acuerdo de la ocupación efectiva de las obras o de su puesta en servicio para uso público que prevé el artículo 147.6 de la Ley requiere que se extienda el acta correspondiente de comprobación de las obras, que tienen que subscribir el representante designado por el órgano de contratación, el director de las obras y el contratista, y se tiene que comunicar a la Intervención de la Administración correspondiente para su asistencia potestativa. En los casos en que la obra lo tenga que gestionar una administración o entidad diferente a la Administración contratante el acta también lo tiene que subscribir un representante de esta.

2. A los efectos del apartado anterior, la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para uso público produce los efectos de la recepción si, de acuerdo con el acta de comprobación, las obras están finalizadas y están conformes con las prescripciones previstas en el contrato. Si se observan defectos, se tienen que detallar en el acta de

comprobación junto con las instrucciones necesarias y el plazo fijado para enmendarlos. El órgano de contratación, a la vista de los defectos advertidos, tiene que decidir sobre la ocupación efectiva o puesta en servicio para el uso público de las obras.

En el caso en cuestión la ocupación y puesta en servicio del Complejo, acordada mediante Resolución de 21 de junio de 2019, no produjo los efectos de la recepción que pretende la recurrente, puesto que en el acta de comprobación preceptiva se había reiterado la persistencia de las deficiencias que ya se habían constado en la recepción desfavorable de 9 de abril de 2019.

4.3 Alegación segunda:

La recurrente argumenta que las deficiencias de construcción no le eran imputables porque nunca se le había dado traslado de los supuestos defectos.

4.4 La alegación segunda también se tiene que rechazar, por los motivos siguientes:

De acuerdo con el apartado 3 del art. 213 LCSP de 2007:

Durante el desarrollo de las obras y hasta que no se cumpla el plazo de garantía, el contratista es responsable de los defectos que se puedan advertir en la construcción.

Lo que alega la recurrente resulta insostenible, puesto que en las actas del expediente consta de manera expresa la asistencia de los representantes de SACYR a la recepción desfavorable, el 9 de abril de 2019 y al acto de comprobación del estado de las obras del 4 de junio de 2019. También consta que en ambas ocasiones se instó la empresa a la reparación de las deficiencias y se le concedieron los plazos adecuados y suficientes para repararlas.

En opinión de esta Junta Consultiva, de lo que se desprende del expediente y, sobretudo, teniendo en cuenta el escaso argumentario de descarga de SACYR en el recurso, se puede afirmar que la contratista conocía las deficiencias y que, además, era plenamente conocedora de que le eran imputables, tal como se argumenta a continuación:

La doctrina en materia de contratación ha considerado que el valor del acta de recepción es el de una prueba documental pública, avalada por funcionario público, que desplaza la carga de la prueba al contratista.

Además, en el caso que nos ocupa, también resulta de interés mencionar el Informe 13/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, según el cual:

La recepción de las obras, acto formal y positivo de recepción o conformidad, viene regulada en los artículos 222.2 y 235 TRLCSP (artículo 218 LCSP), y en los artículos 108, 163 y siguientes RGLCAP. La recepción es pues un acto y un acta. Como acto, la recepción comprende el conjunto de actuaciones de inspección y comprobación de las obras para que, quienes asisten a la misma, prestan su conformidad o disconformidad.

Según la STS de 18 de marzo de 1989, se trata de un acto unilateral «de modo que, aunque en su plasmación formal se exige la presencia del contratista y se produce en el curso de una relación jurídica contractual, se integra por una única voluntad, la de la Administración, en cuyas manos y a virtud del privilegio de la decisión ejecutoria, queda la calificación sobre el buen o mal cumplimiento del contrato, todo ello, obviamente, sin perjuicio de la interposición de los recursos que procedan. La presencia del contratista en el acto de la recepción definitiva o de su denegación, tiene el sentido de garantizar su audiencia ordeno al estado de la obra y a las reparaciones que, en su caso, puedan decidirse, pero no la significación de integrar como su voluntad la estructura del acto final del proceso contractual, que se consumará luego como la liquidación final y lo abono del saldo resultante».

Además de unilateral, se ha caracterizado el acto de recepción como un acto único, expreso (aunque puede ser tácito, recepción implícita en la doctrina de los hechos concluyentes) formal y definitivo; probatorio y no constitutivo, pues se limita a declarar, conforme o disconforme, una situación fáctica preexistente a la que lo ordenamiento jurídico seguidamente le atribuye unos efectos, pero nunca creará situaciones jurídicas *ex novo*.

