



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 29 de marzo de 2001, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Totana acordó adjudicar el contrato para la ejecución de las obras de ordenación y rehabilitación de aparcamientos en el Santuario de La Santa a E., S.A. por un importe de 26.399.253 ptas. (158.662,70 euros) y un plazo de ejecución de 4 meses.

Del contenido del contrato interesa destacar que corresponde al contratista la ejecución de la obra y su conservación durante el plazo de garantía, que se establece en un año a contar desde el día siguiente a la recepción de las obras que, a su vez, habrá de efectuarse en el plazo de 10 días desde el anuncio del contratista de finalización de las obras. Si durante el plazo de garantía el contratista descuidase la conservación o diere lugar a que peligre la obra, se ejecutarán por el Ayuntamiento y a costa de aquél los trabajos necesarios para evitar el daño.

Asimismo, el Pliego de Cláusulas jurídicas, económico-administrativas y técnicas unido al contrato precisa que la recepción de la obra se realizará como máximo en los 30 días siguientes a su terminación.

SEGUNDO.- Tras el acta de comprobación de replanteo, en la que no consta observación alguna del contratista, se ejecutan las obras durante el verano de 2001 y se aprueban sucesivas certificaciones de obras, las últimas de las cuales, incluida la número 4, denominada "liquidación", lo son el 12 de septiembre de ese mismo año.

No consta en el expediente acta de recepción de las obras.

TERCERO.- Entre el 15 de abril y el 25 de junio de 2002, la Dirección Facultativa dirige hasta tres escritos a la contratista poniendo en su conocimiento la aparición de diversos defectos en las obras "*desde su finalización y puesta en servicio*", requiriéndole su reparación. Entre los desperfectos advertidos destacan:

- Los hundimientos de encintados de adoquín y de la calzada en diversas zonas, poniendo de manifiesto que su causa puede estar en la falta de base, indicando la necesidad de corregir dicha carencia. Asimismo se observan hundimientos y rizos generalizados en los firmes de diferentes calles acabados con tratamientos superficiales.
- En los pavimentos de hormigón de las plazas de aparcamiento, "*además de los dos que se han rehundido a raíz de las filtraciones provocadas por la avería de la red de agua*", existen paños fisurados.
- Desconchado de la pintura de las columnas de iluminación.
- Pérdida de agua en la conexión de la red con el montante de llenado de los depósitos.
- Papeleras sueltas, como consecuencia de una incorrecta sujeción.

El contratista contesta en sendos escritos de 17 de junio y 3 de julio de 2002 que las obras finalizaron en julio-agosto, quedando en perfectas condiciones y certificadas por la Dirección Facultativa. Los defectos advertidos se producen a los cuatro meses de la terminación de las obras, lo que lleva a efectuar diversas catas y procediendo entre los días 22 y 20 de abril de 2002 a realizar las reparaciones indicadas por la Dirección Facultativa, afirmando la constructora que "*las filtraciones por pérdidas en la tubería de llenado del depósito, cuyo*

trazado discurre todo a lo largo de la obra, es lo que ha producido el hundimiento del firme, pavimentos de hormigón de las plazas y encintado de adoquín, así como los rizos generalizados de calzadas". Asimismo, manifiesta que "no es de nuestra responsabilidad el poner medios para detectar y reparar infraestructuras que no figuran en el proyecto de ejecución y que tampoco aparecieron durante su realización, siendo a posterior cuando se detectaron", proponiendo la realización de un estudio del subsuelo.

Respecto a los problemas aparecidos en papeleras y farolas, considera que se deben a actos vandálicos.

La Dirección Facultativa, en escrito de 25 de junio de 2002, contesta a la contratista en los siguientes términos:

"1.-Inmediatamente, al día siguiente, en que se revisaron las reparaciones realizadas por "E. S." de los defectos observados, telefónicamente le comuniqué que el aspecto que presentaba lo reparado no se ajustaba al acabado a que se han de ajustar las obras, y que por tanto las revisase y ejecutara la reparación en condiciones.

2.- El pretender achacar todos los defectos observados a la filtración de agua al subsuelo, es del todo punto incorrecto, o al menos se ha de considerar como que se intenta eludir las responsabilidades que le corresponden, como hasta ahora se viene haciendo (...)

