



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 131/2002

(Pleno)

La Laguna, a 3 de octubre de 2002.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *resolución del contrato para la ejecución de la obra "Repavimentación en el núcleo de Vilafor", incluida en el Plan de Cooperación a las Obras y Servicios de Competencia Municipal 1999-2002 (EXP. 106/2002 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

Por escrito de 29 de julio de 2002, el Presidente del Cabildo Insular de Tenerife solicita, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 12.3 y 11.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, Dictamen preceptivo respecto a la Propuesta de Resolución del contrato de obras, "Repavimentación en el núcleo de Vilaflor", que se fundamenta en el "incumplimiento del plazo contractual" y "abandono de la obra" por parte de la contrata. Tal resolución ha sido propuesta por la Presidencia del Cabildo a la Comisión de Gobierno insular, que fue el órgano de contratación y, por ello, el órgano competente para adoptar dicha resolución y sus efectos (art. 60.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas [LCAP]), que es la Ley aplicable, según la Disposición Transitoria Primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TR-LCAP).

La Propuesta de Resolución elevada a la consideración de la Comisión de Gobierno no sólo acuerda la resolución del contrato, sino también la incautación de la garantía definitiva, así como la incoación de expediente de indemnización de daños y perjuicios a la empresa contratista por el "importe que, en su caso, resulte

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

* VOTO PARTICULAR: Sres. Díaz Tejera, Fajardo Spínola y Suay Rincón.

de la diferencia entre el precio de las unidades de obra pendientes de ejecutar conforme al presupuesto de adjudicación y el precio de dichas unidades en la nueva contratación".

De conformidad con lo dispuesto en el art. 112.e) y g) de la LCAP, son causas genéricas de resolución contractual "la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista" y el "incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales". Los efectos de la resolución del contrato de obras suponen la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto (art. 152.1 LCAP) y, "cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada".

El planteamiento de los términos legales de la resolución, en este caso, no tiene tan fácil reconducción, pues a lo largo de la ejecución del contrato ha habido varios incidentes, algunos de ellos resueltos favorablemente en el curso de tal ejecución y otros no. Por lo que procede efectuar un somero repaso de las incidencias más importantes que ha habido en la mencionada ejecución contractual.

II

El presupuesto de licitación fue de 55.323.673 de pesetas (cláusula 3ª del Pliego), siendo de 6 meses el plazo de ejecución (cláusula 5ª), habiéndose adjudicado el contrato a la empresa P. en sesión celebrada el 20 de septiembre de 1999, por un importe de 48.679.299 de pesetas. El contrato fue suscrito el 20 de octubre de 1999, habiéndose firmado el acta de replanteo el 19 de octubre de 1999 y otorgándose autorización para el inicio de las obras (p. 209), siendo la terminación oficial del contrato el 19 de abril de 2000.

Con fecha 3 de abril de 2000, la contrata solicita prórroga en el plazo de ejecución del contrato, que fundamenta en el hecho de la imposibilidad de entrar en determinadas calles debido a la ejecución de obras por el Ayuntamiento -ejecución de muros y canalizaciones de riego-; la existencia de escombros en las calles afectadas procedentes de tales obras; problemas de suministro de materiales; y nuevas unidades de obra no previstas en el contrato -acometidas domiciliarias-. Tales razones fueron avaladas por el propio Ayuntamiento (p. 220) y por el propio Cabildo

Insular, acordándose como fecha de terminación del contrato la de 17 de julio de 2000.

Con fecha de 10 de julio de 2000 (p. 361), la contrata solicita nueva ampliación de plazo en 3 semanas debido a que el Ayuntamiento no ha culminado las obras de construcción de muros y a la dificultad de conseguir determinados suministros eléctricos. Petición que es positivamente informada por la Dirección facultativa y resuelta favorablemente por el Cabildo, siendo el nuevo plazo de terminación el 22 de septiembre de 2000.

Con fecha de 14 de julio de 2000, la Dirección facultativa propone una modificación del contrato de 9.75% sobre el precio de adjudicación, motivado por la conveniencia de sustituir las arquetas de acometida eléctrica a fin de que pudieran soportar el tráfico rodado (p. 365); extremos ambos -el de la ampliación y el del modificado- que fueron favorablemente estimados por la Comisión de Gobierno, en sesión celebrada el día 11 de septiembre de 2000 (p. 384).

