



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 29 de julio de 2010, ha examinado el *expediente relativo a la resolución del contrato de obra suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa qqqqq, S.A., para las obras de remodelación de la Plaza xx1 en xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 25 de junio de 2010 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de obra suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa qqqqq, S.A., para las obras de remodelación de la Plaza xx1 en xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 25 de junio de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 708/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 7 de febrero de 2006 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de xxxxx adjudicó a la empresa qqqqq S.A., el contrato de las obras de remodelación de la Plaza xx1 en xxxxx, por un importe de 970.791,42, IVA incluido, con un plazo de ejecución de 4 meses y medio.



El contrato se formaliza el 6 de marzo de 2006. El 6 de abril de 2006 se extiende el acta de comprobación de replanteo.

Segundo.- Solicitada por la empresa adjudicataria la ampliación del plazo de ejecución de la obra, la Junta de Gobierno Local prorroga por 15 días dicho plazo, por lo que el contrato finalizaría el 15 de septiembre de 2006.

Obra en el expediente la hoja nº 004 del Libro de Órdenes y Visitas, de 31 de octubre de 2006, firmada por la dirección de obra y el contratista, en la que se recogen los siguientes extremos: "Realizada visita a la obra por la dirección facultativa, se comprueba el estado satisfactorio de las tareas de reposición de pavimento y de remates en accesos peatonales, para permitir la apertura de la Plaza al público. Se exceptúan las zonas de alcorques donde se continuarán los trabajos de impermeabilización. Se ordena realizar una limpieza general y recogida de vallas y maquinaria. La limpieza definitiva se pospone al jueves por la mañana".

Tercero.- En noviembre de 2006 los redactores del Proyecto originario presentan una propuesta de modificación.

El 27 de febrero de 2007 la Junta de Gobierno Local aprueba el proyecto modificado nº 1 de la remodelación de la Plaza xx1.

La empresa adjudicataria, en escrito presentado el 12 de abril de 2007, comunica al Ayuntamiento la aceptación del proyecto modificado de las obras de remodelación de la Plaza xx1, en los términos recogidos en el Proyecto.

El 12 de junio de 2007 la Junta de Gobierno Local aprueba la modificación del contrato de las obras de remodelación de la Plaza xx1, cuya cuantía asciende a 208.970,14 euros, IVA incluido.

La formalización de la modificación del contrato tiene lugar el 16 de julio de 2007.

Cuarto.- El 3 de septiembre de 2007 la dirección facultativa de la obra emite informe sobre la situación de la obra, ante la necesidad de tomar una decisión sobre su recepción. En dicho informe señala que "existe un problema



directamente relacionado con el estado de la impermeabilización ejecutada". Asimismo, propone una serie de actuaciones al respecto.

Dicho informe es supervisado por los servicios técnicos municipales, según consta en el informe de fecha 13 de septiembre de 2007, y remitido por escrito de la Alcaldía a qqqq, a quien se le requiere para que subsane los defectos advertidos en el informe de dirección de obra de 3 de septiembre, en el plazo de 3 meses desde la notificación de la comunicación, que tiene lugar el 27 de septiembre de 2007.

El 12 de diciembre de 2007 la empresa adjudicataria contesta al citado requerimiento.

El 31 de diciembre de 2007 la dirección facultativa de la obra emite informe en relación con la contestación de la empresa, en el que indica que existen una serie de remates o desperfectos, no achacables al uso normal de la plaza, que deberán ser corregidos por la contrata. Señala las actuaciones que debe llevar a cabo la adjudicataria en relación con la solución de remates y desperfectos y para garantizar la impermeabilización, y afirma que "hasta que no se resuelvan las deficiencias y se compruebe mediante los ensayos oportunos, esta dirección facultativa, tal y como ha señalado en todos sus informes no puede recibir las obras".

Quinto.- El 22 de enero de 2008 se firma el acta de recepción de la obra, en la cual se acuerda no recibir las obras, por no encontrarse en estado de ser recibidas, y se concede a la empresa contratista un plazo de tres semanas para la subsanación de los defectos observados, a partir del día siguiente al del levantamiento del acta.