Por otra parte parece, que el agravamiento de alguno de los hundimientos de los firmes puede ser consecuencia de la filtración de aguas al subsuelo, pero ni mucho menos todos y que es claro que no es esa la única causa; es más, podría darse el caso que incluso esa filtración, a la que Vd. no ha puesto los medios adecuados para detectar y reparar, como le corresponde, sea consecuencia de la propia ejecución de las obras.

Es de destacar, que como Vd. reconoce por la Dirección Facultativa se realizaron las gestiones ante el Ayuntamiento de Totana para que con los medios de que disponían se intentase detectar la fuga, para acotarla y repararla, pero por los motivos que sean, aunque lo intentaron no se consiguió, cuestión entendemos, que no le examine (sic) a "E. S." de haber puesto otro tipo de medios para la detección y reparación a los efectos de que no se arruinara la obra que como contratista está obligado a conservar, al encontrarse aún en periodo de garantía.

3.- Su escrito del pasado día 17, no hace más que confirmar sus evasivas pasadas para poner los medios precisos para reparar los defectos que se observaron en las obras y que en innumerables ocasiones se le han puesto de manifiesto en conversaciones mantenidas.

Por tanto, como jefe de las obras, debe Vd. inspeccionarlas y proceder a dar las órdenes precisas para reparar todos los defectos observados en nuestro anterior escrito de 12 de Junio pasado, a fin de que antes de la redacción del informe sobre el estado de las obras, previo al cumplimiento de su plazo de garantía, los defectos de ejecución observados se encuentren debidamente reparados".

CUARTO.- Con fecha 27 de junio de 2002, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Totana aprueba un acuerdo por el que, a la vista del deficiente estado de las obras y dado que éstas se encuentran en período de garantía, requiere a la contratista para que en 10 días inicie los trabajos de reparación, con la advertencia de que, transcurrido ese plazo, se procederá a la ejecución subsidiaria de las obras con cargo al contratista.

La contratista muestra su oposición a dicho requerimiento mediante escrito de 15 de julio al que adjunta los escritos remitidos a la Dirección Facultativa y solicita quedar exenta de responsabilidad.

QUINTO.- Ante la negativa del contratista a efectuar las reparaciones, y con el fin de determinar con certeza las causas que están provocando las deformaciones, se encarga un estudio de patología a la mercantil C., S.L. cuyo apartado de conclusiones es del siguiente tenor:

"Previo a la realización del análisis de la información obtenida indicaremos que según la información facilitada por la Dirección Facultativa, el firme según proyecto debía estar compuesto por una sub-base de zahorra natural de 25 cm., y una base de zahorra artificial de 20 cm., aunque una vez conocidas las características del terreno natural con el que se formaba la explanada, se aprobó que se dispusiera sobre él una única capa de zahorra artificial de 25 cm.

La información obtenida en los diferentes trabajos y ensayos, nos permite establecer las siguientes conclusiones:

- 1^a . - El espesor dispuesto como capa de base se considera insuficiente en la totalidad de la actuación, no alcanzándose en ningún punto el mínimo aprobado por la Dirección de obra y siendo en más de la mitad de las catas extraordinariamente reducido (menos de 10 cm.), estando el resto de los casos en poco mas del 60% de los 25 cm. aprobados.
- 2^a. - La compactación del terreno natural (fondo de excavación) es en la mitad de los casos baja o muy baja, existiendo bastantes valores que superan escasamente el 90% de la densidad proctor modificado, con un punto de tan solo 86%, cuando no debía bajarse en ningún caso del 95%, debiendo haberse llegado preferiblemente al 97%.

3^a . - La compactación de la base de zahorra artificial, es en la mayor parte de los casos baja, con algunos puntos muy bajos (94% y menos), cuando lo deseable, y así se exigía en proyecto es que se hubiera alcanzado el 100%, valor que solo se alcanza en uno de los 11 puntos.

4^a . - El material utilizado como base de zahorra artificial es de buena calidad, según se desprende de los resultados obtenidos en los ensayos.

Como conclusión final al origen de las patologías existente en el firme, en nuestra opinión, no cabe ninguna duda, de que, conocido que el tráfico existente en la zona es muy limitado, y que las deformaciones del firme están muy generalizadas, las causas de la misma son las siguientes:

- Deficiente preparación de la explanación, por compactación insuficiente del material, el cual bien compactado hubiera tenido una capacidad de soporte muy superior y suficiente para con la base de 25 cm. haber soportado la acción de un tráfico como el existente.
- Insuficiente espesor del material de base, el cual en algunos puntos se puede decir que su presencia es testimonial (3 cm. en el punto 1). Además de ello muy irregular en cuanto a distribución, por deficiente rasanteo de la explanada, variando los espesores de la base entre 3 cm. y 21cm. como valores extremos, si bien ninguno más llega a los 20 cm., existiendo seis puntos, sobre once, de 9 cm. o menos.