Al margen de otras incidencias menores, en visita girada el 7 de enero de 2001, la Dirección facultativa pone de manifiesto defectos en la ejecución de las obras (p. 446) y comienza a advertirse que, con el ritmo de trabajos, no se podrá cumplir con los plazos si no se aumenta el personal (p. 462); da órdenes de nueva ejecución; da cuenta de la obra mal realizada (p. 464), advirtiéndose un retraso de 5 semanas (p. 464; advertencia de defectos generalizados en la ejecución de las obras, lo que motiva que la Dirección facultativa no certifique las unidades de obras revisadas (p. 492), informándose así mismo que "es de esperar que tales fallos se den de forma generalizada en el resto de la obra" (p. 492).

El 5 de marzo de 2001, los Servicios del Cabildo "ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre la Dirección facultativa (...) y la empresa adjudicataria de las obras (...) en lo que se refiere a calidad y terminación de las unidades de obra (...) tras considerar haber agotado todas las vías para la obtención de un acuerdo entre ambas partes", proponen requerir a una y otra la emisión de "informe sobre la situación de las obras para que se aleguen las causas por las cuales no se ha producido la terminación para proceder a la consiguiente recepción de las mismas" (p. 535). La contrata alega que, de hecho, se ha producido un incremento del precio del contrato de un 11.23% frente al 9.75% tramitado y resuelto favorablemente por la

Administración, razón por la que "las obras quedaron suspendidas temporalmente pendientes de la decisión de la Dirección facultativa" (p. 541).

La Dirección facultativa informa el 2 de abril de 2002 que queda por ejecutar el 4% del total del presupuesto, advirtiendo "que la presencia de (...) personal en la obra puede considerarse nula". También se repara el "acabado superficial de parte de la pavimentación y (que) existen indicios suficientes de que la compactación de los paquetes de firme ha sido defectuosa, por lo que se ha encargado a laboratorio autorizado ensayos de comprobación" (p. 574).

El resultado de la pericia sobre el estado del firme evidencia (p. 582) que "no se cumple en todas las zonas con el espesor mínimo", que era de 6 cm. Los testigos tomados dan un máximo de 9.5 cm de espesor y un mínimo de 4 cm. (p. 583). La Dirección facultativa propone alternativamente bien el fresado del firme y la ejecución correcta a 6 cm, bien la aceptación del firme con reparación y eventual "penalización económica a determinar". La contrata propone la colocación de una capa de 2 cm., propuesta que la Dirección facultativa estima válida para unas calles pero no para otras (p. 585). Las alegaciones de la contrata son rebatidas por la Dirección facultativa quien informa que las obras no pueden considerarse concluidas y susceptibles de ser entregadas al servicio público (p. 609), no siendo de cuenta del Cabildo la reparación de los daños ocasionados por la ejecución municipal de ciertas obras; ni se estima conforme el resto de reclamaciones económicas "sin un informe contradictorio previo realizado por un perito" (p. 612).

Con fecha 2 de noviembre de 2001 (p. 620), se informa sobre la rescisión del contrato a fin de contratar la reparación de las deficiencias y las unidades no ejecutadas con otra empresa".

La empresa, mediante escrito de 18 de marzo de 2002 (p. 666) manifiesta que la obra se encuentra terminada desde el mes de septiembre de 2000, "sin perjuicio de eventuales defectos o remates pendientes" y en condiciones de ser recibida, siendo así que la obra se hallaba "abierta al uso público" desde aquella fecha.

La no resolución de los diversos incidentes que han ido surgiendo durante la ejecución del contrato ha dado lugar a diferencias en las posiciones que se pretenden superar mediante la resolución del contrato. De todas las incidencias, existen algunas -como la ejecución simultánea de obras municipales- que dieron lugar a la prórroga del contrato. Los incidentes mayores estriban, sin embargo, en defectos de

ejecución, diferencia de mediciones, profundidad y densidad de la capa asfáltica, y ejecución de unidades de obra no contempladas en el proyecto inicial. Ahora bien, una cuestión es la detección de los incidentes materiales o disconformidad entre la contrata y la Dirección facultativa y el órgano de contratación y otra distinta es cómo se articulan, desde el punto de vista del procedimiento de resolución, las causas efectivas que determinan la extinción del vínculo contractual. La Comisión de Gobierno, órgano de contratación, asume que la obra está sin terminar" (p. 639) y que la ejecutada presenta defectos". A lo que se opone la contrata, para la cual la obra está plenamente concluida dentro del plazo y lo que se califica de defectos son simplemente remates.

