



Exp. Junta Consultiva: RES 2/2022

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte d'obres del Complex Balear de recerca,
desenvolupament tecnològic i innovació al Parc Bit (CONTR 2010 610)

Òrgan de contractació: Conselleria de Fons Europeus, Universitat i Cultura

Recurrent: SACYR Construcción SA

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 27 maig de 2022

Atès el recurs especial en matèria de contractació que l'empresa SACYR Construcción SA, ha interposat contra la Resolució de 27 de desembre de 2021, del conseller de Fons Europeus, Universitat i Cultura, relativa al pagament d'una factura del contracte d'obres del Complex Balear de recerca, desenvolupament tecnològic i innovació al Parc Bit, a la qual es va descomptar el cost de reparació d'unes deficiències d'obra imputables a la contractista, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 27 maig de 2022, ha adoptat l'Acord següent:

Fets

1. El 27 de juliol de 2010, l'òrgan de contractació (aleshores, la Conselleria d'Economia i Hisenda, actualment la Conselleria de Fons Europeus, Universitat i Cultura) i l'empresa SACYR Construcción SA (en endavant, SACYR o la contractista) varen formalitzar un contracte d'obres per a l'execució del Complex Balear d'Investigació, Desenvolupament Tecnològic i Innovació al Parc Bit.

El contracte es va formalitzar d'acord amb l'expedient de contractació, el plec de clàusules administratives particulars (PCAP) i el projecte d'obres prèviament aprovats (exp. CONTR 2010 610).

La Direcció facultativa (DF) de les obres es va encomanar a l'empresa Tragsatec.

2. Segons l'expedient administratiu, la contractista va constituir garanties definitives i complementàries, les quals es troben vigents i en dipòsit en la Tresoreria de la Comunitat Autònoma i sumen un total de 848.468,26 €

(aval núm. 193442 de 399.653,71 €, aval núm. 193448 per import de 399.653,71 €, aval núm. 340000081 per import de 15.979,01 € i aval núm. 00/41/2017/3108 per import de 33.181,83 €).

3. Durant l'execució de les obres es varen aprovar diverses modificacions del contracte i es va ampliar en diverses ocasions el termini d'execució.
4. El 20 de març de 2019, una vegada executades les obres, la DF va emetre un informe sobre l'estat de l'edifici, en el qual va fer constar una llarga llista de deficiències d'obra, amb un reportatge fotogràfic i plànols de localització de les deficiències del Complex.

Malgrat això, en el mateix informe, la DF fa informar que es mostrava favorable a l'inici dels tràmits de recepció de les obres.

5. El 9 d'abril de 2019, es va convocar les parts per a la recepció de les obres i es va emetre un acta de recepció desfavorable, en la qual es va deixar constància de les deficiències existents i es va concedir a la contractista un termini per reparar les deficiències fins el 7 de maig de 2019.

A la recepció hi varen assistir els tècnics representants de l'òrgan de contractació i els de la contractista.

6. El 30 d'abril de 2019, la contractista va presentar un escrit d'al·legacions, dirigit a l'òrgan de contractació, en el qual manifestava la seva negativa a realitzar les reparacions relacionades en l'acta de recepció desfavorable.
7. El 4 de juny de 2019, la DF va comprovar novament l'estat de les obres i es va emetre la corresponent acta, en la qual es va deixar constància que la contractista no havia reparat les deficiències existents i se li va concedir un nou termini de tres setmanes més per executar-les.

A la comprovació hi va assistir la DF i un representant de la contractista, el qual va reiterar la negativa de l'empresa de realitzar les reparacions o d'assumir cap cos addicional.

8. El 21 de juny de 2019, malgrat la negativa de SACYR de reparar les deficiències, però existint interès públic d'ocupar i posar en servei l'edifici, l'òrgan de contractació va dictar la Resolució d'ocupació i posada en servei del Complex Balear de recerca, desenvolupament tecnològic i innovació.

9. El 4 de juny de 2020, amb la finalitat d'ocupar i posar en servei el Complex, l'òrgan de contractació — per mitjà de l'IBISEC—, va contractar l'execució de les obres de reparació de les deficiències a través d'un tercer, — l'empresa Gavina Serveis i Gestió, SL (en endavant, Gavina) —.