Para finalizar indicar que la única solución viable que encontramos al caso en cuestión, pasa por una retirada del firme actual, aproximándose lo más posible al encintado de bordillo, cajeando en una profundidad de 28 cm. aproximadamente, compactación del fondo de caja hasta que se consiga un 97% de la densidad proctor modificada, disposición de la capa de base de zahorra artificial huso ZA-40 preferiblemente, compactada al 100% del proctor modificado y realización de tratamientos bituminosos".

SEXTO.- A la vista del antedicho estudio de patología, la Dirección Facultativa elabora, el 14 de octubre de 2002, informe y valoración de daños y reparaciones a realizar. En él, tras describir los trabajos de reparación que considera necesarios y que, en síntesis, consisten en la demolición de lo obrado y nueva construcción, efectúa un "Presupuesto de Ejecución por contrata" que asciende a 30.920,44 euros.

SÉPTIMO.- El 28 de noviembre siguiente, la Comisión de Gobierno acuerda poner a disposición de E., S.A. tanto el estudio de patología como el informe valorado de la Dirección Facultativa, concediéndole un plazo de 10 días para su consulta y presentación de alegaciones. En la notificación de este Acuerdo, efectuada el 4 de diciembre, se otorga audiencia por un

plazo de 15 días, al amparo del artículo 16 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

OCTAVO.- La empresa contratista muestra su disconformidad con los informes de patología valorado de la Dirección Facultativa, ratificándose en sus escritos anteriores e interesando contestación expresa a cada uno de los puntos en ellos contenidos. Reitera asimismo la existencia de fugas de agua.

En relación con dichas alegaciones, la Dirección Facultativa emite informe de fecha 28 de enero de 2003, para afirmar que en sus anteriores escritos se encuentran contestadas todas las cuestiones planteadas por la contratista, insistiendo ahora en que los defectos más significativos, los de los firmes de calzada, no se deben a las filtraciones sino a la mala ejecución de la obra, al no respetar ni el espesor del paquete de firme ordenado ni haber compactado adecuadamente la explanada y la capa granular (zahorra), extremos éstos que se contienen no sólo en el estudio de patología de C., S.L., sino que ya se pusieron de manifiesto en el primer escrito dirigido a la contratista el 15 de abril de 2002.

Con base en el referido informe, por Acuerdo de 13 de febrero de 2003 -notificado el 25 de febrero-, la Comisión de Gobierno desestima el escrito de alegaciones y requiere a la contratista para que, en 10 días, repare los desperfectos, con advertencia expresa de que, en caso contrario, las obras se ejecutarán por el Ayuntamiento con cargo a la garantía depositada y, si no fuese suficiente, a su patrimonio.

Contra dicho Acuerdo, el contratista interpone recurso de reposición, fundamentado en que el Ayuntamiento no contesta a las cuestiones relativas a las filtraciones de agua, pues silencia cuál es su origen y qué se ha hecho para acabar con ellas, manifestando la empresa que se trata de un problema ajeno a la obra.

NOVENO.- Tras informe jurídico del Secretario de la Corporación, que concluye señalando la procedencia de resolver y liquidar el contrato por incumplimiento, con incautación de la fianza e indemnización de daños y perjuicios, el 18 de marzo de 2003, el Concejal de Urbanismo formula propuesta de resolución en tal sentido, fijando la indemnización en 30.920,44 euros. De dicha propuesta se da audiencia al contratista y a su avalista, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RCAP).

El contratista presenta alegaciones oponiéndose a la resolución e insistiendo en la ausencia de contestación a todas las cuestiones planteadas, lo que determinaría su indefensión.

DÉCIMO.- El 10 de abril, la Comisión de Gobierno declara la resolución y liquidación del contrato por incumplimiento, con incautación de la fianza e indemnización de daños y perjuicios por valor de 30.920,44 euros.

Frente a dicho acuerdo interpone el contratista recurso de reposición en el que, tras calificar el expediente de confuso y lleno de trámites equivocados, reproduce su anterior recurso de reposición.

