



Roj: **STSJ CAT 1585/2006 - ECLI: ES:TSJCAT:2006:1585**

Id Cendoj: **08019330052006100147**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **19/01/2006**

Nº de Recurso: **841/2002**

Nº de Resolución: **84/2006**

Procedimiento: **Recurso ordinario (Ley 1998)**

Ponente: **JOSE MANUEL DE SOLER BIGAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Recurso nº 841/2002

SENTENCIA Nº 84/2006

Ilmos. Sres.:

Presidente

DON JOAQUÍN JOSÉ ORTIZ BLASCO

Magistrados

DON JUAN FERNANDO HORCAJADA MOYA

DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS

En la Ciudad de Barcelona, a diecinueve de enero de dos mil seis .

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo nº 841/2002, interpuesto por la Sociedad CONSTRUCCIONES, MATERIALES Y PAVIMENTOS S.A. (COMAPA), representada por el Procurador de los Tribunales D. Jaume Guillem Rodriguez y defendida por el Letrado D. Jorge Ayo Ferrándiz, siendo demandados el AYUNTAMIENTO DE REUS, que no ha designado representación procesal ni defensa en autos, y la Sociedad GESTIÓ DE SERVEIS FUNERARIS SA (GESFURSA), representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Joaquín Ruiz Bilbao y defendida por el Letrado D. Josep M^a Pujol Masip . Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por la representación procesal de la parte actora, en escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, se interpuso el presente recurso contra la desestimación por silencio, por el Ayuntamiento demandado, de las solicitudes formuladas mediante escrito de fecha 20 de diciembre de 2001, dirigido a la Alcaldía.

SEGUNDO - Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto en la Ley de la Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos, en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación del acto objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.



TERCERO - Continuado el proceso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

CUARTO - En la sustanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - Son hechos antecedentes del acto presunto que constituye el objeto de este proceso, los siguientes, según resulta del desordenado expediente administrativo :

1º) Aprobado por la Comisión del Gobierno del Ayuntamiento de Reus, en fecha 21 de julio de 1995, el proyecto de obras de ampliación del Cementerio municipal, y por el Consell d'Administració del Institut Municipal de Serveis Funeraris, gestor de la instalación, el pliego de cláusulas administrativas particulares, en fecha 25 de abril de 1996, la obra fue adjudicada por dicho Institut, en fecha 18 de diciembre de 1996, a la Sociedad actora, por importe de 275.065.135 pesetas, IVA incluido.

El pertinente contrato de ejecución de obra pública se suscribió en fecha 13 de febrero de 1997, consignándose como Pacto 8º que "el present contracte té naturalesa administrativa i per tant s'ajustarà a les normes de la Llei 7/85, de Bases del Règim Local , Llei 13/95, de Contractes de les Administracions Públiques , Llei 8/87, Municipal i de Règim Local de Catalunya i altres normes específiques i complementàries d'aplicació".

2º) El Pleno del Ayuntamiento de Reus acordó, en sesión de fecha 26 de junio de 1998, la modificación en la forma de gestión de los servicios funerarios municipales, constituyendo el siguiente 30 de julio de 1998, la Sociedad mercantil de capital íntegramente municipal Gesfursa, aquí codemandada, que conforme al Art. 7º de sus Estatutos , asumió el patrimonio del antiguo Institut Municipal de Serveis Funeraris.

3º) Realizadas por la contratista Comapa, aquí actora, las obras adjudicadas, en fecha 9 de noviembre de 1998 se produjo la recepción de las mismas por parte del Ayuntamiento, suscribiendo la pertinente acta, por cuenta de aquél, la "Regidora Adscrita a l'Area de Serveis a la Ciutat" y un Técnico municipal.

En la referida acta, los anteriores y el legal representante de la contratista, consignaron que "van ésser examinades les obres i d'acord amb les treballs realitzats, es van acordar donar per rebudes les mateixes i que des d'aquesta data s'entengui que comença el termini de garantia previst contractualment", que era de un año a tenor de la cláusula 7ª del pliego de condiciones administrativas particulares.