En el contracte formalitzat amb l'empresa Gavina es va fer constar expressament que l'objecte del contracte consistia en executar reparacions diverses, d'acord amb l'informe i l'acta de recepció del Complex de març de 2019, per un import total de 45.232,99 € (IVA inclòs).

10. El 10 d'agost de 2020, Gavina va presentar la factura de reparació de les deficiències, d'acord amb el preu acordat.
11. El 21 de setembre de 2020, els tècnics de l'IBISEC varem informar favorablement les obres de reparació executades i el cost total a abonar a l'empresa Gavina.
12. L'11 de març de 2021, l'òrgan de contractació va convocar la DF i l'empresa SACYR per emetre una nova acta de recepció del Complex, que en aquesta ocasió va ser favorable i es va fixar com a data d'inici del mesurament general el 15 d'abril de 2021.
13. El 15 d'abril de 2021, es va dur a terme la medició general, a la qual va hi va assistir la DF. La contractista, malgrat haver estat convocada, no hi va assistir. La medició es va notificar a la contractista i no hi ha constància en l'expedient que la contractista presentés al·legacions.
14. El 21 de juliol de 2021, la DF va emetre la certificació final, —núm. 78—, per import de 102.479,68 € (IVA inclòs).
15. El 19 de novembre de 2021, SACYR va presentar a l'òrgan de contractació la factura corresponent a la certificació final per l'import de 102.479,68 € (IVA inclòs), d'acord amb la certificació.
16. El 14 de desembre de 2021, l'òrgan de contractació va iniciar el procediment de pagament de la factura corresponent a la certificació final per import de 102.479,68 € (IVA inclòs).

D'acord amb això, el responsable del contracte va proposar a l'òrgan de contractació aprovar la certificació final d'obres i autoritzar i disposar una despesa per un import de 102.479,68 € IVA inclòs, a favor de SACYR.

17. El 27 de desembre de 2021, la Intervenció General va fiscalitzar la despesa de conformitat.

18. El 27 de desembre de 2021, l'òrgan de contractació va dictar la Resolució següent:

Resolució

1. Aprovar l'expedient de certificació final d'obres de les obres relatives al Complex Balear de Recerca, Desenvolupament Tecnològic i Innovació al Part Bit.

2. Autoritzar i disposar una despesa per un import de 102.479,68 € IVA inclòs, a favor de SACYR CONSTRUCCION, SA, amb CIF A78366382 en les condicions següents:

Partida pressupostària:

Any Partida Despesa

2021 13801/541A01/62201/11 102.479,68 €

19. I seguidament, el mateix dia, l'òrgan de contractació va dictar la Resolució que s'impugna, descomptant de la factura les despeses de reparació de les deficiències, en el sentit següent:

Resolució

1. Aprovar el descompte per l'import de les reparacions, és a dir, 45.232,99 € de la factura número Z30003491121000002, de data 19 de novembre de 2021 d'import de 102.479,68 €, corresponent a la certificació final de l'expedient de contractació CONTR 2013 5693.

2. Reconèixer el dret a percebre i proposar el pagament a favor de l'empresa SACYR CONSTRUCCION, SA, amb CIF A78366382, per un import de 57.246,69 euros, amb càrrec a la partida pressupostària 13801/541A01/62201/11 dels pressuposts generals de la comunitat autònoma per a l'any 2021.

Aquesta resolució es va notificar al contractista el 14 de gener de 2022.

20. El 10 de febrer de 2022, SACYR va presentar un recurs de reposició contra la Resolució de pagament de la factura amb el descompte, en el qual al·lega en resum, el següent:

Primer. La recurrent discrepa de les dates en què l'Administració considera recepcionades les obres, ja que afirma que el març de 2016 ja es va emetre la certificació final i el mes de juny de 2019 l'Administració va ocupar efectivament les obres.

Segon. La recurrent al·lega que les deficiències de construcció no li eren imputables i que mai se li havia donat trasllat dels suposats defectes.

Tercer. El principal argument de la recurrent és la irregularitat o il·legalitat d'aplicar un descompte de 45.232'99 € en la Resolució de pagament de la factura, quan abans d'això l'òrgan de contractació ja havia resolt aprovar-la per l'import corresponent a la certificació final, que era de 102.479,68 €.