UNDÉCIMO.- El 27 de enero de 2004, con fundamento en informe del Secretario de la Corporación, la Junta de Gobierno Local revoca el apartado primero del acuerdo de la Comisión de Gobierno de 10 de abril de 2003, por el que se declaraba resuelto el contrato, ordenando la remisión del expediente al Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

No obstante, confirma la validez de la liquidación efectuada a la vista del informe-valoración de la Dirección Facultativa de las obras por importe de 30.920,44 euros y la ejecución subsidiaria de las obras a cargo del contratista.

Asimismo, acuerda "como medida cautelar...suspender la ejecución de los acuerdos sobre devolución de fianzas a E. S.A., que en su caso hubieran sido adoptados".

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo al tratar sobre un expediente de resolución de un contrato administrativo en el que se ha formulado oposición de la contratista a la causa alegada por el Ayuntamiento, esto es, por incumplimiento de aquélla. Así lo prescribe el artículo 59.3, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en relación con el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Desde el 15 de abril de 2002 existen actuaciones tendentes a requerir a la contratista la subsanación de las deficiencias observadas en lo construido, aunque no será hasta el 27 de junio siguiente cuando la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Totana apruebe un Acuerdo intimando la reparación de los desperfectos, concediendo un plazo para ello y con advertencia expresa de que transcurrido éste procederá a la ejecución subsidiaria de las obras a cargo del contratista.

Sin embargo, hasta el 18 de marzo de 2003, fecha en que el Concejal de Urbanismo formula propuesta de acuerdo sobre resolución del contrato, no consta en el expediente manifestación alguna de la pretensión municipal resolutoria, sino que todas las actuaciones se dirigen a determinar el incumplimiento del contratista, en orden a exigirle la reparación de los defectos constructivos, primero, y el importe de las obras que se habrán de ejecutar a su costa, después, pero sin aludir a una eventual resolución del contrato, que aparece así en el expediente de manera sorpresiva. Ello, no obstante, en nada ha de afectar a la validez de lo actuado, pues los sucesivos requerimientos efectuados al contratista a lo largo del expediente le permitieron conocer las pretensiones reparadoras de la Administración municipal, habiendo gozado de diversos plazos para actuar conforme a lo solicitado por aquélla (Acuerdos de Comisión de Gobierno de fechas 27 de junio de 2002 y 13 de febrero de 2003), sin haberlo hecho.

Además, previamente a la resolución del contrato, aprobada por Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 10 de abril de 2003, se da audiencia al contratista y a su avalista, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 109 RCAP. Si bien dicho Reglamento no era aplicable al expediente de referencia en virtud de su Disposición Transitoria ònica, pues la convocatoria de licitación del contrato se publicó el 19 de febrero de 2001, con más de un año de antelación a la entrada en vigor del nuevo Reglamento, lo cierto es que la normativa anterior y a la sazón vigente -constituida por el 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-, exigía la audiencia del contratista por plazo de 10 días naturales, informe del servicio jurídico y Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, cuando se formulara oposición por parte del contratista (art. 26).

Si bien este último trámite no se cumplió con ocasión del Acuerdo de 10 de abril de 2003 por el que se resuelve y liquida el contrato, tras la advertencia en tal sentido efectuada por el Secretario de la Corporación (folio 98 del expediente), la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Totana procede, el 27 de enero de 2004, a revocar el primer apartado de aquel acuerdo, confirmando la validez de la valoración aprobada sobre los desperfectos aparecidos en las obras. Al respecto debe advertirse que la nulidad de actuaciones que la omisión del Dictamen del Consejo Jurídico provoca respecto de la resolución del contrato, debió extenderse también a la determinación de los efectos de ésta y, en consecuencia, a la fijación de la cuantía de la indemnización a abonar por el contratista, en tanto que

manifestación, asimismo, de la prerrogativa municipal de interpretación de los contratos, frente a la que también el contratista mostró su oposición (folio 88 del expediente). De conformidad con el artículo 59.3, a) TRLCAP, en relación con el apartado 1 del mismo artículo, el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia resultaba preceptivo también respecto de tales extremos, debiendo quedar anulado también el apartado del acuerdo municipal relativo a la indemnización.

Resulta llamativa, por otra parte, la medida cautelar contenida en el Acuerdo revocatorio, cuando suspende los acuerdos sobre devolución de fianzas a E. S.A. "que en su caso hubieran sido adoptados". Sorprende que el Ayuntamiento desconozca, casi nueve meses después de resolver el contrato, si se habían adoptado tales acuerdos de devolución, circunstancia ésta ciertamente improbable, dada la valoración de daños contenida en el Acuerdo de resolución y liquidación del contrato que arrojaba un saldo negativo para el contratista muy superior al importe de la garantía constituida.

