

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N.º 1044/2019

SENTENCIA NÚMERO 76/2020

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. LUIS ÁNGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:
D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA
D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

GERMÁN ORS SIMÓN
PROCURADOR
C/ Isaac Newton, 5 - 1º
48001 - BILBAO
Tel: 94 424 42 31

En la Villa de Bilbao, a diez de marzo de dos mil veinte.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 12 de septiembre de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Vitoria-Gasteiz en el recurso contencioso-administrativo número 246/2016, en el que se impugnaba el Acuerdo de fecha 16 de mayo de 2016 dictado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz por el que se aprueba la certificación final de obras de construcción de un centro cívico en el barrio de Salburua en Vitoria-Gasteiz.

Son parte:

- **APELANTE:** La U.T.E. CENTRO CÍVICO SALBURUA, representada por el procurador D. RAFAEL EGUIDAZU BUERBA y dirigida por el letrado D. JUAN JAVIER LABAYEN ANDONAEGUI.

- **APELADO:** EL AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ- JUNTA DE GOBIERNO-, representado por el procurador D. GERMÁN ORS SIMÓN y dirigido por la letrada (de la Asesoría Jurídica de dicho Ayuntamiento).

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

COPIA 1

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por la U.T.E. CENTRO CÍVICO SALBURUA recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a la otra parte para que en el plazo de quince días pudiera formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 20 de febrero de 2020, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el presente recurso de apelación la llamada, “UTE CENTRO CIVICO SALBURUA” impugna la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz de 12 de setiembre de 2.019, que, estimando parcialmente el R.C-A nº 246/2016, promovido frente a la certificación final de obra homónima, condenaba al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz a abonarle en ese concepto la suma de 298.041,09 €, no acogiendo en cambio otras pretensiones dinerarias de dicha contratista.

Es respecto de esos otros conceptos, -daños y perjuicios por incremento del plazo de ejecución en suma de **173.035,93 €**; costes de cálculo de nueva estructura por **69.221 €**; e intereses de demora por la suma reconocida de obra ejecutada y no pagada-, por los que se alza la parte apelante, y sobre los que como extremos a los que no se aquieta la recurrente, recae la segunda instancia.

Como resumen del alegato que en los folios 1 a 17 de este ramo formula dicha parte apelante, se recoge el siguiente;

Se alude a la inviabilidad de la estructura, como fundamento de la indemnización pretendida por daños y sobrecostes generados por el exceso de duración de la obra, y que resultarían achacables al Ayuntamiento, que lo reconocía al modificar los planos relativos

a dicha estructura, siguiendo una indicación de los siguientes puntos que, siempre a su juicio, avalarían esos extremos, pues, a pesar de no haber hecho objeciones en el momento de levantarse el acta de comprobación del replanteo por ser en fechas en que no podía aun haberse revisado, ya advertía prontamente de existir errores de cálculo respecto de los que fue planteando la necesidad de rediseñar totalmente la estructura, y, no obteniendo respuesta, contrató un estudio de la firma INTEMAC el 15 de Julio de 2.013 que avalaría sus conclusiones, lo que es algo que la Sentencia interpreta en sentido dispar y erróneo. Finalmente, meses después, tras diversas reuniones, se llegaba a aprobar la nueva estructura con un nuevo proyecto visado de la propia apelante, lo que confirmaría el carácter erróneo del anterior, que le habría ocasionado perjuicios no atribuibles a la UTE, con reclamación de "gastos varios" por dicha inviabilidad de la estructura que cifra en 69.221,69 €.

En un segundo capítulo se refiere al aumento del plazo de ejecución de la obra en base a hechos paralelos significativos que obligaron a ralentizarla, donde se citan diversas partidas que se fueron añadiendo y que obligaron a estudiar, aprobar o rechazar nuevos precios, con sucesivas modificaciones que habrían contribuido a la pérdida de ritmo de ejecución.

Un tercer apartado se centra en el pago de intereses sobre las sumas reconocidas por sentencia a contar de la fecha de la certificación final, y que el Juzgado de instancia rechaza por derivar de discrepancias resueltas en el proceso.

La oposición a la apelación de la representación del Ayuntamiento de Vitoria, -f. 22 a 29-, comienza por hacer una precisión de los hechos litigiosos fundamentales, que parten de que la obra del nuevo centro cívico se adjudicó a la UTE apelante por 8.903.071,87 €, que suponía una baja económica del 31% que, por estar por debajo del umbral de temeridad de los pliegos, aquella justificaba mediante informe alusivo a su conocimiento de la zona y de los trabajos a realizar, y que en el acta de comprobación del replanteo de 13 de mayo de 2.013 asumía la idoneidad del proyecto respecto del que, frente a lo que se dice, se establecía la obligación del contratista de examinar en los 7 días siguientes todos los documentos del proyecto y advertir en su caso de cualquier error u omisión entendiéndose que lo consideraba completo y suficiente en otro caso, como así ocurrió.