21. El 30 de març de 2022, l'òrgan de contractació va trametre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa part de l'expedient administratiu, juntament amb un informe jurídic i un informe tècnic.

L'informe jurídic de la Conselleria de Fons Europeus, Universitat i Cultura informa en sentit favorable al recurs interposat.

L'informe tècnic no s'emet en relació amb el recurs interposat, sinó que es tracta d'un informe de l'IBISEC de 21 de setembre de 2020 (al qual ja se n'ha fet referència en el fet núm. 12), que es limita a relacionar les obres executades per l'empresa Gavina per reparar les deficiències per import total de 45.232'99 €.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució de pagament d'una factura que ha tramitat la Conselleria de Fons Europeus, Universitat i Cultura, que té caràcter d'administració pública.

Contra aquest acte es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (en endavant, LRJ-CAIB). La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

2. Atès que l'expedient de contractació al qual fa referència la Resolució de pagament que s'impugna es va iniciar l'any 2010, el règim jurídic que resulta d'aplicació és la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del Sector Públic (LCSP), el Reglament general de la Llei de contractes de les Administracions Públiques (RGLCAP), aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, i els plecs concrets (PCAP i PPT), que són *lex contractus* d'obligat compliment per les parts.

La posterior modificació de la normativa contractual de les Administracions Públiques no és aplicable als efectes, compliment i extinció del contracte de referència, que es continua regint per la LCSP de 2007, tal com han establert les successives normes de contractació. Al respecte, és clara la Disposició Transitòria Primera de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, que disposa:

1. Els expedients de contractació iniciats abans de l'entrada en vigor d'aquesta Llei es regeixen per la normativa anterior. A aquests efectes, s'entén que els expedients de contractació s'han iniciat si s'ha publicat la convocatòria corresponent del procediment d'adjudicació del contracte. En el cas de procediments negociats sense publicitat, per determinar el moment d'iniciació s'ha de tenir en compte la data d'aprovació dels plecs.
2. Els contractes administratius adjudicats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta Llei es regeixen, pel que fa als seus efectes, compliment i extinció, inclosa la seva modificació, durada i règim de pròrrogues, per la normativa anterior.

3. La recurrent es troba legitimada per interposar els recursos especial en matèria de contractació i l'ha interposat mitjançant representant acreditat i dins termini adequat.
4. En relació amb les al·legacions de la recurrent, cal dir el següent:

4.1 Al·legació primera:

La recurrent discrepa amb les dates en què l'Administració considera recepcionades les obres. Segons SACYR, el mes de març de 2016 es va emetre la certificació final d'obres i el mes de juny de 2019 es va dictar Resolució d'ocupació efectiva de l'obra.

4.2 L'al·legació primera s'ha de rebutjar totalment, pels motius següents:

En contra de la opinió de la recurrent, el que es desprèn de l'expedient administratiu és que la certificació corresponent al mes de març de 2016, —certificació núm. 64, de les 78 que consten a l'expedient—, no és una

certificació final d'obra. D'acord amb l'art. 150 del RGLCAP, es tracta, sens dubte, d'una certificació mensual ordinària, emesa per la DF, sobre la base de la relació valorada del període corresponent. Respecte a aquests tipus de certificacions, l'art. 215 LCSP de 2007, afegia que:

1. Als efectes del pagament, l'Administració ha d'expedir mensualment, en els primers deu dies següents al mes al qual corresponguin, certificacions que compreguin **l'obra executada durant aquest període de temps**, llevat que hi hagi una prevenció en contra en el plec de clàusules administratives particulars, i els seus abonaments tenen el concepte de pagaments a compte subjectes a les rectificacions i variacions que es produeixin en el mesurament final i sense que això suposi, de cap manera, l'aprovació i recepció de les obres que comprenen.

En canvi, la certificació final d'obra, que es regula en els articles 166 LCSP i 166 RGLCAP, és única, s'aprova dins el termini de tres mesos comptats a partir de la recepció, previ el mesurament general i la relació valorada i s'ha d'abonar al contractista amb càrrec de la liquidació del contracte.

