



Roj: **SAP B 1653/2019 - ECLI: ES:APB:2019:1653**

Id Cendoj: **08019370012019100111**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2019**

Nº de Recurso: **506/2017**

Nº de Resolución: **113/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORS MONTOLIO SERRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Secció núm. 01 de l'Audiència Provincial de Barcelona. Civil

Passeig Lluís Companys, 14-16 - Barcelona

08018 Barcelona

Tel. 934866050

Fax: 934866034

A/e: aps1.barcelona@xij.gencat.cat

NIG 0801942120148084102

Recurs d'apel·lació 506/2017 B

Matèria: Judici Ordinari

Òrgan d'origen: Jutjat de Primera Instància núm. 32 de Barcelona

Procediment d'origen: Procediment ordinari 335/2014

Part recurrent / Sol·licitant: TABASA INFRAESTRUCTURES I SERVEIS DE MOBILITAT, S.A.

Procurador/a:

Advocat/ada:

Part contra la qual s'interposa el recurs: OBRASCON HUARTE LAIN, S.A., COPCISA, S.A.

Procurador/a: Fco. Javier Manjarin Albert

Advocat/ada:

SENTÈNCIA NÚM. 113/2019

Barcelona, 4 de març de 2019.

La Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona, integrada per les Magistrades Il·lma. Sra. M^a Dolors PORTELLA LLUCH, Il·lma. Sra. Amelia MATEO MARCO i Il·lma. Sra. Maria Dolors Montolio Serra, la primera de les quals ha actuat com a presidenta del Tribunal, ha vist el recurs d'apel·lació número **506/17**, interposat contra la sentència dictada en data 6 de setembre de 2016, rectificada per interlocutòria de data 19 d'abril de 2017, en el procediment núm. 335/14, tramitat pel Jutjat de 1a Instància núm. 32 de Barcelona. Ha estat recurrent **TABASA INFRAESTRUCTURES I SERVEIS DE MOBILITAT, S.A.** i apel·lats/impugnants **COPCISA, S.A.** i **OBRASCON HUARTE LAIN, S.A.** Un cop feta la deliberació, ha pronunciat, en nom de S.M. el Rei d'Espanya, la següent resolució.

ANTECEDENTS DE FET



PRIMER.- La part dispositiva de la sentència objecte d'apel·lació és la següent: " **Estimo parcialmente la demanda interpuesta por el procurador D. Ildefonso Lago Pérez, en nombre y representación de las mercantiles OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. Y COPCISA, S.A. y:**

DECLARO que el importe total de la liquidación final de las obras del "carril reservado para autobuses y vehículos de alta ocupación en la autopista C-58 entre el nudo de Ripollet y la Avenida de la Meridiana; clave: TA-98417.5" debe ser incrementado en la cantidad **5.165.203,47 euros** , **más en aquélla que resulte tras efectuar los cálculos para la revisión de precios a que se ha hecho referencia en el anterior fundamento de derecho quinto con base a los parámetros en él establecidos.**

CONDENO a la demandada TABASA INFRAESTRUCTURES I SERVEIS DE MOBILITAT, S.A., a abonar a la parte actora la cantidad que resulte de sumar a la cifra de **5.165.203,47 euros aquélla que arrojen los cálculos para la revisión de precios de anterior referencia, con más los intereses legales desde la interpelación judicial (arts. 1.100 y 1.108 CC).**

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

Mitjançant interlocutòria de data 19 d'abril de 2017 es va rectificar la sentència dictada, sent la part dispositiva de dita resolució la següent: "DISPONGO **haber lugar** a rectificar/subsanar de oficio el error cometido en la sentencia dictada en estas actuaciones el pasado 6 de septiembre de 2016 , de tal forma que, en el fundamento de derecho sexto y en el fallo de la sentencia, donde se haga mención de la cifra 5.165.203,47 euros, debe entenderse referida a la cantidad de **5.161.311,06 euros** ."

SEGON.- Les parts esmentades han manifestat en els escrits respectius d'apel·lació o, si s'escau, d'impugnació les seves peticions i arguments en què les fonamenten, segons consta en les actuacions.

La ponent d'aquesta resolució ha estat la Magistrada Il·lma. Sra. Maria Dolors Montolio Serra.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- Plantejament del litigi.

I. Obrascon Huarte Lain SA i Copcisa SA, constituïdes en la UTE Carril Bus-Vao C-58, formulen una demanda contra Tabasa Infraestructures i Serveis de Mobilitat SA per la que reclamen la condemna de la demandada al pagament de 10.252.880,40€, com a petició principal. Subsidiàriament, la de 10.344.469,25€ i més subsidiàriament la de 9.344.469,25€.

Expliquen, en síntesis, que el 4 de gener de 2008 es va aprovar el projecte de construcció del conegut carril Bus-Vao que havia redactat la UTE Cicsa- Ingerop. Per decret 70/2008 es va encarregar a la llavors denominada Tunels i Accessos de Barcelona SA i després Tabasa Infraestructures i Serveis de Mobilitat SA la construcció, conservació i explotació d'aquesta via, fos directament o per contractació de tercers. Optant per aquesta darrera via, Tabasa els va adjudicar el contracte d'execució i la direcció de l'obra a una UTE integrada per Cicsa i Paymacotas.