El 28 de enero de 2008 la adjudicataria presenta alegaciones en las que indica que la obra está recepcionada con fecha 31 de octubre de 2006, y que están pendientes de ejecución una serie de desperfectos. Asimismo manifiesta su disconformidad con el informe de la dirección facultativa de 31 de diciembre de 2007.

El 20 de febrero de 2008 la dirección facultativa emite un nuevo informe en el que pone de manifiesto la mala ejecución del proyecto.



Consta la presentación de nuevas alegaciones de la empresa el 26 de febrero y el 27 de marzo de 2008.

El 27 de marzo de 2008 se levanta acta de visita de obra, a la que no comparece la empresa adjudicataria, en la que se comprueba que ha expirado el plazo único e improrrogable de realización de los trabajos y se indica:

“Se comprueba que no han sido realizados los trabajos de reparación de los casetones rotos durante la ejecución de las obras.

»Se comprueba que no han sido realizados trabajos algunos de reparación de la impermeabilización.

»Se comprueba que no existe ningún medio material ni instalación que evidencie intención alguna de comenzar dichos trabajos a corto plazo (...).”

Sexto.- El 30 de marzo de 2008 el Jefe de la Sección de Ingeniería de Caminos y el ingeniero técnico de obras públicas emiten informe en el que concluye: “se propone declarar la suspensión indefinida de las obras, y la incoación de expediente de resolución del contrato por incumplimiento del mismo de qqqqq, S.A. (art. 147.2 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...)).”

Séptimo.- Constan en el expediente sucesivos informes y alegaciones de la contratista en relación con los defectos de la ejecución de las obras y con el acta de recepción negativa de las obras, de fecha 2 de junio.

Octavo.- Solicitada información por el Procurador del Común sobre las filtraciones de agua en las plazas de garaje derivadas de las obras, como consecuencia de las quejas de vecinos y usuarios de las plazas de garaje, el 2 de octubre de 2009 se remite por la Alcaldía la información requerida.

Noveno.- El 11 de marzo de 2010 la Sección de Hacienda y Contratación emite informe jurídico en el que señala que no se puede recibir la obra y que procede la resolución del contrato.

Décimo.- El mismo 11 de marzo de 2010 se dicta Decreto de Alcaldía, por el que se acuerda la iniciación del procedimiento de resolución del contrato



y se concede trámite de audiencia a la empresa contratista y a la entidad aseguradora durante un plazo de diez días naturales para que puedan formular alegaciones. Se acuerda asimismo suspender el plazo para resolver el contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El 5 de abril de 2010 la empresa contratista presenta escrito de alegaciones en el que se opone a la resolución del contrato, al entender que lo ha ejecutado correctamente, que siempre se ha mostrado dispuesta a ejecutar el contrato, pero que carecía de ordenes concretas en relación con la subsanación de las deficiencias, que en relación con las filtraciones no existe una única solución planteada por la dirección facultativa, y que los problemas de filtraciones no se deben a los trabajos realizados por la empresa.

Acompaña al escrito de alegaciones informes y pruebas de estanqueidad, así como informe pericial, ya aportado con anterioridad, en relación con la ejecución del contrato.

El 20 de abril de 2010 la dirección facultativa presenta informe en el que analiza las alegaciones realizadas por el contratista.

El 3 de mayo de 2010 se solicita al Consejo Consultivo de Castilla y León que emita informe preceptivo sobre la resolución del contrato.

Decimoprimer.- Mediante Acuerdo de 6 de mayo de 2010 del Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León se inadmite el expediente relativo a la resolución del contrato de obra suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa qqqqq, S.A. para la ejecución de las obras de remodelación de la Plaza xx1 en xxxxx, porque en él no se incluye borrador, proyecto o propuesta de resolución.

Decimosegundo.- El 25 de mayo de 2010 se formula propuesta de resolución por la que se pretende resolver el contrato de obras, se incauta la garantía definitiva y se exige a la empresa contratista la indemnización de daños y perjuicios que se determine. Asimismo se acuerda suspender el plazo para resolver el contrato desde la fecha de formalización de la petición de dictamen al Consejo Consultivo hasta su recepción.