Vencida la anualidad el 9 de noviembre de 1999, el siguiente 2 de diciembre de 1999, la actora contratista solicitó del Ayuntamiento demandado la devolución de la garantía constituida a resultas de la adjudicación de la obra pública, formalizada por la avalista ASEFA SA en fecha 24 de enero de 1997, por importe de 11.002.605 pesetas.

4º) La devolución de aval no se produjo, sino que Gesfursa, mediante comunicación de fecha 28 de marzo de 2000, a la que siguieron otras, de fechas 2 de junio, 3 de octubre y 29 de diciembre de 2000, y 15 de enero y 29 de marzo de 2001, puso de manifiesto a la contratista la existencia de hasta diez tipos de deficiencias en las obras de ampliación realizadas por aquélla en el Cementerio municipal, consistiendo las más importantes, en el hundimiento parcial de la acera de hormigón perimetral exterior, la aparición de humedades en las capillas perimetrales y la filtración "soterrada" y acumulación de aguas en las sepulturas o tumbas de 2ª y 3ª clase.

La Sociedad contratista consintió en realizar obras de reparación, remitiendo un fax a Gesfursa, en fecha 15 de enero de 2001, comunicando que "de acuerdo con las conversaciones mantenidas... hemos comenzado los trabajos de reparación en el Cementerio de Reus".

El siguiente 31 de enero de 2001, la contratista remitió una carta a Gesfursa, manifestando que alguna de las deficiencias ya estaban solucionadas, así como su disconformidad con las soluciones técnicas que se barajaban respecto de otras, negando se tratara de una mala ejecución de la obra y concluyendo en el sentido de significar "la nostra voluntat de col.laboració per solventar els problemes actuals i...establir les actuacions consensuades, acabades les quals a aquesta empresa li puguin ser retornats els avals que té dipositats".

5º) Mediando sendos informes sobre el estado de las nuevas instalaciones del Cementerio, emitidos en fechas 15 de febrero y 18 de julio de 2001 por el Arquitecto Técnico municipal y por el Director de Gesfursa, el Gerente de esta última remitió una comunicación a la contratista, en fecha 16 de octubre de 2001, en la que le señalaba que : "1º.- Los vicios y defectos detectados como consecuencia de la deficiente ejecución de la obra por Vdes. nos impiden en cualquier momento proceder a la devolución de la fianza depositada. Señalarles que dichos vicios y defectos no permiten demorar por más tiempo la reparación de la obra mal ejecutada... ; 2º.- El artículo 44 de la Ley de Contratos del Estado señala que la fianza no será devuelta hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate... ; 3º.- Por todo



lo expuesto y dado el incumplimiento de sus obligaciones contractuales procederemos a la ejecución de la obra, encargando a otra empresa la misma, para en su día proceder a reclamarles los correspondientes daños y perjuicios".

6º) En ejecución de lo antedicho, Gesfursa procedió en fecha 5 de noviembre de 2001 a reclamar de la avalista Asefa SA el pago de la cantidad garantizada por esta última, de 11.002.605 pesetas, pago que, una vez efectuado por la avalista, hubo de serle reintegrado por la contratista Comapa, en fecha 21 de noviembre de 2001.

7º) En fecha 20 de diciembre de 2001, la Sociedad contratista dirigió un escrito a la Alcaldía del Ayuntamiento demandado, solicitando : la anulación del acuerdo de 16 de octubre de 2001 ; que se procediera "a la formalización de la Recepción definitiva (ya producida tácitamente en fecha 9 de noviembre de 1999) de las obras de referencia" (sic) ; y que se le devolviera el importe del aval, de 11.002.605 pesetas, con sus intereses y gastos de mantenimiento.

Contra el acto presunto derivado del silencio del Ayuntamiento de Reus, interpuso la parte actora el presente recurso contencioso, en fecha 27 de mayo de 2002.

