

Id. Cendoj: **08019330052006100171** Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso** Sede: **Barcelona** Sección: **5** N° de Recurso: **238/2003** N° de Resolución: **154/2006** Fecha de Resolución: **14/02/2006** Procedimiento: **Recurso ordinario (Ley 1998)** Ponente: **ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRIGUEZ** Tipo de Resolución: **Sentencia**

En la Ciudad de Barcelona, a catorce de febrero 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 ordinario nº 238/2003, interpuesto por la entidad "CONSTRUCCIONES EXISA S.A.", representada por la Procuradora Dª BERTA JORBA PAMIES y asistida por el Letrado D. GONZALO CERÓN RAIGÓN, contra el AYUNTAMIENTO DE MASNOU, representado y defendido por el Letrado D. CLEMENTE LEÓN PASCUAL. Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dª ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRÍGUEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El presente recurso contencioso administrativo se interpone frente a la desestimación por efectos del silencio del recurso de reposición formulado por la entidad actora contra la Resolución dictada por el Alcalde de Masnou el 7 de enero de 2003, en la cual se imponían penalidades por importe de 28.307'10 euros a EXISA, se desestimaba la petición de indemnización de daños y perjuicios causados a la demandante por la suspensión del inicio de la obra y por demora imputable al Ayuntamiento, así como se denegó la prueba propuesta.

La representación de la entidad EXISA S.A. solicita: primero, que se declare disconforme a derecho el acto presunto impugnado; segundo, se condene al Ayuntamiento a abonar la cantidad de 216.624'97 euros, en concepto de daños y perjuicios.

Como sustento de su postura, la sociedad recurrente alega que el acto recurrido es nulo de pleno derecho, en virtud del art. 62-1 a) y b) LPAC, primero, al haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, correspondiéndole la adopción al Pleno del Ayuntamiento y no al Alcalde; segundo, por causar indefensión al contratista en cuanto carente de motivación y por haber denegado la práctica de las pruebas propuestas en sus alegaciones.

En cuanto a la imposición de penalidades, sostiene que ciertamente existió una demora en la ejecución por 360 días, pero que fue imputable a las interrupciones ocasionadas por el Ayuntamiento, siendo improcedente la imposición de penalidades a la contratista. La recepción de la obra debe entenderse tácitamente producida el 30 de junio de 2001, y no el 22 de julio de 2002, tal y como certificó el arquitecto municipal, siendo la obra apta para el fin preciso, habiéndose aprobado la certificación librada en dicha fecha e inaugurándose en noviembre de 2001. El plazo inicial de un año para la ejecución, se incrementó proporcionalmente en 195 días a consecuencia de los cambios introducidos por la administración desde junio de 1999. A pesar de ello, la modificación del proyecto no se aprobó hasta julio de 2000, quedando el cumplimiento del plazo al arbitrio de la administración contratante. El Ayuntamiento pagó sin reservas la última certificación, emitida el 30 de junio de 2001, actuando posteriormente contra sus propios actos.

Si el Ayuntamiento hubiere cumplido con sus obligaciones, la obra hubiera finalizado en julio de 2000, y no el 30 de junio de 2001. El retraso provocó un aumento de costes directos e indirectos, así como de los gastos generales, produciéndose un enriquecimiento injusto por la administración, debiendo indemnizar al contratista para reestablecer el equilibrio patrimonial, en 216.624'97 euros.

La representación del Ayuntamiento de Masnou, interesa la desestimación del recurso, invocando en primer término que el Alcalde y no el Pleno es el órgano competente para imponer las penalidades.

El retraso en 942 días del plazo fijado para la ejecución de las obras fue imputable a la recurrente, quien no

destinó suficientes recursos para su finalización, y quien desde un principio mantuvo malas relaciones con los arquitectos directores, ante su falta de colaboración, renunciando en septiembre de 1999. Como se apreciaron deficiencias en el proyecto y se habían introducido diversas modificaciones, se aprobó el reformado el 27 de julio de 2000, sin que las obras se paralizaran hasta entonces, sino que las modificaciones en él incluidas ya se habían llevado a cabo, formalizándolas. Si bien la última certificación de obra es de 30 de junio de 2001, la entrada en el Ayuntamiento se produjo el 2 de septiembre de 2002. El acta de recepción es de julio de 2002, ya que antes no estaban acabadas a satisfacción. El certificado del arquitecto director no tiene valor legal, ya que corresponde certificar al Secretario, habiéndose expedido a petición de la actora para su presentación en Hacienda. A pesar de la inauguración, las obras no estaban acabadas, existiendo requerimientos a la contratista con posterioridad, los cuales no fueron atendidos. La liquidación presupuestaria y el abono de la última certificación se realizó tras comprobar el fin de la obra y la suficiencia de las garantías para cubrir las penalidades, ya que debía justificarse el destino de la subvención obtenida antes del 31 de diciembre de 2002.