En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, según dispone el artículo 59 de la LCAP y el artículo 109 del RGLCAP.

En cuanto al procedimiento seguido para resolver el contrato, hay que señalar que se han cumplido los requisitos fijados en el artículo 109.1 del RGLCAP, ya que se ha concedido trámite de audiencia tanto al contratista como al avalista, y se ha cumplido con el presente dictamen lo previsto en el apartado d) de dicho precepto.

3ª.- El caso sometido a consulta versa sobre el expediente iniciado por el Ayuntamiento de xxxxx relativo a la resolución del contrato de obra suscrito con



la empresa qqqq, S.A., para las obras de remodelación de la Plaza xx1 en xxxxx.

Antes de proceder al análisis de las causas de resolución del contrato debe advertirse al órgano de contratación que la propuesta por la que se resuelve el contrato de obras no fundamenta de modo suficiente las causas de esta resolución, lo que debería haber hecho de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Del contenido de la propuesta, y de los informes técnicos obrantes en el expediente, se deduce sin embargo que la causa en la que pretende basarse la resolución del contrato es el incumplimiento del contratista, al no ejecutarse la obra en los términos señalados en el contrato, por lo que habría que analizar, como posibles causas de resolución, las contenidas en las letras g), h) y e) del artículo 111 y en el artículo 147.2 *in fine* LCAP.

El artículo 111.h) LCAP ha de ponerse en relación con la cláusula decimoquinta del Pliego de cláusulas administrativas particulares, de acuerdo con la cual "el órgano de contratación está facultado, en caso de incumplimiento, para proceder a la resolución del contrato o acordar la continuidad del mismo con imposición de penalidades".

La impermeabilización resultaba esencial para el objeto de este contrato, lo que es considerado como un incumplimiento de las obligaciones esenciales de aquél. Ello constituye una causa de resolución con arreglo al artículo 111.g) LCAP.

Por último, la obra no está finalizada conforme a lo señalado en el contrato y en el acta de recepción negativa, sin haber sido solucionados los defectos advertidos, lo que constituye una tercera causa de resolución con arreglo al artículo 111.e) LCAP.

Debe recordarse que con la adjudicación del contrato la contratista adquirió la obligación de ejecutarlo conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación y en los plazos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.



A la vista de que en el momento de entrega de la obra ésta se hallaba incompleta, de acuerdo con el artículo 147.2 de la LCAP, en tales casos deben indicarse los defectos observados y fijarse un plazo para remediar aquéllos. Una vez transcurrido este plazo sin que el contratista haya corregido los defectos, caben dos opciones: o conceder un nuevo plazo improrrogable o resolver el contrato.

En el presente caso se decidió resolver el contrato, puesto que, después de ampliar el plazo sin que la empresa hubiera cumplido lo estipulado, en el momento de la recepción la obra se encontraba incompleta.

Debe resaltarse negativamente el hecho de que la propuesta de resolución no entre a valorar las alegaciones formuladas por la empresa adjudicataria y que se carezca de documentos que puedan constatar de modo indubitado el grado de incumplimiento que se imputa al contratista. La Administración no solo debe pronunciarse sobre si procede o no resolver el contrato por incumplimiento del contratista, que es lo que formalmente se refleja en la propuesta, sino que debe asimismo pronunciarse con claridad sobre las alegaciones de éste, por más que de la misma propuesta se deduzca el rechazo implícito de aquellas alegaciones.

Es preciso indicar que la causa fundamental de la no recepción de las obras, de acuerdo con el último informe emitido por la dirección facultativa el 20 de abril de 2010, como consecuencia de las alegaciones del contratista, lo constituye el problema relativo a la impermeabilización.

El citado problema no está exento de polémica, tal y como se deduce del análisis de la ejecución del contrato.

El proyecto básico y de ejecución, ya establecía en su punto 2.1.2, que:

“La actual plaza se halla condicionada por la existencia de un aparcamiento subterráneo (...).

»Actualmente el aparcamiento tiene graves problemas de humedades por toda su cubierta, y en particular en las juntas de dilatación, en la fuente central y por filtraciones en los pilares huecos para los árboles.