Desde la perspectiva formal, a la recepción como acta (el acta es un acto administrativo instrumental), aluden igualmente el TRLCSP y el RGCLAP revistiéndolo así de la solemnidad que requieren los actos administrativos. Si la recepción de obras se, al tiempo que una actuación administrativa material, un acto *formal y positivo* (artículo 222.2 TRLCSP), significa que le será de aplicación, entre otros, el mismo régimen impugnatorio de los actos administrativos (y debería contener «pie de recurso» a los destinatarios o interesados). Pues, aunque el TRLCSP nada indica sobre su régimen impugnatorio, se necesario acudir a la doctrina general de los recursos administrativos, y admitir como procedente el recurso potestativo de reposición contra el acto de recepción, sin perjuicio de acudir directamente a la vía contenciosa. De forma que hay obligación de advertir al contratista, de la posibilidad de interponer recurso, con las menciones a las que se refiere el artículo 89.3 de la LRJPAC, so pena de posible indefensión. En este sentido, la jurisprudencia ha vertido algunas reglas al respecto (SSTS de 30 de marzo de 1998 y 16 de abril de 1999), aclarando que, peso a ser procedente el recurso de reposición, la falta de agotamiento de la vía administrativa previa no debe actuar como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

Finalmente, hay que advertir que no se impugna el acta de recepción, en cuanto documento administrativo (acto instrumental), sino la actuación material de la Administración en la recepción que se concreta en la conformidad o disconformidad. Disconformidad con la que lo contratista puede no estar de acuerdo, y está en su derecho a recurrir y no aquietarse a la misma. El acta de recepción, en cuanto acto

instrumental, consiste en una declaración de voluntad no negocial que tiene por objeto inmediato la declaración de voluntad de quienes concurren al acto de la recepción, la cual, es a la vez su objeto inmediato o directo y principal. Es la forma jurídica de constancia de un hecho y acto jurídico: el hecho de la recepción y la constancia de la conformidad o disconformidad con la misma. Y, en cuanto acto instrumental, el acta de recepción no es recurrible.

Del caso concreto, cabe tener en cuenta que contra el acta de recepción de disconformidad, SACYR presentó un escrito de alegaciones dirigido al órgano de contratación, en el que manifestó su negativa a reparar cualquier deficiencia de la obra. La empresa alegaba que no le eran imputables porque según la DF se habían producido "*motivadas en gran parte por el largo período de ausencia de ocupación y mantenimiento*".

En el expediente administrativo se ha podido comprobar que efectivamente en el informe sobre el estado del edificio, de 20 de marzo de 2019, la DF hizo constar expresamente lo que afirmaba la contratista. Además, también se ha podido comprobar que el órgano de contratación no tramitó las alegaciones referidas y no consta ninguna resolución expresa dictada y notificada a la empresa al respecto, tal como resulta exigible de acuerdo con el art. 21 de la Ley 39/2015, procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPACAP).

Ahora bien, dicho esto, una vez ponderadas las consecuencias producidas por tal omisión, cabe considerar que la empresa ha visto satisfecho su derecho a la defensa con la interposición del recurso especial que nos ocupa y no se le ha causado indefensión alguna susceptible de anulabilidad.

Además, tampoco puede pasar inadvertido el hecho que el único argumento de descarga del recurso haya sido la afirmación de que "*no tenía conocimiento de las deficiencias*", —argumento que ha quedado sobradamente desvirtuado—. Sorprende, en cambio, que la recurrente no haya acreditado nada concreto contra la relación de deficiencias que se le imputan.

Por todo ello, cabe afirmar que SACYR, con el recurso interpuesto, no ha desvirtuado la presunción de veracidad del acta en la que la DF dejó constancia de las deficiencias que se le imputan y, por lo tanto, su responsabilidad en las deficiencias surgidas durante el desarrollo de las obras ha quedado evidenciada.

Las deficiencias concretas a reparar eran las del punto 3 del acta de recepción desfavorable, concretamente:

- Queda pendiente la puesta en servicio de las instalaciones
- Revisión de puntos de óxido en cerrajería
- Anclar chapa inferior cornisa módulo 1 bloqueo 2
- Sustituir losas filtrón rotas de cubierta.
- Se adjunta como anexo inseparable informe de la DF de deficiencias del edificio a subsanar por el contratista (—consistente en el informe sobre el estado del edificio que la DF emitió el 20 de marzo de 2019, en el que consta una larga lista de deficiencias, con un reportaje fotográfico y unos planos de localización—).