D'acord amb l'expedient, l'acta de recepció de conformitat és de l'11 de març de 2021. En el mes de març de 2016 no es podia recepcionar el Complex, – ni molt manco –, perquè encara estava inacabat. De fet, la pròpia recurrent reconeix en el recurs que encara faltava executar el Centre de Transformació. I de la certificació núm. 64 es desprèn que el preu total d'execució de l'obra era de 9.751.407,80 € i en el mes de març de 2016 només s'havien executat 7.946.306,58 €. Per tant, encara faltava més d'un milió i mig d'euros d'obra pendent d'executar.

En relació amb l'ocupació i posada en servei d'una obra, interessa esmenar que segons l'art. 168 del RGLCAP:

1. L'acord de l'ocupació efectiva de les obres o de la seva posada en servei per a ús públic que preveu l'article 147.6 de la Llei requereix que s'estengui l'acta corresponent de comprovació de les obres, que han de subscriure el representant designat per l'òrgan de contractació, el director de les obres i el contractista, i s'ha de comunicar a la Intervenció de l'Administració corresponent per a la seva assistència potestativa. En els casos en què l'obra l'hagi de gestionar una administració o entitat diferent a l'Administració contractant l'acta també l'ha de subscriure un representant d'aquesta.

2. Als efectes de l'apartat anterior, l'ocupació efectiva de les obres o la seva posada en servei per a ús públic produeix els efectes de la recepció si, d'acord amb l'acta de comprovació, les obres estan finalitzades i estan conformes amb les prescripcions previstes en el contracte. Si s'hi observen defectes, s'han de detallar en l'acta de comprovació juntament amb les instruccions necessàries i el termini fixat per esmenar-los. L'òrgan de contractació, a la vista dels defectes advertits, ha de decidir sobre l'ocupació efectiva o posada en servei per a l'ús públic de les obres.

En el cas que ens ocupa, l'ocupació i posada en servei del Complex, que es va acordar mitjançant la Resolució de 21 de juny de 2019, no va produir els efectes de la recepció que pretén la recurrent, ja que en l'acta de comprovació preceptiva s'havia reiterar l'existència de deficiències d'obra, les quals ja s'havien fet constar en la recepció desfavorable de 9 d'abril de 2019.

4.3 Al·legació segona:

La recurrent argumenta que les deficiències de construcció no li eren imputables, perquè mai se li havia donat trasllat dels suposats defectes.

4.4 L'al·legació segona també s'ha de rebutjar, pels motius següents:

D'acord amb l'apartat 3 de l'art. 213 LCSP de 2007:

Durant el desenvolupament de les obres i fins que no es compleixi el termini de garantia, el contractista és responsable dels defectes que es puguin advertir en la construcció.

El que al·lega la recurrent resulta insostenible, ja que en les actes de l'expedient consta expressament l'assistència dels representants de SACYR a la recepció desfavorable, el 9 d'abril de 2019 i a l'acte de comprovació de l'estat de les obres de 4 de juny de 2019. També consta que, en ambdues ocasions, es va instar l'empresa a la reparació de les deficiències i se li varen concedir els terminis adequats i suficients per esmenar-les.

En opinió d'aquesta Junta Consultiva, del que es desprèn de l'expedient i, sobretot, tenint en compte l'escàs argument de descàrrega de SACYR en el recurs, es pot afirmar que la contractista coneixia les deficiències i, a més a més, era plenament coneixedora que li eren imputables, tal com s'argumenta a continuació:

La doctrina en matèria de contractació ha considerat que el valor de l'acta de recepció és el d'una prova documental pública, avalada per funcionari públic, que desplaça la càrrega de la prova al contractista.

A més, pel cas que ens ocupa, també resulta d'interès esmentar l'Informe 13/2013, de 22 de maig de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, segons el qual:

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, presten 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 en orden al estado de la obra y a las reparaciones que, en su caso, puedan decidirse, pero no la significación de integrar con su voluntad la estructura del acto final del proceso contractual, que se consumará luego con la liquidación final y el 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 el 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 es, 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, es 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 manera 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, pese 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 el 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.