»En general se podrán arreglar los problemas de goteras con la nueva impermeabilización, pero los problemas de filtraciones a través de los alcorques persistirán, porque para resolverlos sería necesario quitar los árboles. Se considera que no es una solución adecuada la que existe, que consiste en recoger el agua de lluvia en el centro de la plaza y bajarla hasta el aparcamiento subterráneo, para desde allí, volverla a subir mediante bombeo a la red general, pues es contrario a un concepto de economía energética y supone servidumbres sobre el aparcamiento.

»Frente a esto se plantea modificar las rasantes de la plaza elevando la zona central, para que el agua de lluvia se evacue hacia el exterior para alcanzar la red general de saneamiento de forma natural”.

»En la memoria del proyecto modificado, se menciona dentro de los objetivos del proyecto, el “sustituir la impermeabilización”.

El informe emitido por la dirección facultativa de la obra el 20 de abril de 2010 pone de manifiesto que “en la memoria del Proyecto de Remodelación los redactores asumíamos las limitaciones de una solución técnica impuesta por las circunstancias de mantener a toda costa el arbolado. Sin embargo, el redactor del escrito parece olvidar o no llegar a entender que estábamos refiriéndonos exclusivamente a la impermeabilización de los alcorques. Durante la ejecución de la obra, efectivamente dieron problemas y fueron la razón de una parte de las modificaciones en el Proyecto (la otra fueron una serie de intervenciones en el sótano solicitadas por los usuarios del aparcamiento y acordadas con los servicios técnicos municipales)”.

Asimismo indica, “se plantea la oportunidad de incorporar unas actuaciones complementarias en los alcorques, en vista de que con el movimiento de tierra de la obra la entrada de agua por ese punto resultó importante, además de incorporar actuaciones en el interior del garaje solicitadas por los usuarios”. Se señala al respecto que “Una vez ejecutadas las intervenciones relacionadas con los alcorques la dirección facultativa considera que el resultado en este aspecto es adecuado. En el proceso de ejecución de las intervenciones en los alcorques se comprueba (como se recoge en los informes correspondientes) que no se había garantizado la unión de la impermeabilización ejecutada con las paredes de estos elementos, o que ésta se había deteriorado rápidamente”.



La empresa alega, en relación con el informe de dirección de obra de 3 de septiembre de 2007, que “en él identifica, nada más y nada menos que ocho causas de “aparición de filtraciones y goteras” (...) evidencian que ni la propia dirección de obra es capaz de determinar de una manera concreta la causa de las filtraciones, ni las zonas donde es necesario actuar ni las medidas a adoptar (...)”. A tales alegaciones la dirección de obra responde que “planteó en su momento posibles causas de las humedades detectadas, de las cuales los desperfectos en la lámina impermeabilizante (...), cuya presencia ha sido constatada (en las reparaciones), son achacables a la empresa”.

En relación con el informe pericial aportado por la contratista, se indica que los alcorques son puntos en los que no se puede garantizar completamente la estanqueidad por sus propias características, sin eliminar los árboles, así como que el estado de los elementos constructivos del garaje no es bueno. En definitiva señala que “Esta D.F. ha dejado por escrito en sus informes que los ensayos no han permitido descartar causas de las goteras (...) pero también ha constatado que existían desperfectos en la lámina impermeabilizante (...)”.

El informe emitido a instancia del Ayuntamiento de xxxxx por qqqq1, Servicios de Ingeniería, S.A. señala: “creemos que la causa fundamental de estas goteras, viene motivada por desperfectos (desgarros, fisuras, etc.) de la lámina impermeabilizante utilizada, que dejan paso al agua que cae en la superficie de la plaza, y la misma, hace su aparición en zonas donde el forjado presenta desperfectos (caserones fisurados).

»Es por este motivo, por lo que ‘la patología’ en cuestión, es de difícil solución, ya que el agua penetra por algunas zonas deterioradas de la lámina impermeabilizante y se precipita por las fisuras de los casetones deteriorados del forjado reticular.

»Por todo ello, creemos que las actuaciones a realizar, pasan por reparar tanto interior como exteriormente las zonas deterioradas del forjado reticular, y otros elementos estructurales (muro perimetral y muros de alcorques), así como proceder a realizar una nueva impermeabilización”.