SEGUNDO - Resuelta en este proceso, mediante Auto de fecha 3 de octubre de 2003, la alegación previa de falta de jurisdicción planteada por la parte codemandada, poniéndose de manifiesto en dicha resolución, el carácter de contrato administrativo del suscrito en su día entre el Institut Municipal de Serveis Funeraris y la actora contratista, en fecha 13 de febrero de 1997, y por ende, la competencia del orden jurisdiccional contencioso para conocer de los hechos, conforme al Art. 2 b) LJCA , apunta la parte actora, en el escrito de demanda, la supuesta incompetencia de Gesfursa para gestionar el referido contrato administrativo, por cuanto dicha Sociedad mercantil, de capital íntegramente municipal según su escritura de constitución, no habría "asumido la parte contractual del extinto Organismo Autónomo", lo que deduce la parte actora de la mención que se contiene en el Acuerdo 5º de los adoptados por el Pleno del Ayuntamiento de Reus, en sesión de fecha 26 de junio de 1998, en el sentido de que la nueva Sociedad, constituida el siguiente 30 de junio de 1998, "acceptarà i respondrà, en l'escriptura constitutiva, de totes les operacions efectuades per l'Institut des de la data del 31 de desembre de 1997, fins a la data de la esmentada escriptura".

Cabalmente, no es la interpretación que corresponde a la lógica y la teleología de la transcrita mención.

Conforme al Art. 209.1 del Decret 179/95, de 13 de junio , Reglament d'Obres, Activitats i Serveis dels Ens Locals (ROAS), la extinción del organismo autónomo gestor del Cementerio municipal comportaba que sus bienes, derechos y obligaciones se incorporaran al patrimonio del Ayuntamiento de Reus, que le sucedía universalmente.

A su vez, el Pleno municipal, a tenor de sus acuerdos 1º a 6º adoptados en la sesión de fecha 26 de junio de 1998, decidió "transmetre la totalitat del patrimoni, es a dir, de tot l'actiu i el passiu" del Instituto a la nueva Sociedad mercantil (acuerdo 2º), y ello, con referencia al Balance de situación "tancat el día 31 de desembre de 1997" (acuerdo 1º), reiterándose que "la nova societat... tindrà l'obligació de satisfer els deutes de l'Ajuntament i el dret de cobrar-ne els crèdits que figuren en el Balanç a que es refereix el punt primer... i, d'altre banda, assumirà la continuïtat dels drets i obligacions... a títol universal" (acuerdo 5º), y que "...la nova societat, un cop constituïda, haurà de respectar tots els contractes subscrits, i en els termes en que ho van ser, per l'actual Institut, donat que la referida societat continua en l'essència de les mateixes activitats i que es tracta del mateix servei municipal a gestionar mitjançant una forma diferent" (acuerdo 6º).

Siendo pues clara y patente la voluntad del Ayuntamiento de que la Sociedad mercantil municipal Gesfursa sucediera a título universal al anterior Organismo autónomo en la gestión del Cementerio, conforme a las previsiones del Art. 85.3 c) en relación con el Art. 25.2 j) LBRL , la mención, en el propio acuerdo 5º in fine, al período transitorio comprendido entre la fecha del Balance considerado del Institut de Serveis Funeraris (31-12-97) y la de constitución de la nueva Sociedad municipal (30-6-98), significa que también esta última "acceptarà i respondrà" de "totes les operacions" concertadas durante dicho período transitorio, pero de ningún modo, como pretende la parte actora, que lo haga tan sólo de éstas y no de las anteriores, como es el caso del contrato de obras, de fecha 13 de febrero de 1997, que está en el origen de la presente litis.

TERCERO - Entrando pues en el fondo del asunto, se solicita en esencia en el suplico de la demanda, en términos no exentos de confusión, que se anule el acuerdo de Gesfursa de fecha 16 de octubre de 2001, y la subsiguiente decisión de ejecución del aval, notificada el 5 de noviembre de 2001, y con ello, la negativa a devolver dicho aval y "la ejecución subsidiaria de las obras a cargo de esta parte".