La discrepancia no puede ser sostenida "ad eternum". Ambas partes mantienen posiciones encontradas a medida que se iban solicitando y emitiendo sucesivos informes. Lógicamente, la LCAP atribuye al órgano de contratación la facultad de resolver en vía administrativa tales discrepancias, en la medida en que cuenta con la "prerrogativa de interpretar los contratos (...) (y) resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento" (art. 60.1), siempre dentro de los márgenes tolerables de discrecionalidad administrativa, al ponderar la actuación de la contrata, así como la propia conducta administrativa, pues si aquella está sometida a la ley del contrato, ésta al contrato y a los principios que rigen la actuación de la Administración dirigida a la defensa de los intereses generales cuya gestión le está encomendada.

Al margen de los efectos inmediatos dispuestos por la LCAP (art. 114.3, 4 y 5) ya precisados y que se contienen en la Propuesta de Acuerdo sometida a dictamen, ha de tenerse en cuenta que:

1. El contrato sólo se entenderá cumplido cuando éste haya realizado a satisfacción de la Administración la totalidad de su objeto" (art. 11.1 LCAP).
2. La constatación de tal realidad exigirá "en todo caso (...) un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la (...) realización del objeto del contrato (art. 111.2 LCAP).
3. A la recepción de las obras, si éstas no se hallaren 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 o declarar resuelto el contrato" (art. 147.2 LCAP).

4. En los "contratos resueltos tendrán lugar dos recepciones (que ahora es única), la provisional, efectuada desde luego, y la definitiva cuando haya pasado el plazo de garantía respecto a las obras que se hallen terminadas por completo al acordarse la resolución y fuesen susceptibles del uso o servicio de que se trate" [art. 178 del Reglamento General de Contratación (RCE), aplicable en los términos de la disposición derogatorias única 1.b) LCAP].

- "Iniciado el oportuno expediente de resolución de un contrato cuyas obras hayan de ser continuadas (...) se procederá seguidamente a formularse la liquidación de la misma [que] comprenderá la constatación y medición de las obras ya realizadas especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. La liquidación se notificará al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución" (art. 179 RCE). Exigencia esta última cuya omisión es causa de nulidad de las actuaciones (STS de 16 de junio de 1994).

5. Cuando se verifiquen "recepciones parciales de aquellas partes de obra capaces de servir al uso o al servicio público de que se trate, deberá verificarse simultáneamente una liquidación provisional parcial a cuenta de la definitiva que corresponda" (art. 180 RCE).

6. Durante el plazo de garantía, cuidará el contratista, en todo caso, de la conservación y policía de las obras" (art. 171 RCE y cláusula 43 del Pliego de Condiciones Generales, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre). En este sentido, DCE 51.614, de 25 de febrero de 1988. Así mismo, "para que el contratista haya de reparar las deficiencias de ejecución, la Administración deberá, dando audiencia al empresario, formular dictamen fundado y preciso sobre las deficiencias producidas y la atribución de ellas a los trabajos de la empresa" (STS de 15 de junio de 1967).

También, deben tenerse en cuenta los siguientes extremos que han sido objeto de consideración por el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado:

- En primer lugar, y con carácter general, "las discrepancias surgidas entre el contratista y la dirección facultativa no permiten a aquél la paralización unilateral de las obras" (STS de 13 de junio de 1991). Justamente, "la demora o el incumplimiento por la Administración en el pago de las certificaciones no

autoriza al contratista a retrasar o paralizar la ejecución del contrato y al hacerlo así incide en causa de resolución" (STS de 11 de octubre de 1982).

- El vencimiento del plazo sin que la prestación del contratista resulte realizada implica *ipso iure*, siempre que le sea imputable, la calificación de incumplimiento por culpa suya" (DCE 54.472, de 1 de marzo de 1990).

- La resolución por "incumplimiento del contratista constituye el efecto pernicioso más grave para este último, por lo que únicamente debe producirse cuando se trate de incumplimientos relevantes y no nimios sin trascendencia, de acuerdo con la realidad del contrato" (DCE 52.006, de 9 de junio de 1988).

- Caben las "recepciones tácitas", como acontece cuando se entrega la obra al "uso público o servicio correspondiente" (SSTS de 26 de abril de 1985; 28 de enero de 1992 y 22 de noviembre de 1993) (DCE 17 de noviembre de 1967 y 3 de octubre de 1985).