Consta en el meritado informe de la dirección facultativa, que “qqqq da por terminadas las obras en su escrito de 5 de mayo de 2009, y aporta los ensayos de estanqueidad de los paños de impermeabilización sustituidos,



aunque no tiene en cuenta (...) que estas pruebas son parciales (de cada paño ejecutado), y no comprueban la eficacia de toda la unión perimetral, tan importante o más que la propia superficie horizontal: quedan excluidas del control la estanqueidad de los alcorques de los árboles, así como el remate entre la antigua lámina de EPDM colocada en 2006 y la nueva lámina, aún pendiente por recibir perimetralmente contra la ya existente en el momento de realizar el ensayo". Con posterioridad expone que se realiza un prueba general en la que "se ha constatado que siguen existiendo filtraciones en el garaje subterráneo", entendiéndose que sin perjuicio de que los ensayos no han permitido descartar causas de las goteras, "también se ha constatado que existían desperfectos en la lámina impermeabilizante".

Pese a todas las actuaciones que constan en el expediente por parte de la empresa adjudicataria en orden a resolver los defectos advertidos por la dirección facultativa, se concluye en el último informe de ésta, que "Esta D.F. ha dejado por escrito en sus informes que los ensayos no han permitido descartar causas de las goteras (...), pero también ha constatado que existían desperfectos en la lámina impermeabilizante (...)".

En definitiva el incumplimiento se advierte respecto la lámina impermeabilizante, que tiene desperfectos, sin que se haya solucionado el citado problema en el plazo fijado.

Debe señalarse al respecto que una vez transcurrido el plazo máximo posible para su ejecución, el contrato está incurso en causa de resolución, ya que, como señala el Consejo de Estado en el Dictamen 912/1997, de 27 de febrero de 1997, "(...) el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial".

El Consejo de Estado al tratar el poder resolutorio de la Administración ha mantenido, en su Dictamen número 41.941, de 1 de marzo de 1979, que "la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aún mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada



medida” . Mantiene además, en su Dictamen número 42.000, de 22 de febrero de 1979, que “es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas”.

Respecto a la alegación de la empresa adjudicataria relativa a los defectos del proyecto, es preciso indicar que los conoció y valoró en su momento. Por ello las posibles actuaciones irregulares de la Administración no sanan ni compensan sus propias culpas, de las que debe responder.

4ª.- Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el presente caso y en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, es preciso realizar una serie de consideraciones.

Respecto a esta causa resolutoria existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Asimismo, tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1988 destaca que “Conforme al artículo 1.124 del Código Civil y la jurisprudencia que reiteradamente lo interpreta, precepto que, como es sabido, es subsidiariamente aplicable a la contratación administrativa, la resolución no se produce sino cuando existe un propio y definitivo incumplimiento, fruto de una conducta manifiestamente rebelde al cumplimiento de lo pactado, y siempre que quien la pidiere hubiere cumplido por su parte lo que le incumbiere”.



El ejercicio de la facultad resolutoria por parte de la Administración, en casos de incumplimiento del contratista, ha de basarse en una valoración del interés público en el que reside la legitimación de su propio actuar. El último informe de la dirección facultativa imputa un incumplimiento de la empresa contratista, que dado el tiempo transcurrido y el interés público que la Administración trata de preservar, se entiende motivo suficiente para la procedencia de la resolución del contrato. No obstante, también se pone de manifiesto la intención de la empresa adjudicataria de continuar el contrato, a través de reuniones, y de ejecuciones que, sin embargo, de acuerdo con el último informe emitido por la dirección facultativa, no han sido suficientes en relación con los defectos de impermeabilización advertidos.

El actuar administrativo exige que se eviten las circunstancias obstativas a una correcta ejecución del contrato, lo cual no puede afirmarse que ha acontecido de modo indubitado en el caso que se analiza.

Pese a que nada se dice en la propuesta de resolución, constan numerosos escritos, comunicaciones y actuaciones en relación con los defectos advertidos por la dirección facultativa, también los relativos a resolver el problema de impermeabilización, y ensayos sobre la estanqueidad realizados al efecto.