Se trata de dos cuestiones que habrá que tratar separadamente, comenzando por la primera.



Según se ha puesto de manifiesto en el fundamento 1º apdo. 3º) precedente, el Ayuntamiento demandado recepcionó las obras realizadas por la actora en fecha 9 de noviembre de 1998, a tenor de acta, suscrita por una Regidora y un Técnico municipal, que cumple con los requisitos de "acto formal y positivo" previstos al respecto en los Art. 111.2 y 147.2 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aplicable al caso en su redacción inicial, a tenor de la D.T. Unica de la Ley 53/99, de 28 de diciembre, de manera que, conforme al segundo precepto referido y al contenido de la propia acta de recepción de las obras, comenzó ese día el plazo de garantía, de un año a tenor de la cláusula 7ª del pliego de condiciones administrativas particulares, en relación con el Art. 147.3 LCAP.

Concluido el plazo anual de la garantía, en fecha 9 de noviembre de 1999, y en defecto de cualquier reclamación por parte de la Sociedad gestora del Cementerio municipal o del propio Ayuntamiento titular de la instalación, en relación con el estado de las obras de ampliación recepcionadas, surgía para la primera la obligación de devolver la garantía constituida, conforme a las previsiones de los Arts. 44 b), 45 y 48.4 LCAP, obligación que le fue requerida por la Sociedad actora y contratista en fecha 2 de diciembre de 1999.

Vencido pues el plazo de garantía y con él, prescrito el aval prestado por Asefa SA, no podían alcanzar a esta última las consecuencias de lo que, a partir de la primera reclamación formulada por Gesfursa, el 28 de marzo de 2000, debían tenerse en todo caso como vicios ocultos, de los que podía responder el contratista, pero no su avalista, en los términos del Art. 149 LCAP: "Si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios durante el término de quince años a contar desde la recepción".

Resulta en efecto, que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la fianza no puede ser objeto de una interpretación amplia o extensiva, sino estricta, debiendo estarse al plazo de vencimiento de la obligación en la forma asumida, más allá del cual no puede ejecutarse el aval (STS, Sala 3ª, de 30 de abril de 2001 y 22 de marzo de 2005), puesto que de otro modo, en supuestos como el presente, se dejaría al arbitrio de la Administración la fijación de los plazos legal o contractualmente establecidos, concediéndole la posibilidad de que los señalara cuando tuviera por conveniente (STS, Sala 3ª, de 15 de marzo de 1999). Tal como razona, en un supuesto similar, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de abril de 2004, rec. 1771/2001, FJ 3º:

"La fianza de los contratos administrativos es una obligada garantía legal, afectada al estricto cumplimiento por el contratista de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la relación contractual para cuya garantía se constituyeren, siendo la naturaleza de la fianza definitiva el de pena convencional para, que en caso de incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, la Administración pueda exigir la pena como importe mínimo del daño. La fianza tiene por objeto responder tanto de las penalidades impuestas al contratista por razón de la ejecución del contrato, como del resarcimiento de los daños y perjuicios que el adjudicatario puede ocasionar a la Administración, y esto tanto si se produce la resolución del contrato como si la resolución no tiene lugar.

Según los contratos firmados entre las partes litigantes en fechas 25-3-1998 y 3-5-2000, las fianzas garantizaban las obras durante el plazo fijado contractualmente: un año.