Considera después acreditado que los cambios en la estructura se produjeron a propuesta única y exclusiva de la UTE que, ya en mayo de 2.013, manifestó su deseo de formular un recálculo para intentar reducir secciones y ahorrar material y coste de ejecución. En las diferentes actas que cita (100 a 108), se refleja el rechazo de la Administración a esa alteración por la demora que supondría y por no aportar mejoras al proyecto en ejecución y por la necesaria garantía al respecto por parte de la contratista, y así lo asumía la firma INAK en nombre de la misma -acta nº 108-, cuando presentaba la alternativa de hacer una estructura mixta, metálica y de hormigón, que finalmente aceptaba el Ayuntamiento para lograr que se activase la ejecución que la UTE tenía ralentizada y no crispar las relaciones entre ambas partes. No obstante, en ningún momento se acreditó que fuese necesario recalcular la estructura originaria, al punto de que el informe de INTEMAC solo aparece en vía procesal, y sus conclusiones no

permiten cuestionar los cálculos del proyecto, tal y como ratificaba luego el perito judicial.

Respecto del retraso en torno a esa modificación, -que supondría unos seis meses según dicho dictamen pericial-, ni siquiera era legalmente posible contractualmente la misma en base a las limitaciones del régimen de modificaciones creadas por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, y no puede atribuirse a la necesidad de modificar la estructura, sino al interés del contratista de sustituir la estructura metálica del proyecto por otra de menor coste, garantizando la fecha de finalización de la obra, tal y como igualmente concluye la prueba pericial procesal. Finalmente la obra se recepcionó con 4 meses y 1 semana de retraso y los gastos que se demandan por la contratista han de ser asumidos por ella. Respecto de los intereses de demora se atiende al criterio del Juzgado nº 1.

SEGUNDO.- La característica que adorna en especial a la fundamentación del recurso de apelación es que prescinde, -a salvo de alguna cita ocasional de jurisprudencia sobre el principio de riesgo y ventura-, de toda invocación de infracciones normativas que se proyecten sobre la Sentencia de instancia, a la que se hacen referencias críticas de tono general que parecen circunscribirse a no haber apreciado la prueba en el modo que a la recurrente le parecería oportuna.

No hay, por demás, ningún explícito fundamento de derecho en que se basen y encuadren las imprecisas perspectivas que se enuncian, y es por ello que la Sala va a englobar tales planteamientos en las siguientes premisas propias de la segunda instancia que a continuación se desarrollan;

-En lo que afecta a las cuestiones planteadas sobre el coste de **69.221 €** que un nuevo proyecto de estructura habría acarreado para la parte apelante, en su vertiente de hecho, aparece netamente desacreditado, en la instancia, tanto por las prescripciones técnicas del contrato, como por la documentación de obra, y, en lo necesario, por las conclusiones del dictamen pericial judicial (Velasco)-, que el proyecto originario fuese deficiente e inviable y que la Administración contratante debiera soportar el coste de un nuevo proyecto que la contratista decidiese encarar, en todo caso, por su libre decisión.

La parte recurrente, aislándose de todos esos elementos de convicción, se limita a repetir sus apreciaciones, y tal y como hemos recogido recientemente en Sentencia de esta misma Sección del Tribunal de 7 de mayo de 2019 (ROJ: STSJ PV 1655/2019) Recurso de Apelación nº 24/2019, citando otras como la de esta misma Sala y Sección de 29 de enero de 2010 (ROJ: STSJ PV 597/2010) en apelación nº 67/2008;

"Por otro lado, no se sigue del recurso de apelación que, en la valoración de las pruebas, que este Tribunal comparte, la sentencia de instancia haya infringido ninguna norma, principio general del derecho, máxima de experiencia ni regla de lógica. No consta en el escrito de apelación, infracción alguna de Derecho relativa a la valoración de la prueba. En este sentido, lo que la parte apelante ofrece al Tribunal es una valoración alternativa a la efectuada por el Juzgador de instancia. La parte apelante no alega vulneración de las reglas de la sana crítica por

la sentencia de instancia. No es posible admitir que la valoración que realiza el Juzgador de Instancia, resulta ilógica, al dar, mayor fuerza probatoria a los informes aportados por la parte demandada frente al perito de parte".

En nuestra Sentencia de 4 de octubre de 2016 (ROJ: STSJ PV 3204/2016), Apelación nº 573/2016, se recogían las máximas al respecto de la jurisprudencia, compendiadas, entre otras, en la STS de 26 de septiembre de 2007, (Casación nº 9742/2003), sobre las posibilidades de enjuiciamiento en la segunda instancia de las cuestiones referidas a la determinación de los resultados apreciados en la sentencia apelada respecto de las pruebas practicadas en la primera instancia, así como de la valoración de la prueba pericial, en estos términos:

"... en el caso de la prueba pericial, el órgano judicial revisor no puede sustituir la lógica o la sana crítica del juzgador de instancia por la propia, salvo cuando se acredite en el proceso de revisión que la valoración judicial no se atiene a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, entendidas éstas como los criterios de la lógica interpretativa; o cuando la libertad de crítica no se expresa de acuerdo con los criterios propios del razonar humano, incurriendo en arbitrariedad, incoherencia o contradicción (sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo con fechas de 30 de octubre, 7 y 13 de noviembre de 2007, recursos de casación números 6998/2003 , 6698/2004 y 6851/2004 , así como las reiteradamente citadas de 11 de marzo, 28 de abril, 16 de mayo 15 de julio, 23 de septiembre y 23 de octubre de 1995, 27 de julio y 30 de diciembre de 1996 20 de enero y 9 de diciembre de 1997, 24 de enero, 14 de abril, 6 de junio, 19 de septiembre, 31 de octubre, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998 y 30 de enero, 22 de marzo y 17 de mayo de 1999".