Merecen también una crítica las actuaciones seguidas en cuanto al proyecto modificado, cuando parece ser que se habían ejecutado ya las obras objeto del primitivo contrato (cuestión que a la luz de la deficiente documentación remitida no puede afirmarse con rotundidad). No obstante consta la conformidad de la empresa adjudicataria con dicho proyecto modificado.

El proyecto acordado, que dificulta la apreciación de las posibles causas de las filtraciones, sin perjuicio de apreciar una deficiencia en la impermeabilización a cargo de la empresa adjudicataria, no impide que se pueda apreciar en este caso una clara voluntad de la empresa contratista de ejecutar debidamente el contrato, continuar con su ejecución y solventar las deficiencias advertidas por la dirección facultativa. Existen multitud de escritos, pruebas realizadas a su instancia y aportación de informes en relación a la ejecución de las obras, que evidencian una clara y disconforme valoración relativa a la debida adecuación de las obras que, a pesar de las consideraciones



de los informes de la dirección facultativa en los que se basa la propuesta de resolución, no impiden que en el caso concreto deban ser valorados y, puesto que no evidencian de modo indubitado un incumplimiento, éste no pueda ser considerado como suficientemente culpable o negligente.

Esto es, tal y como indica el Dictamen del Consejo de Estado núm. 46.155, de 29 de marzo de 1984 "El incumplimiento del contrato por el contratista no equivale necesariamente a incumplimiento culpable, según ha declarado la jurisprudencia (STS, Sala 4ª, de 24 de febrero de 1982, entre otras), y no puede decretarse la incautación de la fianza e indemnización de daños y perjuicios con sólo argumentar que las causas que alega como determinantes del incumplimiento corresponden a su esfera de riesgo contractual. Antes al contrario, no proceden dichas sanciones si el adjudicatario demuestra que esas causas son ajenas a su control, una vez desarrollada toda la diligencia posible".

En este sentido, en el informe de la dirección facultativa en relación con la ejecución del contrato el 20 de abril de 2010 informa: "En cuanto a la supervisión de los trabajos, esta dirección facultativa ha recogido su buena opinión de la manera de trabajar y la actitud del personal y técnicos de qqqqq, y se han observado en general a lo largo de la obra las prescripciones técnicas y normativas (...)".

En el Dictamen 420/92 del Consejo de Estado, se indica que "Pues bien, como ha señalado este Consejo de Estado en dictámenes anteriores (por ejemplo, dictámenes 52.254/89, de 19 de octubre, y 1.363/91, de 7 de noviembre), en ocasiones, atendidas las circunstancias particulares del caso, es posible moderar los efectos que desde un punto de vista formal derivarían de una aplicación rígida de la legislación vigente sobre contratos. Esta moderación, que obviamente tiene un carácter excepcional, coadyuva, teniendo en cuenta tales circunstancias particulares, a la justicia del caso concreto, evitando así los efectos perniciosos que de otra manera derivarían de la aplicación literal de dicha legislación sobre contratos".

En el caso que se dictamina, las imprevisiones iniciales, junto con las dificultades surgidas en la ejecución del contrato, unidas a la necesidad de un proyecto modificado para subsanar los problemas de impermeabilización, junto con las circunstancias ya puestas de manifiesto no permiten considerar que la



resolución del contrato que se pretende sea de la exclusiva responsabilidad de la empresa contratista. Ello determina, a juicio de este Consejo Consultivo, que, aunque concurra la causa de resolución del contrato, no debe procederse a incautar la garantía definitiva ni exigir indemnización de daños y perjuicios, a la luz de la actuación seguida y ya puesta de manifiesto por la Administración. Todo ello sin perjuicio de la liquidación correspondiente de las obras ejecutadas por el contratista conforme a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su normativa de desarrollo

De acuerdo con el artículo 151.1 de la citada Ley, ha de procederse a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, y fijar los saldos pertinentes a favor o en contra de la contratista.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver, en los términos señalados en el cuerpo del presente dictamen, por incumplimiento del contratista, el contrato de obra suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa qqqqq, S.A., para las obras de remodelación de la Plaza xx1 de xxxxx.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.