Pues bien, si las obras fueron recibidas sin objeciones por la Corporación demandada el 18-5-2000, resulta evidente que el 19-5-2001 finalizaban las garantías previstas contractualmente y debían devolverse las fianzas, tal como regula el artículo 48.1 en relación al artículo 147.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, sin excusas ni dilaciones, resultando improcedente la alegación de defectos fuera del plazo legal y contractualmente establecido, resultando obvio que el informe municipal de 29-11-2001 no afecta a la exigencia de devolución de las fianzas por resultar extemporáneo a los efectos del plazo de garantía fijado, máxime si no se objetó defecto alguno en el acta de recepción de las obras" (en el mismo sentido, SS del mismo Tribunal, de 24 de junio de 2004, rec. 1776/2002; del TSJ de Castilla y León, sede de Burgos, de 3 de marzo de 2005, rec. 214/2003; y de esta Sala y Sección, de 19 de diciembre de 2003, rec. 156/2000).

Es corolario de cuanto antecede, que la parte codemandada no pudo oponerse válidamente, a partir de la fecha en que fue requerida, el 2 de diciembre de 1999, a devolver a la actora el aval constituido en su día, el cual por ende ejecutó de forma indebida por extemporánea, en noviembre de 2001, cuando ya la Sociedad avalista no debía de responder del aval prestado.

El recurso interpuesto deberá por tanto ser estimado al respecto, si bien, no podrá ser condenado solidariamente a la devolución solicitada el Ayuntamiento demandado, por cuanto siendo Gesfursa una Sociedad mercantil con personalidad jurídica plena y diferenciada de aquél, la solidaridad pretendida no tiene amparo legal.

CUARTO - La segunda cuestión sustantiva que plantea la demanda es la procedencia o improcedencia de la ejecución subsidiaria de las obras de reparación en el Cementerio municipal, a cargo de la actora contratista, acordada por Gesfursa en fecha 16 de octubre de 2001 y llevada a cabo subsiguientemente.



Se trata de dilucidar si tales obras de reparación son consecuencia de una mala ejecución del contrato de obras, imputable al contratista, como sostiene la parte codemandada, o bien, se deben a defectos del proyecto, aprobado en su día por el Ayuntamiento demandado, tal como argumenta la parte actora.

Se dispone al respecto de los siguientes informes, todos ellos ratificados en el proceso bajo el principio de contradicción : el emitido por el Arquitecto Técnico municipal Sr. Ángel , en fecha 15 de febrero de 2001 ; el emitido en fecha 18 de octubre de 2001 por el Arquitecto Técnico Sr. Jorge , por cuenta de Gesfursa, ampliado en fecha 12 de abril de 2002, a resultas de la caída de un muro de separación entre la zona almacén y las capillas; el acompañado por la parte actora con la demanda, suscrito en fecha 3 de marzo de 2003 por la Ingeniero Industrial Sra. María Teresa ; y el emitido por el Arquitecto Sr. Carlos Miguel , insaculado en estos autos.

El Arquitecto Técnico municipal Sr. Ángel refiere en su informe que los muros perimetrales levantados en el Cementerio por la contratista "son de bloc de formigó reomplert de formigó armat"; que durante la ejecución de la obra se introdujeron mejoras respecto de la proyectada, para la impermeabilización del muro, facturadas por el contratista, consistentes en "una pintura bituminosa en tota l'alçada i perímetre del mur de tancament", y "un correcte terraplenat i compactat de terres perimetrals"; que "el sistema constructiu (que es "el mateix al utilitzat per construir les Illes de Sepultures ja existent a altres punts del cementiri") així com les partides afeixides durant l'execució de l'obra tindrien que proporcionar una estanqueïtat suficient als panteons de 2ª, que impedis, l' entrada generalitzada d'aigua a les osseres dels mateixos"; que "com a conseqüència de l'enfonsament de les terres perimetrals dels murs de tancament exteriors de les capelles, s'han trencat i enfonsat les voreres construïdes en aquesta zona, provocant la pèrdua de la protecció prevista en l'obra envers l'entrada d'aigua". Concluye en el sentido de que "gran part dels motius que ocasionen l'entrada d'aigua a les construccions enterrades... son fruti d'un incorrecte execució de l'obra".