En el cas que ens ocupa, cal tenir en compte que, contra l'acta de recepció de disconformitat, SACYR va presentar un escrit d'al·legacions dirigit a l'òrgan de contractació, en el qual va manifestar la seva negativa a reparar qualsevol deficiència de l'obra. L'empresa al·legava que no li eren imputables, perquè segons la DF s'havien produït "*motivadas en gran parte por el largo período de ausencia de ocupación y mantenimiento*".

En l'expedient administratiu, s'ha pogut comprovar que, efectivament, en l'informe sobre l'estat de l'edifici de 20 de març de 2019, la DF va fer constar expressament el que afirmava la contractista. A més, també s'ha pogut comprovar que l'òrgan de contractació no va tramitar les al·legacions referides de contractista, ja que no consta cap resolució expressa, dictada i notificada a l'empresa, tal resulta exigible d'acord amb l'art. 21 de la Llei 39/2015, procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP).

Ara bé, dit això, una vegada ponderades les conseqüències produïdes per l'omissió, cal considerar que l'empresa, finalment, ha vist satisfet el seu dret a la defensa amb la interposició del recurs especial que ens ocupa i no se li ha causat indefensió susceptible d'anul·labilitat.

A més, no pot passar inadvertit el fet que l'únic argument de descàrrega del recurs hagi estat l'afirmació de que "*no tenia coneixement de les deficiències*", —argument que ha quedat sobradament desvirtuat—. Sorprèn, en canvi, que la recurrent no hagi acreditat res concret contra la relació de deficiències que se li imputen.

Per tot això, es pot afirmar que SACYR, amb el recurs interposat, no ha desvirtuat la presumpció de veracitat de l'acta en la qual la DF va deixar constància de deficiències que se li imputen i, per tant, la seva responsabilitat en les deficiències sorgides durant el desenvolupament de les obres ha quedat evidenciada.

A més, les deficiències concretes que havia de reparar eren les que es varen fer constar en el punt 3 de l'acta de recepció desfavorable, en la qual es va fer constar, concretament:

- Queda pendiente la puesta en servicio de las instalaciones
- Revisión de puntos de óxido en cerrajería
- Anclar chapa inferior cornisa módulo 1 bloque 2
- Substituir losas filtrón rotas de cubierta.
- Se adjunta como anexo inseparable informe de la DF de deficiencias del edificio a subsanar por el contratista (—consistent en l'informe sobre l'estat de l'edifici que la DF havia emès el 20 de març de 2019, en el qual consta una llarga llista de deficiències, amb un reportatge fotogràfic i uns plànols de localització—).

I en opinió de la JCCA, la quantificació dels danys i perjudicis ocasionats — sense perjudici dels que puguin aparèixer amb posterioritat o que quedin pendents —, es troba determinada en l'expedient i es correspon amb l'import de les obres de reparació contractades a l'empresa Gavina (45.232,99 €).

4.5 Al·legació tercera:

La recurrent troba que descomptar 45.232'99 € en la Resolució de pagament de la factura és irregular, quan abans d'això, en una altra Resolució l'òrgan de contractació havia resolt aprovar la factura per l'import de 102.479,68 € (IVA inclòs), d'acord amb la quantitat que la DF havia certificat.

SACYR considera rellevant que en la tramitació de la certificació final d'obra, l'òrgan de contractació no va fer constar en cap moment la més mínima referència al descompte i de manera totalment improcedent va acordar aplicar-lo en la resolució de pagament que s'impugna.

4.2 L'al·legació tercera, s'ha d'estimar, parcialment, pels motius següents:

En el cas que ens ocupa, l'òrgan de contractació, —per mitjà de l'IBISEC—, va optar per executar subsidiàriament les obres de reparació mitjançant la contractació d'un tercer, —l'empresa Gavina—.

En el contracte formalitzat amb aquesta empresa es va fer constar expressament que l'objecte de la contractació era l'execució de reparacions varies, d'acord amb l'acta de recepció desfavorable de les obres i l'informe de la DF de març de 2019. I el preu del contracte es va fixar en 45.232,99 € (IVA inclòs), import que s'ha descomptat en la factura presentada per SACYR d'acord amb la certificació final d'obra.

D'acord amb l'art. 218 LCSP, quan a la recepció de les obres, aquestes no hagin estat en condicions de ser rebudes i hagin transcorregut els terminis concedits a la contractista per esmenar els defectes observats, l'òrgan de contractació pot declarar resolt el contracte.