La indemnización solicitada de contrario es improcedente, ya que la recurrente fue la responsable del retraso, sin que existiere desventaja patrimonial, ya que se le abonó el precio con su conformidad, reclamando el resarcimiento cuando conoció que la administración le iba a imponer penalidades. Las pruebas denegadas recaían sobre datos indiscutidos, no ocasionando indefensión.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, y a fin de conseguir una más clara solución de la litis, se debe efectuar una relación ordenada de los hechos que resultan a partir de los documentos que obran en el expediente administrativo y los que se desprenden de los datos aportados por las partes.

El 17 de septiembre de 1998, el Pleno del Ayuntamiento de Masnou adjudicó a EXISA S.A. el contrato de obras de los proyectos técnicos de construcción de una Sala Polivalente y Espacios para Equipamientos socioculturales juveniles en el edificio de la calle Fontanills 77-79, antigua fábrica de Ca n'Humet, mediante el procedimiento abierto y a través de subasta, por un precio de 195.087.518 pesetas (IVA incluido). Las obras estaban incluidas en el "Programa Operatiu de la zona objectiu 2 de Catalunya 1997-1999", cofinanciada por el FEDER.

El contrato fue formalizado en documento administrativo el 1 de octubre de 1998 (documento 21 de la contestación).

El Pacto Tercero establecía que "Les obres s'executaran en el termini d'un any, comptat a partir de la data de l'acta de comprovació del replanteig, d'acord amb el que preveu l' art. 142 de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques i Cláusula 8ª del Plec de Clàusules Particulars ". Dicha Cláusula 8ª del Pliego, fija un plazo de ejecución de las obras de un año a partir de la fecha del replanteo de la obra.

El Pacto Quinto disponía "Sancions. Per cada dia de retard en el compliment del contracte, l'Alcaldia d'aquest Ajuntament, podrà imposar a l'adjudicatari una multa de 5.000 ptes./diàries, art. 96 de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques , i art. 47 del Plec General ".

El 21 de diciembre de 1998 se suscribió el acta de comprobación del replanteo, en cuyo apartado segundo se puso de relieve la existencia de una línea de baja tensión en el lateral oeste de la finca, la cual era conveniente retirar para el desarrollo de los trabajos en el sector, si bien no impedían que las obras pudieran comenzar. En el apartado cuarto se hizo constar la imposibilidad de formalizarla hasta esa fecha, debido a que los servicios de mantenimiento del alumbrado público no habían podido retirar todo su material con anterioridad.

El 17 de febrero de 1999 se entregó al Ayuntamiento el estudio geotécnico de la finca.

Las certificaciones primera y segunda datan del 31 de marzo y 30 de abril de 1999, con fecha de entrada en el Ayuntamiento el 19 y 30 de abril siguiente, por un importe de 2.082.380 y 1.110.792 pesetas.

El 10 de junio de 1999, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, a instancia de los arquitectos directores, aprobó las modificaciones introducidas en el apartado de movimiento de tierras y cimentación, motivadas por la

baja calidad de la zona que obligó a efectuar unos cambios en la fundamentación, implicando un incremento del presupuesto en 6.865.846 pesetas. El acuerdo fue notificado a Exisa el 18 de junio de 1999.

Las certificaciones tercera y cuarta datan del 31 de mayo y 30 de junio de 1999, con fecha de entrada en el Ayuntamiento el 30 de junio de 1999, por un importe de 12.292.220 y 23.612.651 pesetas. EXISA prestó su conformidad en carta remitida el 1 de julio de 1999.

El 7 de julio de 1999, el Alcalde de Masnou aprobó una nueva modificación a solicitud de la dirección facultativa, referente a la nueva medición de las partidas del apartado de movimiento de tierras y cimentación, con un incremento del presupuesto en 2.802.696 pesetas.

La certificación quinta data del 31 de julio de 1999, con fecha de entrada el 19 de agosto de 1999, por un importe de 1.211.107 pesetas.