El Arquitecto Técnico Don. Jorge refiere que ha comprobado, mediante visita de inspección, la existencia de "filtracions d'aigua a les parets soterrades de les sepultures", de forma que "les sepultures són plenes d'aigua a la zona inferior o ossera (y) als murs perimetrals s'aprecien humitats i regalims de terra produïdes per les filtracions entre les juntes dels blocs de formigó", atribuyendo los defectos constructivos a "mala execució d'obra en la impermeabilització dels murs perimetrals de bloc de formigó". Presupuestó las obras de reparación necesarias en 19.283.491 pesetas, equivalentes a 115.896'11 euros.

Con posterioridad, en fecha 12 de abril de 2002, el mismo perito dejó constancia de que "un mur de tancament zona magatzem s'ha vingut al terra degut a una mala execució en la seva construcció", valorando la reposición del muro en 3.726.917 pesetas adicionales, equivalentes a 22.399'22 euros.

Por su parte, la Ingeniero Industrial Sra. María Teresa , en el informe acompañado con la demanda, fundado en el examen de la documentación que relaciona, sin que conste que se desplazara al lugar de las obras, concluye que "els motius que ha pogut originar les filtracions d'aigua a les capelles perimetrals i en els panteons de 2ª classe poden tenir el seu origen en : solució constructiva dels elements de contenció no adequada segons normativa de referència ; absència de conducció de les aigües pluvials mitjançant un sistema de drenatge perimetral i desguassos ; manca d'una solució d'impermeabilització continua en el trasdos dels murs, respectant les juntes de dilatació i sobresortint del nivell de terres ; solució d'impermeabilització de les cobertes no adequada segons (la normativa que cita)".

En cuanto a la posterior caída del muro de separación entre las zonas de almacén y capillas, lo achaca a "longitud i alçada dels murs excesiva sense disposar d'elements de trava ; absència de cadenes de lligar de formigó ; (y) coeficients de seguretat inferiors als establerts en la normativa vigent".

Por último, el Arquitecto insaculado en estos autos, Sr. Carlos Miguel , pone de manifiesto en su informe pericial: que "consultados varios empleados del servicio funerario, manifiestan que nunca han tenido problemas de filtraciones o inundaciones en los osarios o partes soterradas de las sepulturas construidas con anterioridad a la ampliación"; que "los sistemas constructivos como : "muros de bloques de hormigón" e "impermeabilización de muros soterrados", son habituales en el mundo de la construcción, y su materialización no requiere de especificaciones especiales en el Proyecto"; que "nos encontramos ante un suelo sin problemas de aguas subterráneas"; que "en la visita de inspección realizada, solo se ha podido constatar que las filtraciones a través de los muros de bloques de hormigón soterrados, fundamentalmente son fruto de la irregular construcción de dicho muro, donde se han observado bloques de hormigón con juntas verticales dispuestas con carencias de material o sin rejuntar".

El Sr. Perito entiende así que "sí existe una deficiente ejecución, de la obra por parte de la Constructora, no solo en el rejuntado de los bloques de hormigón, sino en una deficiente compactación de las tierras e impermeabilización exterior de muros soterrados según consta en los distintos informes, al igual que la falta de armado y arriostamiento en el muro colapsado".



A la vista de la facturación facilitada por Gesfursa, cuantifica el coste de reparación en 150.400 euros, "equivalentes aproximadamente a los 25.000.000 de pesetas".

No obstante, al ampliar su dictamen en virtud de las aclaraciones solicitadas por la parte actora, refiere que "en las partidas de obra que se incluyen en la Memoria, Pliego de Condiciones, Mediciones y Presupuesto aceptado y ampliado, no consta ningún tubo de drenaje perimetral", ni conducción de aguas, tampoco en relación con las capillas perimetrales y los panteones de 2ª clase ; añade también que "en la descripción de la Memoria Constructiva, no se establece que dicho muro (el caído) deba ser un muro armado con arriostramiento interior".