-Hay que añadir que en la vertiente de legalidad administrativa contractual carecería igualmente de soporte que ante una eventual inviabilidad del proyecto, -artículo 107.1.a) TRLCSP 3/2011, de 14 de noviembre, entonces vigente-, la opción de la contratista pasase por asumir ella misma la realización de otro proyecto y proponérselo a la Administración a su costa. Existe la tramitación al efecto en el propio artículo 107.1, a), e, *in extremis*, el contratista siempre podría resolver el contrato de darse el supuesto preciso.

Pero, como decimos, descartadas probatoriamente tales hipótesis, toda la fundamentación de la parte apelante prescinde de las facultades y obligaciones legales que a cada parte contractual incumben, y aspira a extraer consecuencias indemnizatorias de una situación imprecisa de retraso que todo advera que fue generada por ella misma y en su beneficio, a la que, como la Sentencia de instancia declara, le ha de ser aplicable el postulado del *riesgo y ventura* del contratista, -artículo 214 TR-, al desenvolverse al margen de los supuestos de modificación contractual y suspensión de los artículo 219 y 220 del referido Texto Refundido.

Ello excluye que pueda ser indemnizada en la extensa relación de sobrecostes y gastos que atribuye a esa demora en la ejecución, y lleva también a la confirmación de la Sentencia en este extremo.

TERCERO.- La última discrepancia entre partes surge respecto de los intereses de demora, que la Sentencia considera inaplicables al caso, y que la UTE apelante tiene

por exigibles en lo que respecta al quantum de 298.041 €, que en la instancia se le reconocen por diferencias en la certificación final de la obra ejecutada.

Desde la perspectiva de este tribunal, y conforme a la doctrina jurisprudencial, las sumas parciales aludidas en el F.J. Tercero que deben tomarse como diferencia de liquidación a favor de la recurrente, no deben quedar sujetas a intereses de demora desde la fecha de la liquidación final.

Aunque la cuestión ofrece muchos matices, viene a ser clarificada por Sentencias del Tribunal Supremo como la reciente de 10 de mayo de 2018 (ROJ: STS 1751/2018) dictada en Casación nº 2.831/2015, que en su parte decisiva indica;

" (...) el tercer motivo debe desestimarse. Según se ha visto, la demanda sostenía que el *dies a quo* de estos últimos intereses, debía ser el 15 de diciembre de 2010 pero la sentencia lo rechaza porque no había una cantidad líquida y tuvo que establecerla ella. Efectivamente, así sucedió. La lectura de los fundamentos sexto y séptimo revela el proceso que lleva no sólo al reconocimiento del derecho de (...), S.A. a que se le satisfagan unas cantidades por los conceptos indicados, sino también los distintos criterios respecto a su valoración que manejaron el perito de parte, el Director de la Obra y el perito designado judicialmente. Por tanto, no puede hablarse de cantidad líquida ni tampoco determinable de manera que no cabe hablar de infracción de la jurisprudencia invocada".

La trasposición de esos criterios al supuesto ahora enjuiciado debe llevar a nuestro juicio a la solución desestimatoria en este punto, pues si bien la Sentencia citada descompone analíticamente por medio de la articulación de partidas numeradas las diferentes vertientes de la cuestión, rechazando el criterio de la parte demandada, no acoge la aplicación a dichas sumas de los intereses del artículo 7º de la Ley 3/2004, de Lucha contra la Morosidad, y a la hora de plasmar todo pronunciamiento efectivo al respecto, prevalece la iliquidez y la ausencia de un *dies a quo* de devengo anterior a la Sentencia, por lo que no cabe hacer condena específica ni reconocimiento de suma alguna en tal concepto, siempre a resultas de lo que dispone el artículo 106 de la LJCA.

CUARTO.- La desestimación resultante de todo lo anterior, implica la imposición de costas de segunda instancia a la parte apelante. -Artículo 139.2 LJCA-.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso, la Sala, (sección Primera) dicta el siguiente,

FALLO

DESESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA MERCEDES BOTAS ARMENTIA EN REPRESENTACIÓN DE "VIAS Y CONSTRUCCIONES, S.A Y OPACUA, S.A, UNION TEMPORAL DE EMPRESAS CENTRO CIVICO SALBURUA" CONTRA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ DE 12 DE

SETIEMBRE DE 2.019, PARCIALMENTE ESTIMATORIA DEL R.C-A N° 246/2016, Y CONFIRMAR DICHA RESOLUCIÓN, CON IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA PARTE APELANTE.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 01 1044 19, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se dejará testimonio completo en el presente Ramo de Apelación n° 1.044/2019, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 10 de marzo de 2020.