En cualquier caso, la revocación del Acuerdo resolutorio de fecha 10 de abril de 2003 determina la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquel en que debió solicitarse el Dictamen del Consejo Jurídico. Ello permite considerar como propuesta de resolución sobre la que habrá de versar este Dictamen la formulada el 18 de marzo de 2003 por el Concejal de Urbanismo, ante la ausencia de nueva propuesta de resolución y en aplicación de la conservación de actos y trámites contemplada en el artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Procede, no obstante, recordar a la Corporación consultante la necesidad de acompañar el expediente de un extracto de secretaría, de conformidad con el artículo 46.2, letra b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

TERCERA.- Sobre las cuestiones de fondo objeto de análisis: planteamiento.

En síntesis, la propuesta de resolución objeto de Dictamen sostiene que el contratista ha incumplido sus obligaciones al proceder a una mala ejecución de las obras, siendo responsable de los defectos advertidos en la construcción. Estos defectos han sido objeto de un estudio de patología por una empresa de control de obras (C.) y de informe valorado por la Dirección Facultativa, que estima en 30.920,44 euros el coste de reparación de aquéllos. Tras conceder al contratista un plazo para su subsanación, no ha reparado las deficiencias, por lo que se propone resolver y liquidar el contrato, con incautación de la fianza e indemnización de los daños y perjuicios sufridos, cuyo importe coincide con la valoración efectuada por el Director de las obras.

La empresa contratista, por su parte, se opone tanto a la resolución como a la valoración de los daños, limitándose a alegar que, siguiendo las instrucciones y directrices de la Dirección Facultativa designada por la Corporación, efectuó las reparaciones que se le indicaron y que la causa de la ruina de las obras es la existencia de una fuga de agua. Asimismo y en relación con tal circunstancia, afirma en sus sucesivos escritos de impugnación de los Acuerdos municipales, que el Ayuntamiento no ha contestado todos los extremos contenidos en aquéllos, pues no ha indicado cuál es el origen de la fuga ni ha tomado en consideración que el problema estaba motivado por la localización de las infraestructuras de impulsión de la red de agua potable, siendo conveniente cambiar su trazado. El silencio del Ayuntamiento sobre dicha cuestión le genera indefensión.

Asimismo, en el recurso de reposición interpuesto por el contratista frente al Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 10 de abril de 2003, por el que procedía a resolver y liquidar el contrato, el representante de aquél manifiesta que "*difícilmente se puede resolver un contrato*

ya ejecutado y concluido". Si bien esta afirmación aparece huérfana de un razonamiento o justificación que la ampare, procede analizar cuál es el estado del contrato a la fecha en que se produce su fallida resolución.

CUARTA.- Estado del contrato y posibilidad de resolver.

El modo normal y deseable de terminación de los contratos administrativos es el cumplimiento de lo pactado. El Consejo de Estado tiene declarado que "*el contrato de obras está concluso y terminado en el momento en que termina la realización de las obras y, por parte de la Administración, en el momento que las recibe y asume la contraprestación de satisfacer el precio definitivo que le corresponde. Estos dos momentos coinciden en la llamada recepción y liquidación provisionales. Cualquier reclamación formulada después debe considerarse extemporánea, por haberse concluido la relación contractual*" (Dictamen 51.612, de 25 de febrero de 1988); que la recepción "*pone fin a la relación sinalagmática establecida, en cuanto a prestaciones contractuales*" (Dictamen 51.614, de 25 de febrero de 1988).y que "*la resolución sólo es procedente antes de que se haya producido la extinción por otras causas*" (Dictamen 2.205, de 20 de julio de 2000). En el mismo sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de septiembre de 1999, cuando afirma que recibidas provisionalmente las obras, si con posterioridad aparecen defectos en lo construido, la resolución del contrato resulta improcedente pues las obras habían sido terminadas y el contrato ejecutado, aun cuando lo fuera defectuosamente.

Por tanto, tras la recepción de las obras e independientemente de las responsabilidades exigibles al contratista por los desperfectos que puedan advertirse en aquéllas durante el período de garantía, no procede ya la resolución contractual, dotando así de especial relevancia a la afirmación del contratista acerca de encontrarnos ante un contrato ejecutado y concluido, pues si éste se hubiera extinguido por cumplimiento no cabría su resolución. Sin embargo, la determinación de si el contrato ha sido cumplido reviste cierta dificultad ante la omisión en la tramitación del procedimiento de diversas actuaciones, la principal de las cuales es la recepción formal de las obras.