El Sr. Perito aclara que "en las obras de reparación se ha incluido la ejecución de una red de drenaje en las capillas perimetrales y panteones de 2ª. Dicha red de tubos de drenaje no constaba en el proyecto ejecutado por COMAPA, por lo que la red de drenaje, no debe de considerarse como una reparación de algo mal ejecutado, sino como una mejora sobre lo existente".

Al respecto, aclara asimismo el Sr. Perito que "de la información facilitada que se anexa, resulta prácticamente imposible dilucidar que importe económico corresponde al concepto de reparación y que parte corresponde a mejoras sobre lo existente, este Perito, basándose en la información recabada y en su experiencia profesional, estima que podrían fijarse ambas en el 50 % de la cantidad reflejada en el Dictamen de 25.000.000 ptas".

QUINTO - Pretende la parte actora en este proceso, descargar toda la responsabilidad de las deficiencias constatadas en las obras de ampliación del Cementerio de Reus, de las que fue contratista, en las alegadas carencias del Proyecto aprobado por el Ayuntamiento demandado, pese a que no consta que en su momento, durante la ejecución de las obras, pusiera de manifiesto tales carencias ni reparo ninguno a las soluciones constructivas y arquitectónicas que hubo de ejecutar, siendo de aplicación al caso lo razonado por la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de julio de 2000, rec. 2606/95, FJ 6º :

"como se dice en la S. de esta Sala de 8 de febrero de 1994. el contratista como profesional que es en el ramo para el que ha sido contratado, debe indicar las consecuencias perjudiciales que se pueden seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de una obra, salvando su responsabilidad, siempre que por su profesión pueda conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos porque lo que no puede es escudarse en la simple y socorrida excusa de que hace lo que le mandan, pues, de lo contrario, sobraría su mención entre los responsables de los daños que enumera el art. 1591 siempre estaría en su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas de los técnicos. También ha dicho esta Sala - S 22 de septiembre de 1986 - que el constructor, por su carácter técnico debió o no realizar la obra, no aceptarla, o bien advertir de las consecuencias que tendría hacerla de la manera proyectada (STS 26-12-95 S1ª)".

Sentado lo anterior, debe decirse que, valorando el conjunto de informes técnicos de que se dispone, según las reglas de la sana crítica (Art. 348 LEC), la conclusión a la que se llega es que fue causa, si bien no única, de las deficiencias constatadas en las obras de ampliación del Cementerio de Reus, una deficiente ejecución de las mismas por parte de la actora contratista. No de otro modo puede explicarse el hundimiento de la acera perimetral, la caída de uno de los muros y la aparición, en fin, de humedades y filtraciones de agua en capillas y sepulturas, cuando la disposición de los terrenos - llanos, según es de ver en las actas notariales de presencia - y la ausencia de antecedentes, hasta donde aquí consta, de tales humedades y filtraciones en las construcciones anteriores, hacen injustificables las deficiencias aparecidas, tanto más cuanto que, debe reiterarse, la actora contratista se abstuvo de toda crítica al Proyecto que estaba ejecutando y dio por buenas aparentemente las mejoras que, según refiere el Arquitecto Técnico Don. Ángel , se introdujeron en el mismo.

El conjunto de las deficiencias constatadas, tratándose de defectos de construcción que exceden de las imperfecciones corrientes, integran, por afectar a elementos esenciales de aquélla que la hacen inservible o inadecuada para el uso a que estaba destinada, un supuesto de ruina funcional (STS, Sala 3ª, de 17 de julio de 1989, 29 de enero de 1991, 16 de noviembre de 1996, 19 de octubre de 1998), y, siguiendo los razonamientos de la sentencia del TSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, de 15 de junio de 2000, rec, 3513/98, FJ 2º :

"merecen la calificación de "vicios ocultos ruinosos" que dan lugar a la aplicación del ya citado art. 149 de la Ley 13/1995 . Esta calificación implica... que se trate de vicios de la construcción imputables al contratista - no al Proyecto - que no se hubieran podido detectar en el periodo de garantía y que, además, den lugar a la ruina de la obra. Esta última exigencia ha de interpretarse en un sentido amplio e independiente del concepto de ruina en el ámbito urbanístico, debiendo incluirse en la misma tanto el derrumbe, como el deterioro total y la denominada " ruina funcional", esto es, que presente defectos o vicios que hagan la obra inútil para la finalidad que le es propia".