Al margen de la irreductible discrepancia que existe entra ambas partes, es lo cierto que se advirtió a la contrata de imperfecciones en la ejecución de la obra.

III

La propuesta de resolución parte de la premisa de que los defectos de ejecución hacían inviable su recepción y, dado que no se han cumplido las instrucciones para su subsanación, procede la resolución por incumplimiento del plazo del contrato y abandono de la obra.

Además, reconoce el Cabildo Insular que, prescindiendo del uso público que vienen teniendo las obras, la entrega es un acto formal constituido por la extensión del acta de recepción lo que tiene lugar, según la PR "siempre y cuando las obras se encuentren en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas", lo que motivó la no recepción de la obra y por la inexistencia de personal se llega a la conclusión del "abandono".

Admite, pues, el Cabildo "la falta del acta de recepción en la obra", al someter al acto previo de recepción que "la obra esté en condiciones de ser recibida". Así, también en el Informe-Propuesta del Servicio de Planificación y Cooperación del Cabildo Insular (p. 1289) se sostiene "hacia inviable su recepción"; "las obras

presentaban defectos de ejecución que hacían inviable su recepción" (p. 1294) y que la existencia de defectos es reflejo de un incumplimiento del contratista, que tiene el deber de entregar la obra en condiciones" para añadir contradictoriamente que la obra no estaba en condiciones cuando se procedió a su recepción, por lo que se reconoce expresamente, por un lado, que no se aceptó la recepción, y en contradicción con lo expuesto posteriormente.

En la misma contradicción incurre la PR respecto al "incumplimiento del plazo". Si la obra estaba ejecutada dentro del plazo, aun de forma deficiente esta afirmación no guarda correlación con la afirmación del incumplimiento del plazo por no encontrarse la obra terminada "conforme a proyecto".

Por su lado, la contrata sostiene:

1º) Que las obras están terminadas desde el mes de septiembre de 2000, sin perjuicio de determinados remates o reparaciones.

2º) Que el Servicio Técnico del Cabildo con fecha 7 de agosto de 2000, señala que "las obras están prácticamente finalizadas y próximas a su recepción". En el mismo sentido la Dirección Facultativa así lo sostiene con fecha 5 de octubre de 2000.

3º) Se invocan diferencias de medición y liquidación económica frente a la Dirección de las obras y del contratista. Por su lado, el Cabildo Insular ha abonado 12 certificaciones ordinarias por importe de 62.463, 108.161, 1.021.958, 1.538.317, 2.746.617, 2.912.547, 6.484.827, 5.131.988, 16.709.533, 8.242.075, 1.065.471 y 66.574 lo que hace un importe total de 46.090.531 ptas.

Considera este Consejo que toda la problemática planteada del expediente deriva de la inadecuada interpretación del art. 147.2 de la LCAP y de la inexecución de las condiciones económico-administrativas y técnicas del contrato de la obra, ya que para la recepción de la obra no es imprescindible que "se encuentre en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas", sino que procede la recepción de la obra, siempre que se invoque su conclusión, haciéndose constar en el acta de recepción los posibles defectos u observaciones y detallándose en dicha acta de manera expresa, las instrucciones que procedan, fijando el plazo para la subsanación. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiera efectuado podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar entonces, resuelto el

contrato; fase que en el expediente tramitado se omite con merma de las garantías y certezas de los derechos y deberes de las partes contratantes.

La recepción de las obras es acto formal necesario de conformidad o no con las obras, bienes o trabajos entregados por el contratista que debe tener lugar en un plazo determinado (dentro del mes siguiente a la entrega) y que precisa la constatación de que el objeto del contrato ha sido realizado de acuerdo con sus términos.

Esta constatación no se puede suplir por una actuación de simple rechazo de la obra o de la no aceptación de ésta unilateralmente por la Administración, sino exige que se cumplan las garantías precisas otorgando contradicción a las partes, tal como contempla el art. 147.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que contempla la participación de un facultativo designado por la Administración como su representante, el técnico encargado de las obras y el propio contratista asistido de su facultativo, máxime en el caso dictaminado donde se hacía necesaria resolver las diferencias entre las partes afectadas, a través de la oportuna contradicción y bilateralidad de posiciones.