A este respecto, el artículo 110 TRLCAP establece que el contrato administrativo se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto. En todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración "*un acto formal y positivo*" de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato, o del plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el contrato se fijará un plazo de garantía a contar desde la fecha de la recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración quedará extinguida la responsabilidad del contratista.

La ausencia en el expediente del acto expreso de recepción de las obras obliga a considerar si se produjo una recepción tácita de las mismas desde el momento en que el Ayuntamiento: a) abrió al uso público el aparcamiento objeto del contrato; b) aprobó las correspondientes certificaciones de obra, la última de las cuales denomina "liquidación"; y c) considera que la obra se encuentra en período de garantía.

El Consejo Jurídico tuvo ocasión de analizar la forma tácita de la recepción de obras en el Dictamen 103/2003, emitido a raíz de consulta formulada por el mismo Ayuntamiento de Totana. En aquel Dictamen ya afirmábamos que "*la jurisprudencia ha venido sosteniendo que la recepción de las obras ha de considerarse producida de modo tácito cuando la Administración realiza actos concluyentes que denoten su conformidad con las mismas. Sin embargo, para evitar o, al menos, moderar los indeseables efectos que una anuencia tácita o implícita de la Administración pudiera ocasionar a los intereses públicos, el artículo 147.6*

TRLCAP, aun recogiendo la posibilidad de que los efectos de la recepción se produzcan sin el acto formal de recepción, remite tan importante consecuencia a que la "ocupación efectiva de las obras" o "su puesta en servicio para el uso público" se realice "en los términos que reglamentariamente se establezcan", esto es, remite a un reglamento de desarrollo de la Ley, que en este punto es complemento y condición indispensable para la plena efectividad de la previsión legal.

El problema que se plantea en nuestro caso es que en la fecha en que puede entenderse acreditada la puesta en servicio de la obra (el 1 de noviembre de 2001, por las razones indicadas), no había entrado en vigor tal regulación de desarrollo, constituida por el artículo 168 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece la necesidad de levantar un acta de "comprobación" de la obra previamente al dictado del acuerdo sobre la ocupación o puesta en servicio de las mismas.

Ello da pie a diversas posiciones acerca del régimen jurídico aplicable en este "ínterin". En principio, debe entenderse que la falta del necesario complemento reglamentario del artículo 147.6 TRLCAP hace que éste sea temporalmente inefectivo, tal y como ha señalado la jurisprudencia en casos análogos. Ello supone que habría de estarse a la regla general del artículo 110.1, esto es, a exigir "en todo caso" (como dice éste) un acto formal y positivo de recepción o comprobación. Ahora bien, el nacimiento de los derechos económicos y la liberación de determinadas responsabilidades que para el contratista genera el acto de la recepción o comprobación no puede hacerse depender en todo caso de que la Administración dicte un acto expreso, pues ello podría dilatarse en el tiempo más allá de lo razonable en perjuicio de los legítimos intereses del primero. Ello impone acudir a una interpretación de la noción de acto "formal y positivo" exigido por el citado artículo que salvaguarde los dos fines que están en juego: por un lado, evitar el perjuicio del contratista ante la inactividad administrativa; por otro, evitar (como sin duda pretende el precepto) que la mera actuación material administrativa de ocupación o puesta en servicio de la obra acarree los efectos de la recepción. A tal efecto, entendemos que la única solución conciliadora de ambos fines, y respetuosa con el tenor del artículo 110.1, es que el contratista provoque la producción de un acto administrativo mediante la presentación de una solicitud de recepción de las obras una vez las considere terminadas, solicitud que, de no ser resuelta en el plazo establecido en dicho artículo (un mes o el plazo que se establezca en el pliego de cláusulas particulares), provocará la producción, por silencio, de un auténtico y formal acto administrativo positivo, por aplicación de lo establecido en los artículos 43.2 y 3 LPAC. "

Como ocurriera en el contrato contemplado en dicho Dictamen, a la fecha de publicación de la licitación del contrato objeto del presente, tampoco se encontraba vigente el nuevo RCAP, no siendo por tanto de aplicación el mismo, ni pudiendo acudir a lo previsto en su artículo 168 para entender producidos los efectos de la recepción por la puesta en uso de lo obrado. Ahora bien, la jurisprudencia había venido aceptando la posibilidad de entender efectuada la recepción de manera tácita aun antes de su regulación reglamentaria, lo que nos obliga a analizar detenidamente la actuación de ambas partes del contrato en orden a determinar si hubo tal recepción tácita o no.