SEXTO - Concurriendo pues responsabilidad del contratista, exigible a éste por la vía del Art. 149 LCAP , de lo actuado se deduce también, tal como insiste en afirmar la parte actora, la concurrencia de carencias en el Proyecto de las obras, señaladamente, la previsión de un sistema perimetral de drenaje y conducción de



las aguas cuya filtración se trata de evitar, como lo demuestra el hecho de que, surgidas las deficiencias, la reparación de las mismas, en vía de ejecución subsidiaria, ha incluido la construcción de dicho sistema de drenaje.

Llegados a este punto, es necesario constatar que la codemandada Gesfursa no ha materializado formalmente la reclamación de daños y perjuicios contra la actora contratista, que anunció en su comunicación de fecha 16 de octubre de 2001, sino que, en trámites de este proceso, incluyó entre los extremos a dictaminar por el Perito Arquitecto insaculado a su instancia, la cuantificación del coste de reparación de las deficiencias imputadas al contratista. Dicho coste, debe excluir obligadamente las mejoras introducidas, que lo son también del Proyecto que la actora contratista hubo de ejecutar, y lo cuantifica el Sr. Perito, con inevitable imprecisión según advierte, imputable en todo caso a la falta de rigor en la actuación de la codemandada, en el 50 % del total de la facturación que le fue facilitada y que obra en autos, debiendo pues cuantificarse el coste de reparación en 75.200 euros (150.400 : 2), equivalentes a 12.512.227 pesetas, cantidad que, cabalmente, es la exigible a la actora contratista en aplicación del Art. 149 LCAP.

Tal como esta Sala y Sección ha puesto de manifiesto, entre otras, en su sentencia de 17 de diciembre de 2001, nº 1332/2001, en sede jurisdiccional, cuando ello sea posible por no sufrir menoscabo los derechos de defensa de las partes, debe actuarse con un criterio realista y por un elemental principio de economía procesal, lo aconsejable es llegar al problema de fondo y resolver de una vez por todas el conflicto entre las partes.

En el presente supuesto, las partes han podido debatir y contrargumentar suficientemente en relación con el coste de reparación de las obras defectuosamente ejecutadas. Así pues, resulta pertinente aplicar al caso el instituto de la compensación, con el resultado extintivo de las respectivas deudas en la suma concurrente previsto en el Art. 1202 C. Civil, bien entendido que, conforme al principio de prohibición de la reformatio in peius, la parte codemandada podrá compensar hasta la suma concurrente, sin superarla.

SÉPTIMO - No es de apreciar especial temeridad ni mala fe a los efectos de imposición de costas, conforme a lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte actora, declarando el derecho de ésta a la devolución, por parte de la Sociedad codemandada GESFURSA, del aval constituido en fecha 24 de enero de 1997, por importe de 11.002.605 pesetas, equivalentes a 66.127 euros, en garantía del contrato de ejecución de obra pública suscrito en fecha 13 de febrero de 1997, en relación con las obras de ampliación del Cementerio de Reus, más los gastos de mantenimiento de dicho aval desde el 9 de noviembre de 1999 hasta el 21 de noviembre de 2001 y los intereses legales del principal del aval, desde el 9 de noviembre de 1999 hasta la fecha de su reintegro.

2º.- DESESTIMAR en lo restante el recurso interpuesto, pudiendo la Sociedad codemandada GESFURSA compensar la deuda declarada en esta sentencia, con la suma de 75.200 euros, equivalente a 12.512.227 pesetas, hasta la cantidad concurrente, y ello como resultando de la ejecución subsidiaria del contrato de obras de referencia.

3º. - NO HACER especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.