La recepción está sujeta, en fin, a un procedimiento solemne y exige un acto formal de aceptación positivo o negativo de las obras por parte de la Administración que no se puede obviar ni suprimir por la ejecución de instrucciones u órdenes previas al mismo, cuando se sostiene por la contrata que las obras han concluido.

En consecuencia, no procede la resolución del contrato por las razones que se invocan en la PR, "por incumplimiento del plazo y abandono de la obra", cuando las obras, según la versión de la contrata, que en parte coincide con las manifestaciones del Servicio Técnico del Cabildo de fecha 7 de agosto de 2000, y están prácticamente concluidas dentro del plazo de ejecución del contrato (septiembre 2000) con las certificaciones de pagos realizadas por dicha Corporación Insular. Ni puede considerarse "abandonada" "per se" por la conducta del contratista de no cumplir determinadas instrucciones o por la mera ausencia de personal en la obra, una vez que la contrata considera que la obra ha concluido.

CONCLUSIÓN

La PR fundada en las causas que se aducen no es conforme a Derecho, al no haberse acreditado fehacientemente, en el expediente administrativo, el incumplimiento del plazo de duración del contrato ni el abandono de las obras, por las razones que se expresan en el Fundamento III.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS EXCMOS. SRES. CONSEJEROS DON ARCADIO DÍAZ TEJERA, DON LUIS FAJARDO SPÍNOLA Y DON JOSÉ SUAY RINCÓN AL DICTAMEN 131/2002, DE 3 DE OCTUBRE (EXP. 106/2002 CA).

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, es una propuesta de resolución del contrato de las obras de incluidas en el Proyecto de Repavimentación en el núcleo de Vilaflor, término municipal de Vilaflor, incluido en el Plan de Cooperación Plurianual 1999-2002, 1ª bianualidad, que fue adjudicado el 20 de septiembre de 1999, y un plazo de ejecución de 6 meses, contados a partir de la formalización del Acta de Comprobación del Replanteo de 19 de octubre de 1999, por acuerdo de la Comisión Insular de Gobierno a la entidad mercantil P., T.C., S.A., la cual se ha opuesto a la resolución contractual en trámite de audiencia.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se deriva del art. 11.D.c y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias en relación con los arts. 59.3,a) y 96.1, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y con el art. 26, de carácter básico, del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

II

La Comisión de Gobierno, en sesión celebrada el 19 de Junio de 2000, acordó autorizar la ampliación del plazo para la terminación del Proyecto de Repavimentación en el núcleo de Vilaflor, hasta el 17 de julio de 2000.

Llegada esa fecha las obras no estaban concluidas. Ante ese incumplimiento la Administración insular permaneció en actitud pasiva porque no procedió a la imposición de penalidades ni instó la resolución del contrato, tolerando que el contratista continuara con las obras.

Se debe recordar que los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 96.1 LCAP), constituyendo el plazo un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la Administración (Art. 96.2 LCAP), y que su incumplimiento o el riesgo de incumplimiento faculta a la Administración, bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (Art. 96.3 a 6 LCAP).

Puesto que los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado, de ello se deriva que sus prórrogas nunca pueden ser *sine die*, debiéndose fijar necesariamente un término. Este término corresponde fijarlo a la Administración por resolución definitiva en vía administrativa e inmediatamente ejecutiva (Art. 60.1 LCAP, Art. 137 y 140 RCE).

La solicitud de prórroga exige cumplir con las condiciones que establece el Art. 140 RCE: esto es: que se hubiera formulado en el plazo máximo de un mes desde el día en que se produzca la causa del retraso y antes de la terminación del plazo del contrato.

El Art. 140 RCE establece que si el contratista no solicita la prórroga dentro de esos límites temporales se entiende que renuncia a su derecho y la Administración queda facultada para conceder, dentro del último mes de vigencia del contrato, la prórroga que juzgue conveniente.

Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que "tanto cuando las obras contratadas no pueden comenzar por la incidencia de circunstancias ajenas a la voluntad del contratista, como cuando comenzada la ejecución de las obras, sobrevienen causas por las que las mismas no pueden ser acabadas dentro del plazo previsto, habrá de estimarse que la no terminación de las mismas no es imputable al contratista, sin que pueda darse a la petición y obtención expresa de prórroga la trascendencia de requisito formal inexcusable, ya que al no instar la Administración oportunamente la resolución habrá de entenderse que presuntivamente optó por

aceptar que la terminación de los trabajos se produjera fuera del tiempo previsto, dando así lugar al otorgamiento de una prórroga tácita" (STS, Sala IIIª, de 20 de junio de 1994, Ar. 4993 y concordantes SSTs de 4 de mayo de 1963, Ar. 3163; de 23 de junio de 1978, Ar. 3094; de 31 de marzo y de 21 de junio de 1980, Ar. 2255 y 3328; de 13 de junio y de 3 de diciembre de 1984, Ar. 33607 y 6455; de 2 de octubre de 1987, Ar. 8290; de 29 de marzo de 1988, Ar. 2492; de 1 de marzo de 1991, Ar. 2502; y de 13 de febrero de 1992, Ar. 942).