En primer lugar, la contratista incumple el deber de comunicar por escrito al Ayuntamiento la terminación de las obras, conforme se recoge en la cláusula octava del contrato suscrito, que prevé la recepción de aquellas "*dentro de los diez días siguientes al de la notificación escrita del contratista de que están finalizadas*". Dicha notificación no consta en el expediente, ni existe intimación alguna del contratista a la Administración para que proceda a la recepción de las obras.

Dicha recepción, por otra parte, de conformidad con el artículo 147.2 TRLCAP y la cláusula quinta del Pliego de Cláusulas jurídicas, económico-administrativas y técnicas (folios 7 a 15 del expediente), sólo podrá tener lugar cuando las obras hayan sido completamente ejecutadas conforme a las prescripciones previstas y se encuentren en buen estado, siendo la recepción un acto formal de expresión de la conformidad de la Administración con lo ejecutado, lo que no ocurre en el supuesto objeto de consulta, pues desde fechas muy próximas a la puesta en servicio del aparcamiento (momento que no puede determinarse con precisión ante la ausencia de acto expreso alguno en tal sentido) comenzaron a detectarse defectos en la construcción que fueron puestos en conocimiento del contratista con requerimiento para su reparación. Según manifestación de la propia empresa, los desperfectos "se produjeron a los cuatro meses de la terminación de las obras" (folio 37).

Debe recordarse, asimismo, que la aprobación de las certificaciones de obra en ningún caso presume la aprobación o recepción de lo obrado, sino que son meros pagos a cuenta, sujetos a las variaciones o rectificaciones que se produzcan en la medición final de las obras (cláusula quinta del Pliego de Cláusulas jurídicas, económico-administrativas y técnicas), sin que asimismo conste que se haya emitido certificación final de las obras, la cual debería suceder en el tiempo a la recepción, de conformidad con el artículo 147.1, párrafo segundo TRLCAP, no pudiendo considerar como tal la "*certificación nº 4 (L/QUIDACIÓN)*", aprobada en el mismo acto que las consignadas con los números 2 y 3 (folio 17) y relativa a obras realizadas fuera de proyecto ejecutadas en el mismo mes que las obras objeto del contrato, pues no consta en el expediente la realización de la medición general y relación valorada que deberían preceder a la expedición de dicha certificación final.

Así pues, no habiéndose realizado la recepción de las obras no puede considerarse todavía extinguido el contrato por cumplimiento, siendo posible su resolución.

QUINTA.- Existencia de incumplimiento imputable al contratista. Procedencia de la resolución contractual.

Establece el artículo 143 TRLCAP que las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al proyecto que sirve de base al contrato y a las instrucciones que, en interpretación técnica de éste, diere al contratista el director facultativo de las obras, siendo el contratista responsable de los defectos que puedan advertirse en la construcción.

El carácter de obligación de resultado que reviste la obligación del contratista, como contrapuesta a una obligación medial o de actividad, determina que los riesgos de la ejecución de la obra recaigan sobre el contratista, que habrá de realizarla a su riesgo y ventura.

En su virtud, si el contratista no cumple con su obligación de ejecutar la obra ajustada al Proyecto, según la interpretación técnica que del mismo efectúa la Dirección Facultativa, opera la causa de resolución contractual prevista en el artículo 111, letra g) TRLCAP, por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales. No obstante, para su declaración es necesario que el Director de las obras señale al contratista las instrucciones precisas para la reparación de los defectos, con otorgamiento de un plazo para ello, de tal forma que si transcurrido el mismo el contratista no los hubiera subsanado, podrá concedérsele un nuevo plazo o declarar resuelto el contrato (art. 147.2 TRLCAP).