Y en opinión de la JCCA, la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados, —sin perjuicio de los que puedan aparecer con posterioridad o que queden pendientes—, se encuentra determinada en el expediente y se corresponde con el importe de las obras de reparación contratadas a la empresa Gavina (45.232,99 €).

4.5 Alegación tercera:

La recurrente alega que descontar 45.232'99 € en la Resolución de pago de la factura es irregular, cuando antes de esto, en otra Resolución del órgano de contratación se había resuelto aprobar la factura por el importe de 102.479,68 € (IVA incluido), de acuerdo con la cantidad certificada por la DF.

SACYR considera relevante que en la tramitación de la certificación final de obra el órgano de contratación no hiciera la más mínima referencia al descuento y, en cambio, de manera totalmente improcedente acordara aplicarlo en la resolución de pago impugnada.

4.2 La alegación tercera, se tiene que estimar parcialmente por los motivos siguientes:

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación, —por medio del IBISEC—, optó para ejecutar subsidiariamente las obras de reparación mediante la contratación de un tercero, —la empresa Gavina—.

En el contrato formalizado con esta empresa se dejó constancia expresa que el objeto del contrato era la ejecución de reparaciones varias, de acuerdo con el acta de recepción desfavorable de las obras y el informe de la DF de marzo de 2019. El precio del contrato se fijó en 45.232,99 € (IVA

incluido), importe que se ha descontado de la factura presentada por SACYR de acuerdo con la certificación final de obra.

De acuerdo con el art. 218 LCSP, cuando a la recepción de las obras estas no hayan estado en condiciones de ser recibidas y hayan transcurrido los plazos concedidos a la contratista para reparar los defectos observados, el órgano de contratación puede declarar resuelto el contrato.

Ahora bien, existe reiterada doctrina jurisprudencial que considera que el incumplimiento que justifica la resolución de un contrato administrativo tiene que ser sustancial, no siendo suficiente cualquier acción u omisión que se aparte de las obligaciones asumidas en el contrato. Tiene que afectar una o diversas de las obligaciones esenciales establecidas en el contrato de manera básica y grave, de forma que el objeto y la finalidad de aquel quede desvirtuada o comprometida seriamente.

La Jurisprudencia ha resuelto casos similares al que nos ocupa (por ejemplo, en la STSJ de CyL, de 16/05/ 2013, recurso núm. 330/2009), en el sentido siguiente:

[... si lo que pretendía la Administración es proceder a la ejecución subsidiaria como uno de los medios de ejecución forzosa del acto administrativo dictado conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, decir entonces que debió utilizar los procedimientos específicamente previstos en la regulación sobre la contratación administrativa. Pero además, incluso desde su tesis, no puede la misma dejar de observar las formalidades pertinentes que se derivan de lo establecido en los artículos 95 y siguientes de dicha Ley, de modo que será necesaria la existencia de un título jurídico suficiente constituido por un acto administrativo en el que se estableciera de forma precisa la obligación del contratista de proceder a la reparación de las deficiencias y lo cual habría de ser adoptado respetando el principio de contradicción; así como también que antes de procederse a la ejecución forzosa se hubiese efectuado el apercibimiento a que se refiere el citado artículo 95 -que resulta ser un presupuesto aplicable a todos los medios de ejecución y que supone que se concede una última oportunidad para que el obligado proceda al cumplimiento voluntario de lo ordenado dentro de un plazo que habrá de fijarse, para la cual precisamente se le apercibe de que si no la atiende se pasará a la imposición coactiva de la obligación-, siendo después cuando habrá de determinarse el uso de la coacción con la elección ya del medio correspondiente y la orden de ejecución, mas ello solo podrá tener lugar si una vez transcurrido lo plazo concedido en dicho apercibimiento al destinatario del acto no ha dado el paso de cumplir voluntariamente sus determinaciones."

Así pues, en base ello, cabe afirmar que ante la inacción de la contratista en la reparación de las deficiencias, la ejecución subsidiaria de las reparaciones por la Administración como alternativa a la resolución del contrato, era perfectamente posible y, desde el punto de vista material o de fondo, fue adecuada.

Dicho esto, y para centrar la cuestión, el objetivo del órgano de contratación, aplicando el descuento en la Resolución de pago de la factura, no era otro que resarcir el coste de la reparación que tendría que haber hecho la contratista, lo cual conlleva hacer referencia al régimen establecido en la legislación de contratos en cuanto a las garantías constituidas.