El 28 de septiembre de 1999, Inmaculada y Bartolomé presentaron su renuncia a la dirección de la ejecución ante el Colegio de Arquitectos (documentos 1 y 2 de la contestación), alegando ambos la falta total de colaboración con la empresa adjudicataria, con los retrasos consiguientes. La renuncia fue aceptada por la Comisión de Gobierno el 4 de noviembre de 1999, encomendando al arquitecto municipal, Pedro Antonio , la dirección facultativa de las obras.

Las certificaciones sexta y séptima son de 15 de noviembre de 1999 y 31 de enero de 2000, con fecha de entrada 20 de diciembre de 1999 y 21 de febrero de 2000, por importes respectivos de 8.865.261 y 31.289.034 pesetas.

El 27 de julio de 2000, el Pleno del Ayuntamiento aprobó el proyecto reformado y refundido, redactado por el arquitecto municipal, con un presupuesto total de 298.805.911 pesetas, y un incremento respecto al originario de 103.718.393 pesetas.

EXISA prestó su conformidad con carácter previo a la aprobación, el 20 de julio de 2000, siendo notificado el acuerdo a la adjudicataria el 8 de agosto del mismo año.

La certificación octava es de 28 de julio de 2000, con entrada el 2 de agosto siguiente, por un importe de 64.247.015 pesetas. Las certificaciones novena a décimo novena, responden a las siguientes fechas de expedición: 31 de agosto, 30 de septiembre, 31 de octubre, 30 de noviembre, 10 de diciembre, 31 de diciembre de 2000, 31 de enero, 28 de febrero, 31 de marzo, 30 de abril y 31 de mayo de 2001, con entrada en el Ayuntamiento , correlativamente, el 24 de octubre, 27 de noviembre, 15 de diciembre de 2000, 23 de enero, 28 de marzo, 12 y 16 de julio, 4 de diciembre de 2001, y con los importes 6.538.693, 11.843.251, 22.677.879, 17.987.666, 5.763.423, 13.970.981, 10.095.878, 17.542.145, 18.539.199, 14.104.970, 10.584.306 pesetas.

El 8 de noviembre de 2001, se hizo entrega de las llaves del edificio de Can Humet al Área de Régimen Interior, inaugurándose en noviembre de 2001.

Desde el 8 de marzo de 2002, el Ayuntamiento efectuó una serie de requerimientos a la contratista, solicitando se ultimaren las obras y se solventaren unas serie de deficiencias y defectos.

El 17 de julio de 2002, la Arquitecta Municipal efectuó una visita de inspección a Ca n'Humet, informando que las obras se habían acabado conforme al proyecto, pudiendo considerarlas acabadas para la recepción. El acta de recepción fue suscrita el 22 de julio de 2002 por el Teniente de Alcalde de Urbanismo, el representante de Exisa, así como por el arquitecto e ingeniero municipales.

La última certificación, número 20, es de 30 de junio de 2001, si bien no tuvo entrada en el Ayuntamiento hasta el 2 de septiembre de 2002, con importe de 4.447.060 pesetas.

El 14 de abril de 2002, el alcalde de Masnou acordó iniciar un expediente para determinar la responsabilidad de EXISA en la demora de la finalización de las obras, el cual fue archivado por caducidad el 28 de octubre de 2002.

En esta última fecha se inició un nuevo expediente para la imposición de penalidades, presentando alegaciones EXISA el 15 de noviembre siguiente, en las cuales sostenía que no tenía responsabilidad alguna en la demora, así como interesó se le indemnizaran los daños y perjuicios ocasionados por el retraso imputable al Ayuntamiento, y propuso prueba.

El 7 de enero de 2003, el Alcalde de Masnou dictó una providencia rechazando las alegaciones y solicitudes de EXISA, así como imponiéndole una "sanció de 28.307'1 per demora en el termini d'execució del contracte, corresponent a 30'05 per dia de demora, quantitat que podrà ser deduïda de la garantia definitiva".

Frente a dicha resolución, la actora presentó recurso de reposición el 13 de febrero de 2002, sin que recayere resolución expresa. Frente a la desestimación presunta interpuso el presente recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- La parte actora sostiene, en primer término, que el acto impugnado es nulo de pleno derecho por haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente, el Alcalde, cuando la atribución de la imposición de penalidades le corresponde al Pleno, por ser el órgano de contratación.