Ara bé, existeix reiterada doctrina jurisprudencial que considera que l'incompliment que justifica la resolució d'un contracte administratiu ha de ser substancial, no essent suficient qualsevol acció o omissió que s'aparti de les obligacions assumides en el contracte. Ha d'afectar una o diverses de les obligacions essencials establertes en el contracte de manera bàsica i greu, de manera que l'objecte i la finalitat d'aquell quedi desvirtuada o compromesa seriosament.

La Jurisprudència ha resolt casos similars al que ens ocupa (per exemple, en la STSJ de CyL, de 16/05/ 2013, recurs núm. 330/2009), en el sentit següent:

[...] 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 el 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 sólo podrá tener lugar si una vez transcurrido el plazo concedido en dicho apercibimiento al destinatario del acto no ha dado el paso de cumplir voluntariamente sus determinaciones."

Així doncs, d'acord amb això, es pot afirmar que davant la inacció de la contractista en la reparació de les deficiències, l'execució subsidiària de les reparacions per l'Administració, com alternativa a la resolució del contracte, era perfectament possible, i des del punt de vista material o de fons, va ser adequada.

Dit això, i per tal de centrar la qüestió, cal afirmar que l'objectiu de l'òrgan de contractació, aplicant el descompte en la Resolució de pagament de la

factura, no era altre que rescabalar el cost de reparar les deficiències que hauria d'haver reparat la contractista, la qual cosa ens porta a fer referència al règim establert en la legislació de contractes en relació amb les garanties constituïdes.

L'article 88 LCSP de 2007, recollia expressament les responsabilitats a què estan afectes les garanties i establia que la garantia constituïda en un contracte administratiu respon, entre d'altres:

- a) De les penalitats imposades al contractista de conformitat amb l'article 196.
 - b) De l'execució correcta de les prestacions establertes en el contracte, de les despeses originades a l'Administració per la demora del contractista en el compliment de les seves obligacions, i **dels danys i perjudicis ocasionats a aquesta amb motiu de l'execució del contracte o pel seu incompliment, quan no escaigui resoldre'l.**
- [...]

Així, les garanties responen de diferents conceptes (penalitats, execució de les prestacions, danys i perjudicis, etc) i es consideren de naturalesa indemnitzatòria quan hagin de respondre dels danys i perjudicis ocasionats a l'Administració amb motiu de l'execució del contracte — com és el cas que ens ocupa—.

Des del punt de vista formal, l'exigència de responsabilitats al contractista requereix la tramitació del corresponent procediment administratiu.

D'acord amb l'article 63 del RGLCAP:

La Caixa General de Dipòsits, o la caixa o l'establiment públic equivalent de la comunitat autònoma o entitat local, ha d'executar les garanties a instància de l'òrgan de contractació d'acord amb els procediments que estableix la normativa reguladora.

L'execució de garanties s'ha de tramitar d'acord amb el procediment vigent en el moment en què s'hagin d'executar, per la qual cosa, caldrà acudir al Decret 13/2019, de 7 de març, pel qual es regula el règim jurídic de les garanties i dels dipòsits custodiats per la Dipositaria de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (en endavant, DGD).

Segons l'article 3 del DGD, les garanties han de respondre del compliment de les obligacions que estableixin les normes en virtut de les quals es constitueixin, en els termes que aquestes mateixes ho disposin, afegint que:

- 2. La naturalesa de les garanties pot ser indemnitzatòria o punitiva, segons el que estableixin les normes en virtut de les quals es constitueixin.

[...]

3. En les garanties amb funció indemnitzatòria, per confiscar-les cal **que l'òrgan competent per resoldre l'execució justifiqui la quantificació dels danys i els perjudicis patits** en el procediment tramitat d'acord amb l'article 24 d'aquest Decret.

[...]

En l'apartat 1 de l'article 24 del mateix DGD es preveu que:

1. Les garanties només es poden executar quan hi hagi responsabilitats derivades de l'obligació garantida, per la qual cosa l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i els ens del sector públic no poden executar garanties per raó d'obligacions diferents de les garantides.