En orden a dilucidar la concurrencia o no de dicha causa resolutoria en el supuesto sometido a consulta, será preciso valorar tanto los sucesivos requerimientos efectuados por la Dirección Facultativa, primero, y por el órgano de contratación, después, en orden a la reparación de los desperfectos advertidos, como la prueba aportada por el Ayuntamiento, consistente en los informes de la propia dirección de las obras y el estudio de patología elaborado por la empresa C., S.L.. Destaca así que desde los primeros escritos remitidos a la contratista (folio 32) ya se

le ponen de manifiesto los defectos existentes, aludiendo como posible causa de los hundimientos, fisuras y rizos que presenta el firme, a la falta de base, señalándose la necesidad de efectuar diversas catas y corregir dichos problemas. La entidad de los mismos, por otra parte, queda de manifiesto en el estudio de patología, cuando señala como única solución viable la "*retirada del firme actual, aproximándose lo más posible al encintado de bordillo, cajeando en una profundidad de 28 cm. aproximadamente, compactación del fondo de caja hasta que se consiga un 97% de la densidad proctor modificada, disposición de la capa de base de zahorra artificial huso ZA-40 preferiblemente, compactada al 100% del proctor modificado y realización de tratamientos bituminosos*". Ello supone, en la práctica, la demolición de lo obrado y su reconstrucción.

Los informes aportados por la Administración, singularmente el estudio de patología de las obras, señalan como causa de los defectos la deficiente ejecución de las obras (falta de compactación de la explanación y del material de base), poniendo de manifiesto su falta de ajuste al proyecto, en especial en lo relativo al insuficiente espesor del material de base y a su irregular distribución, respecto del cual se llega a decir que en algunos puntos su presencia es meramente testimonial.

Frente a dichos informes, la contratista se limita a formular alegaciones carentes de apoyo probatorio alguno, afirmando que la causa de todos los problemas se encuentra en una fuga de agua, pero sin llegar a acreditar en forma alguna la incidencia que tal fuga hubo de tener en la ejecución de las obras y en la extensión y generalización de los defectos advertidos. Asimismo, debe rechazarse la alegación de indefensión por falta de motivación de los actos municipales, pues pudo alegar lo que a su derecho convino, tanto durante el procedimiento de resolución en las sucesivas ocasiones en que se le concedió audiencia, como posteriormente en la vía del recurso de reposición por ella planteado frente al Acuerdo de 10 de abril de 2003, por el que se aprobaba resolver y liquidar el contrato. Del mismo modo, no es cierto que no se contestaran las alegaciones relativas a la fuga de agua, pues la Dirección Facultativa en su escrito de 25 de junio de 2002 (folio 34), contesta al contratista al respecto, reiterándose dicha contestación en el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de fecha 13 de febrero de 2003 (folio 69).

Resulta significativo, en fin, que el contratista meramente se limite a formular su oposición a los informes de la Dirección Facultativa y al estudio de patología, sin aportar ni proponer prueba pericial contradictoria alguna (folio 65).

En consecuencia, procede considerar acreditado que las obras fueron ejecutadas defectuosamente, separándose de las prescripciones técnicas contenidas en el proyecto y de las indicaciones e instrucciones dadas por la Dirección Facultativa, por lo que cabe apreciar el incumplimiento culpable del contratista.

SEXTA.- Efectos de la resolución contractual: incautación de la fianza e indemnización de daños y perjuicios.

Dispone el artículo 113.4 TRLCAP que 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.

La entidad y relevancia de los defectos han quedado plenamente acreditadas, en tanto que exigen la demolición de lo obrado y su reconstrucción, pues si bien inicialmente no impidieron la puesta en uso del aparcamiento, lo cierto es que fue esta utilización la que puso de manifiesto los defectos, los cuales, además, en atención a su causa, progresivamente se irían haciendo más graves.

Según la valoración efectuada por la Dirección Facultativa, la reparación de los defectos importa 30.944,20 euros, de conformidad con el presupuesto de ejecución por contrata

efectuado por aquélla y obrante a los folios 22 a 24 del expediente. De dicha valoración se dio traslado a la contratista que se limitó a oponerse a ella pero sin efectuar alegación alguna ni presentar o proponer prueba de contrario (folio 65).

Por lo expuesto, procede declarar resuelto el contrato, con incautación de la fianza, cuyo importe habrá de deducirse de la indemnización correspondiente al coste de reparación de las obras.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Dictaminar favorablemente la propuesta por la que se resuelve el contrato de obras de "Ordenación y Rehabilitación de Aparcamientos en el Santuario de La Santa", suscrito entre el Ayuntamiento de Totana y E., S.A.

SEGUNDA.- Dictaminar favorablemente la propuesta sobre incautación de fianza y declaración de daños y perjuicios, con la observación formulada en la Consideración Sexta en relación a su cuantía.

No obstante, V.S. resolverá.