El artículo 21-1 1) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en la redacción vigente en la fecha de adjudicación del contrato, el 17 de septiembre de 1998), establecía que el Alcalde ostenta la competencia de "Contratar obras y servicios siempre que su cuantía no exceda del 5 por 100 de los recursos ordinarios de su Presupuesto ni del 50 por 100 del límite general aplicable a la contratación directa, con arreglo al procedimiento legalmente establecido." El artículo 50 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, señala como competencia del Pleno "La Contratación de obras, servicios y suministros cuya duración exceda de un año o exija créditos superiores a los consignados en el Presupuesto anual de la Entidad y la aprobación de pliegos de condiciones generales a que deban sujetarse los contratos de la Corporación".

Lo cierto es que el contrato fue adjudicado mediante acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Masnou el 17 de septiembre de 1998, erigiéndose como órgano de contratación.

El art. 60-1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (aplicable al presente supuesto en virtud de la DT 1ª del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio), dispone que el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

La Corporación demandada considera que la imposición de penalidades no está recogida en el ROF como competencia del Pleno, correspondiendo al Alcalde, en virtud de la cláusula residual del art. 21-1 n) LBRL.

Al margen de que la contratación de las obras propiamente dicha fuere o no competencia del Alcalde, el contrato fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento, y desde entonces le correspondían las atribuciones recogidas en el art. 60 de la Ley de Contratos.

Tanto la imposición de penalidades al adjudicatario por demora en la ejecución, como el resarcimiento de perjuicios al contratista derivados de una pretendida responsabilidad del Ayuntamiento se incardinan en el concepto de "dudas que ofrezca el cumplimiento del contrato", cuya prerrogativa correspondía al Ayuntamiento, y su ejercicio era competencia del Pleno, por haberse constituido como órgano de contratación.

Por ello, el motivo debe ser estimado, ya que el Alcalde de Masnou era órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia para resolver acerca de la imposición de penalidades al contratista, así como para decidir sobre si procedía o no indemnizarle por la demora, en virtud de los artículos anteriormente citados y en aplicación del art. 62-1 b) LPAC.

Respecto a la nulidad del acuerdo en cuanto desestima la práctica de las pruebas propuestas de contrario, por

causar indefensión, a tenor del art. 62-1 a) LPAC , debe rechazarse que la denegación de las pruebas solicitadas (en total ocho documentales) impidiera a la entidad actora acreditar en sede administrativa los hechos que sustentaban sus pretensiones, ya que como sostiene el Ayuntamiento, la fecha de la inauguración, la existencia de modificados y el retraso en la finalización eran circunstancias incontrovertidas, por lo que no era procedente la acreditación al respecto.

CUARTO.- El acta de recepción de las obras se suscribió el 22 de julio de 2002, mientras que la última certificación tuvo entrada en el Ayuntamiento el 2 de septiembre de 2002, a pesar de que consta como fecha de expedición el 30 de junio de 2001.

Se considera que las obras se concluyeron el 22 de julio de 2002, a los efectos del art. 147 LC , en contra de las alegaciones de la recurrente.

A pesar de que la última certificación tiene consignada una fecha mucho anterior, el 30 de junio de 2001, coincidente con el mes señalado por el director de las obras, Sr. Moreso, en la certificación emitida el 5 de noviembre de 2001, sin embargo ha resultado probado que la ejecución se prolongó hasta julio de 2002, y ello con la connivencia de los contratantes, debido a una serie de anomalías que el Ayuntamiento detectó.

Resulta que después del mes de junio de 2001, se presentaron las certificaciones decimoséptima a decimoctava (en julio de 2001), decimonovena (en diciembre de 2001, con posterioridad a la inauguración), y la vigésima se presentó después del acta de recepción de las obras. El certificado expedido por el director lo fue "a petición del interesado, y a los efectos de clasificación de contratistas", pero la fecha de terminación que señala ha quedado desvirtuada por el resultado de la prueba practicada.

Por tanto, iniciado el expediente de imposición de penalidades por demora el 28 de octubre de 2002, casi cuatro meses después de la finalización de las mismas, no procedía tampoco la utilización de este mecanismo, cuya finalidad es incentivar el cumplimiento de la obligación de ejecución en plazo, infringiendo el art. 96 LC , arts. 137 y 138 de su Reglamento de 25 de noviembre de 1975 .