I l'apartat 2 del mateix article 24 regula el procediment necessari perquè la Dipositaria de la Comunitat Autònoma pugui executar materialment la garantia i s'exigeix:

- a) Resolució d'inici del procediment dictada per l'òrgan competent per resoldre
- b) Audiència del dipositant de la garantia i, quan n'hi hagi, de l'entitat avaladora o asseguradora, amb l'abast que estableix l'apartat b) 2 de l'article 25.
- c) Informe del servei gestor competent sobre les al·legacions presentades i la procedència de l'execució de la garantia. Si la garantia és indemnitzatòria, l'informe ha de quantificar els danys i perjudicis d'acord amb l'article 3 d'aquest Decret.
- d) Informes o dictàmens que siguin preceptius d'acord amb la normativa sectorial aplicable, i els que es considerin necessaris per resoldre.
- e) Resolució motivada, que ha de posar fi al procediment i que ha de contenir un pronunciament exprés sobre la procedència o no de l'execució de la garantia, i, en el cas que es resolgui executar-la, s'hi ha de fer constar, com a mínim, la informació següent:
 - 1r. Causa que dona lloc a l'execució.
 - 2n. Identificació del deutor.
 - 3r. Número d'expedient de registre de la garantia en el sistema economicofinançer.
 - 4t. Quantia que s'ha d'executar

S'ha d'admetre, —com al·lega SACYR—, que l'òrgan de contractació, en la tramitació del procediment de pagament de la factura que s'impugna, no va fer constar en cap moment la més mínima referència al descompte aplicat. En canvi, tal com s'ha exposat, per poder rescabalar els danys i perjudicis que se li havien ocasionat, l'òrgan de contractació hauria d'haver dut a terme el procediment d'execució de garanties de l'article 24 DGD. En aquest sentit, l'al·legació tercera s'ha d'estimar parcialment.

Per tot això, en conseqüència, l'òrgan de contractació ha de dur a terme la tramitació següent:

— D'una banda, en relació amb la factura corresponent a la certificació final per import de 102.479,68 € (IVA inclòs): ha de retrotreure el

procediment de pagament al moment en què es dicti una nova Resolució de reconeixement i proposta de pagament de l'obligació per l'import total (102.479,68 €), sense aplicar el descompte.

– I en relació amb l'execució de la garantia: tenint en compte que la responsabilitat de Sacyr, la relació de deficiències i la quantificació dels danys i perjudicis ja consten acreditades en l'expedient, l'òrgan de contractació ha dur a terme la tramitació del procediment previst en l'art. 24 DGD; així, en aquest cas, com a mínim, ha d'emetre una Proposta de resolució d'execució, que haurà de notificar a la dipositant de la garantia i a l'entitat avaladora amb el corresponent termini d'audiència, i la corresponent Resolució motivada que pertoqui, que ha de posar fi al procediment, ha de contenir un pronunciament exprés sobre la procedència de l'execució de la garantia i ha de fer constar la informació necessària perquè la Dipositaria pugui executar materialment la garantia.

Resolc

1. Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa SACYR, contra la Resolució de 27 de desembre de 2021, relativa al pagament d'una factura del contracte d'obres del Complex Balear de recerca, desenvolupament tecnològic i innovació al Parc Bit, a la qual es va descomptar el cost de reparació d'unes deficiències d'obra imputables a la contractista, i en conseqüència, anul·lar l'acte impugnat.
2. Ordenar a l'òrgan de contractació perquè:
 - En relació amb el pagament de la factura corresponent a la certificació final, retrotregui el procediment al moment en què es dicti una nova Resolució de reconeixement i proposta de pagament de l'obligació per l'import total de 102.479,68 € (IVA inclòs), sense aplicar el descompte.
 - I en relació amb l'execució de la garantia, ha d'emetre una Proposta de resolució, amb el corresponent termini d'audiència als interessats, i ha de dictar la Resolució motivada que pertoqui, d'acord amb el procediment d'execució de garanties que es regula en l'art. 24 DGD.
3. Notificar aquesta Resolució a l'empresa SACYR i a la Conselleria de Fons Europeus, Universitat i Cultura .

Interposició de recursos

Contra aquesta Resolució —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

María Matilde Martínez Montero