No obstante lo anterior, el 11 de septiembre de 2000, la Comisión Insular de Gobierno acordó entender prorrogado tácitamente el plazo de terminación del contrato desde el 17 de julio de 2000 hasta la misma fecha citada a comienzos de este párrafo, y autorizar expresamente la ampliación del plazo de ejecución de las obras hasta el día 22 de septiembre de 2000. Asimismo acordó adoptar una modificación contractual, incluidos los precios contradictorios correspondientes, con un incremento presupuestario del 9,75 del precio.

Llegada esa fecha las obras no había sido concluida al presentar múltiples defectos de ejecución, relativos a que se rechaza la mezcla bituminosa, el mal acabado superficial, densidades inadmisibles, riesgos de adherencia y espesores de mezcla insuficiente (análisis efectuados por un laboratorio acreditado, tercero independiente, registrado por la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas), que no hacían posible su recepción, sin que por la contrata se hubiesen subsanados, terminando por el abandono de la obra, según consta en el expediente, mientras que la contrata manifiesta que los desacuerdos se remontan al mes de agosto de 2000 por discrepancias en los criterios de medición en obra de las unidades ejecutadas y la liquidación de la misma.

Ahora bien, ante tal realidad descrita por el Cabildo, el Acta de Recepción de la obra debió ser realizada, aunque fuese de carácter negativo, toda vez que el artículo 147.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así lo exige, tal y como puso de manifiesto el Secretario General del Cabildo en la página 1251 del expediente remitido a este Consejo Consultivo.

No se descarta ni resulta irrazonable, a la vista del estado de ejecución de las obras, en septiembre de 2002, considerar que la Administración contratante pudo haber procedido a la recepción formal y en dicho contexto proceder a la resolución.

Cuando las obras en curso de ejecución están ultimadas, tal actuación administrativa es la que procede: la recepción deviene entonces un trámite necesario, y no sólo una mera formalidad, con una funcionalidad propia que es la que específicamente tiene asignada, y es la que contribuya a evitar la aparición de problemas en punto a la determinación del estado real de las obras. Sin embargo, la premisa sobre la que descansa este planteamiento, la efectiva terminación de las obras, es la realmente controvertida, y, por lo demás, de la realización o no de dicha actuación no siguen consecuencias en punto al ejercicio de la resolución, que también puede efectuar en el curso de la recepción de la obra, en presencia de la causa específica de resolución que la Administración invoca a tal efecto: la demora en el plazo de cumplimiento del contrato.

La Comisión Insular de Gobierno, en sesión de 18 de febrero de 2002, acordó:

- a) Iniciar el expediente de resolución del contrato de obra "Repavimentación en el núcleo de Vilaflor".
- b) Conceder audiencia a P., T.C., S. A, durante un plazo de 10 días naturales, contados a partir del día siguiente a la notificación de tal acuerdo.
- c) Retener, como medida provisional, la garantía definitiva depositada y dar audiencia a los avalistas, por un plazo de diez días naturales.

En cumplimiento del artículo 84 de la LRJPAC, se efectuó nuevo trámite de audiencia a las partes interesadas, resultando las siguientes conclusiones del conjunto del expediente:

- a) Que las obras se iniciaron el 19 de octubre de 1999, fecha de la formalización del Acta de Comprobación del Replanteo y que, tras las dos prórrogas dadas al plazo de ejecución, debían estar finalizadas el 22 de septiembre de 2000.
- b) Que el día 22 de septiembre de 2000 no fue recibida la obra, pues finalizado el plazo estas presentaban defectos de ejecución que hacía inviable su recepción.
- c) Que a pesar de que a la contrata se le habían dado instrucciones precisas para subsanarlas, esta no había procedido a realizar las mismas, incurriendo en incumplimiento del plazo total acordado, suponiendo el mismo incumplimiento

del contrato, tal y como previene el artículo 147 LCAP, artículo 170 "in fine" del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

d) Acerca de este retraso sobre el plazo de ejecución fijado tras las dos prórrogas, el contratista no ha alegado ni probado ninguna causa de justificación, pues las discrepancias económicas no pueden justificar la paralización de hecho de la obra-reconocido en su escrito de abril de 2001-, tal y como establece el artículo 131 y el 136 del RGGCE. Conforme al art. 140 RCE, ante el surgimiento de esas pretendidas causas de retraso sobre el contratista pesaba la obligación de solicitar formalmente prórroga dentro del mes siguiente a su aparición y antes de la terminación del plazo final; por lo que no puede venir ahora, una vez sobrepasado con creces éste, a alegar infundadamente causas distintas de aquella en que fundamentó su solicitud de prórroga, que también ha incumplido.

e) En sus alegaciones el propio contratista reconoce que estaba pendiente la entrega y liquidación de la obra, pues faltaban diversos trabajos de reparación que aún no se habían efectuado, y de eso es perfectamente consciente, pues lo reconoce palmariamente en su propio escrito, asumiendo de esa manera que la obra no estaba, a fecha de 22 de septiembre de 2000, ejecutada conforme al Proyecto que le sirve de base y en torno al cual se suscribió el contrato cuya fecha de ejecución ahora se incumple, a pesar de que ha tenido tiempo suficiente para llevar a cabo los trabajos requeridos para ello, y, en consecuencia, estar en condiciones de entregar la obra en condiciones de ser recibida, pues la misma se ha efectuado de acuerdo al Proyecto, aconteciendo, por lo tanto, que el contratista ha incumplido el contrato por no entregar la obra dentro del plazo total fijado y con las condiciones técnicas que se habían estipulado.

f) No se ha tramitado procedimiento incidental alguno respecto a la declaración de abandono de la obra, ni se ha adoptado resolución al respecto con la audiencia de la contrata.

El transcurso del plazo final pactado sin haber concluido las obras ha supuesto una inejecución, en unos casos, y una ejecución defectuosa de la misma, en otros, y el no respeto de las instrucciones dadas para subsanar los defectos, existiendo un desajuste temporal con las exigencias previamente pactadas, suponiendo todo ello el incumplimiento del contrato.

El simple vencimiento del plazo sin que la prestación del contratista esté absoluta y perfectamente realizada no implica *ipso iure*, ante la ausencia de causa justificadora, la calificación de incumplimiento culpable, sin necesidad de interpelación. En consecuencia, la Administración no está facultada para resolver el contrato, incautarse la garantía y exigirle los daños y perjuicios causados en lo que excedan del importe de la garantía incautada (arts.- 96, 112,e) y 114.4 LCAP).

Por imperativo de los arts. 20,c) y 21 LCAP en relación con los arts. 12.2 y 13 RDP, el acto que disponga la resolución contractual debe acordar también la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar, procedimiento cuya resolución corresponderá a la propia Administración contratante y que deberá ser comunicado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, pero en el presente supuesto no parece que se hayan cumplido las exigencias de garantías formales que había previsto el Legislador, en lo referente a la necesidad de la formalización del Acta de Recepción prevista en el artículo 147.2 de la ya referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por todo lo razonado, en cuanto a la incautación de la fianza, dicha incautación procederá si el incumplimiento en el plazo de ejercicio del contrato es imputable o no al contratista, extremo que deberá ser acreditado fehacientemente. Sólo si así es procederá efectivamente la indicada incautación que, además, habría de modularse en función del efectivo cumplimiento por el contratista de las prestaciones a que está obligado; como es evidente, si el grado alcanzado de cumplimiento es significativo deberá ser ello necesariamente ser tenido en cuenta, a los efectos de verificar si procede la incautación o la devolución total o parcial de fianza se adecua a Derecho la propuesta de resolución en los extremos que acuerda la resolución contractual, la incautación de la garantía y la exigencia de daños y perjuicios al contratista en lo que exceda del importe de la garantía.

En definitiva, pues, hay incumplimiento de plazo e inexecución, de una parte de la obra comprometida, o ejecución defectuosa de las instrucciones impartidas; y está acreditado el abandono de la obra.

CONCLUSIÓN

La propuesta de resolución, no obstante las irregularidades e insuficiencias observadas, dado que no ha generado indefensión, en el sentido material del término, es conforme a Derecho.