Como ya se estableció por esta Sala y Sección en la Sentencia de 18 de junio de 2001 , "La naturaleza jurídica de estas penalidades, que constituyen un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual, ha sido discutida en sede doctrinal, siendo subsumida en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración contratante (STS de 6 de marzo de 1997). Ciertamente es que, conforme al artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y al 137 del Reglamento General de Contratación, si el contratista no hubiese ejecutado la obra, la Administración podrá optar indistintamente entre la resolución del contrato con pérdida de fianza o por la imposición de penalidades a que se refiere el propio artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 138 del citado Reglamento . Ahora bien, esa opción, debe ser ejercitada por la Administración en el momento en que el contratista incumpla su obligación de ejecutar la obra en los plazos convenidos, y no diez meses después de extenderse el acta de recepción, como aquí ha sucedido, pues entonces la penalidad ya no cumple su finalidad que es constituir un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual. En definitiva, no es conforme a Derecho que la Administración, una vez ejecutada la obra, imponga penalidades por retraso cuando ha podido ir verificando durante el plazo en que se realizan las obras los retrasos en su ejecución, iniciando, en su caso, el correspondiente expediente administrativo sin hacerlo, pues del artículo 137 del Reglamento General de Contratación se deduce que se pueden imponer penalidades una vez se incurra en mora, pero no una vez finalizada la obra, ya que, como queda dicho, su finalidad es intimar el debido cumplimiento, tesis que viene avalada por el artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ."

QUINTO.-Respecto a la indemnización de daños y perjuicios solicitada por la actora, se sustenta en una pretendida responsabilidad del retraso imputable a la Administración, por cuanto demoró el acta de comprobación de replanteo y no introdujo puntualmente en el contrato las modificaciones requeridas por los

cambios necesarios en el proyecto, incrementando los costes directos, indirectos y gastos generales de la actora, causando desequilibrio patrimonial, con infracción de los arts. 14, 103 LC y art. 30 de su Reglamento.

Sin embargo, la pretensión resarcitoria debe ser desestimada.

Ciertamente, existió un aplazamiento del acta de comprobación de replanteo, regulada en el art. 142 LC, ya que habiéndose formalizado el contrato el 1 de octubre de 1998, ésta devino el 21 de diciembre, con más de un mes y medio de retraso. Sin embargo, la recurrente consintió la demora, sin que se desprenda responsabilidad alguna de la administración, ya que las causas se consignaron en la propia acta, firmándose por todos los contratantes, y sin que la contratista solicitare la resolución del contrato, permitiéndoselo el art. 150 a) LC.

En el Pacto Tercero del contrato se fijó un plazo de ejecución de 1 año a contar desde el acta de comprobación de replanteo, venciendo el 1 de octubre de 1999. Sin embargo, la ejecución se demoró hasta el 22 de julio del año 2002, pero con el conocimiento y consentimiento de la contratista, quien vino aceptando de manera expresa las diversas modificaciones operadas en el proyecto y en el contrato, efectuadas el 10 de junio y 7 de julio de 1999, así como el 27 de julio de 2000. También consintió que la última certificación se abonare en septiembre de 2002, presentándola en el Ayuntamiento en esa fecha y no antes, presumiéndose que existía un acuerdo entre las partes de que no se abonaría su importe hasta que se solventaran los defectos que adolecía la obra.

La pretensión indemnizatoria ejercitada por la actora infringe el principio general del derecho "venire contra factum proprium". La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2005 establece sobre la doctrina de los actos propios que, como señala la sentencia de 11 de diciembre de 2001, que cita otras muchas, dicha doctrina «es predicable respecto de los actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica con eficacia en sí mismos para producir, igualmente, un efecto jurídico». De manera que es la finalidad del acto, su eficacia y validez jurídica las que determinan la vinculación de su autor a las consecuencias derivadas del mismo y generan la confianza ajena, pues, como señala la sentencia de 1 de febrero de 1999, «tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la Jurisprudencia de este Alto considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio».

Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum proprium".

No se produjo ningún enriquecimiento injusto por parte del Ayuntamiento, ya que las diversas modificaciones introducidas también contemplaron el incremento de las cantidades a abonar a la contratista, quien las aceptó, sin invocar desequilibrio patrimonial, y sin que en ningún momento interesare la resolución del contrato por tal motivo, art. 150 e) LC.

SEXTO.- 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.

Fuente: Centro de Documentación Judicial

Esta sentencia también puede obtenerse, a través de la página

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Introduciendo en el campo Nº ROJ la referencia reseñada en el margen superior derecho del presente documento