El artículo 88 LCSP de 2007 recogía expresamente las responsabilidades a que están afectas las garantías y establecía que la garantía constituida en un contrato administrativo responde, entre otros:

- a) De las penalidades impuestas al contratista en conformidad con el artículo 196.
 - b) De la ejecución correcta de las prestaciones establecidas 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 esta con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda resolverlo.
- [...]

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

Desde el punto de vista formal la exigencia de responsabilidades al contratista requiere la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo.

De acuerdo con 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, tiene que ejecutar las garantías a instancia del órgano de contratación de acuerdo con los procedimientos que establece la normativa reguladora.

La ejecución de garantías debe tramitarse de acuerdo con el procedimiento vigente en el momento en que se tengan que ejecutar, por lo cual habrá que acudir al Decreto 13/2019, de 7 de marzo, por el cual se regula el régimen jurídico de garantías y depósitos custodiados por la Depositaria de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante, DGD).

Según el artículo 3 del DGD, las garantías tienen que responder del cumplimiento de las obligaciones que establezcan las normas en virtud de

las cuales 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 hace falta que el órgano competente para resolver la ejecución justifique la cuantía de los daños y los perjuicios sufridos en el procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 24 de este Decreto.

[...]

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

1. Las garantías solo se pueden ejecutar cuando haya responsabilidades derivadas de la obligación garantizada, por lo cual la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y los entes del sector público no pueden ejecutar garantías por 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 y se exige:

a) Resolución de inicio del procedimiento dictada por el órgano competente para resolver.

b) Audiencia del depositario de la garantía y, cuando haya, de la entidad avalista o aseguradora, con el alcance que establece el 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

Se tiene que admitir,—como alega SACYR—, que el órgano de contratación, en la tramitación del procedimiento de pago de la factura que se impugna, no hizo constar en ningún momento la más mínima referencia al descuento aplicado. En cambio, tal como se ha expuesto, para poder resarcir los daños y perjuicios que se le habían ocasionado, se tendría que haber llevado a

cabo el procedimiento de ejecución de garantías del artículo 24 DGD. En este sentido, la alegación tercera se tiene que estimar parcialmente.

Por todo esto, en consecuencia, el órgano de contratación tiene que llevar a cabo la tramitación siguiente:

– Por un lado, en relación con la factura correspondiente a la certificación final por importe de 102.479,68 € (IVA incluido): tiene que retrotraer el procedimiento de pago al momento en que se dicte una nueva Resolución de reconocimiento y propuesta de pago de la obligación por el importe total (102.479,68 €), sin aplicar el descuento.

– Y en relación con la ejecución de la garantía: teniendo en cuenta que la responsabilidad de SACYR, la relación de deficiencias y la cuantía de los daños y perjuicios constan acreditados en el expediente, el órgano de contratación debe llevar a cabo la tramitación del procedimiento previsto en el art. 24 DGD; así, en este caso, como mínimo, tiene que emitir una Propuesta de resolución de ejecución, que tendrá que notificar a la depositaria de la garantía y a la entidad avalista con el correspondiente plazo de audiencia, y la Resolución motivada que corresponda, que pondrá fin al procedimiento y contendrá un pronunciamiento expreso sobre la procedencia de la ejecución de la garantía y hará constar la información necesaria para que Depositaria pueda ejecutarla materialmente.

Resuelvo

1. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SACYR, contra la Resolución de 27 de diciembre de 2021, relativa al pago de una factura del contrato de obras del Complejo Balear de investigación, desarrollo tecnológico e innovación del Parc Bit, a la cual se descontó el coste de reparación de unas deficiencias de obra imputables a la contratista, y en consecuencia, anular el acto impugnado.
2. Ordenar al órgano de contratación:
 - Que en relación con el pago de la factura correspondiente a la certificación final, retrotraiga el procedimiento al momento en que se dicte una nueva Resolución de reconocimiento y propuesta de pago de la obligación por el importe total de 102.479,68 € (IVA incluido), sin aplicar el descuento.

— Y que en relación con la ejecución de la garantía, emita una Propuesta de resolución, con el correspondiente plazo de audiencia a los interesados, y dicte la Resolución motivada que corresponda, de acuerdo con el procedimiento de ejecución de garantías que regula el art. 24 DGD.

3. Notificar esta Resolución a la empresa SACYR y a la Consejería de Fondos Europeos, Universidad y Cultura .

Interposición de recursos

Contra esta Resolución —que agota la vía administrativa— se puede interponer 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 desde el día siguiente de haber recibido 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.

La secretaria de la Junta Consultiva
de Contratación Administrativa

María Matilde Martínez Montero