El contracte d'execució d'obra (sotmès a la legislació civil i mercantil i regulat pels seus propis pactes) es va signar el 25 de novembre de 2008 sent del 15 de desembre de 2008 l'acta de comprovació de replanteig que havia de permetre iniciar les obres.

Addueix que aviat es van trobar amb contratemps no previstos en el projecte que van motivar que al final es formalitzessin vuit actes amb nous preus, dos modificacions de projecte i cinc contractes d'obres complementàries. Això va suposar un important retard en la construcció, una major obra i major cost que Tabasa no ha recollit a la liquidació final de l'obra.

Reclama així en aquest procediment una major quantitat per diferències d'amidaments, per obres realitzades i no projectades, per diferències en el preu de l'acer efectivament utilitzat a l'obra, per majors costos d'enginyeria i costos indirectes. I finalment, també reclama la quantitat que en aquella liquidació final Tabasa li va deduir per una extemporània i per tant indeguda revisió de preus. Al lega subsidiàriament que, encara que es pogués entendre que aquesta revisió era encara possible, el resultat no seria el que li aplica Tabasa.

II. Tabasa (empresa pública de la Generalitat) al lega, en síntesis, que quan es va adjudicar l'execució de l'obra a l'UTE formada per Copcisa SA i Obrascon Huarte Lain SA aquestes constructores van valorar i expressament van declarar la viabilitat del projecte abans de signar el contracte. Afegeix que el modificat 1 (M1) es va redactar, mantenint el mateix pressupost , per adequar l'original a la proposta tècnica alternativa presentada per la mateixa UTE durant la fase de concurs la qual va ser molt ben valorada per la mesa de contractació fins el punt que fou decisiva per l'adjudicació.



Afegeix que, un cop efectuada la liquidació final de l'obra, l'ara demandant només va mostrar discrepància en relació a la revisió de preus que s'havia acordat que es liquidaria al final de l'obra perquè era negativa per l'UTE. Els càlculs efectuats són correctes i rebutja les fórmules alternatives que presenta la demandant. Així mateix s'oposa a la resta de reclamacions i sol licita que es desestimi íntegrament la demanda.

III. La sentència estima en part la demanda i no fa imposició de les costes. En resum, estima en part la reclamació per diferències d'amidaments; íntegrament les d'unitats d'obra executades i no recollides en el projecte M2, les derivades de la diferència de preu de l'acer, la de costos d'enginyeria i per últim, només en part la revisió de preus l'import de la qual s'haurà de determinar en execució.

IV. Tabasa recorre en apel·lació i l'UTE demandant impugna la sentència.

1. En el seu recurs d'apel·lació sosté Tabasa que:

i) que no s'ha respectat la clàusula arbitral prevista per resoldre la controvèrsia sobre el preu de l'acer i els costos indirectes. Al·lega que, el fet que no s'hagués plantejat declinatòria no havia d'impedir al jutjat poder apreciar la seva falta de jurisdicció/competència com erròniament es raona a la interlocutòria de 12 de març de 2015. En tot cas, la submissió a arbitratge es va fixar com a fet controvertit en la vessant d'incompliment contractual, qüestió a la qual no es dóna cap resposta a la sentència que d'aquesta manera incorre en incongruència.

ii) en la resolució de les discrepàncies econòmiques sorgides, no s'han tingut en compte els pactes contractuals, en concret, tots aquells que s'incorporen en ares a protegir l'interès públic.

iii) les certificacions mensuals no són més que instruments de pagament a compte, no són definitives i estan subjectes a les rectificacions i variacions que es fixin a la liquidació final.

iv) en relació a les partides d'obra oculta, en el mateix contracte es preveu quina era l'actuació que s'havia de dur a terme quan no fos possible la comprovació formal, actuació que la constructora no ha seguit.

Finalment, impugna alguns dels pronunciaments condemnatoris per diferències conceptes.

2. La UTE impugna la sentència només en relació a la revisió de preus. Insisteix que Tabasa no podia valorar i incorporar a la liquidació final de l'obra perquè era extemporània i per tant indeguda. Insisteix que les revisions de preus s'havien de fer a les certificacions mensuals i no a la liquidació final negant l'existència d'un acord en aquest sentit.

SEGON.- Submissió a arbitratge.

A la clàusula 28 del contracte es va establir que:

"Qualsevol qüestió, disputa o diferència que pogués sorgir entre les parts, es resoldrà, amb l'excepció que s'estableix més endavant, mitjançant l'arbitratge que preveu Llei 60/2003, de 23 de desembre, sense perjudici de la plena efectivitat dels compromisos contractuals així expressats en el present document que, malgrat això, hauran d'acomodar-se a la decisió de l'arbitratge.

Per a la resolució d'aquest tipus de controvèrsies, les parts se sotmeten a l'arbitratge institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona, de l'Associació Catalana per a l'Arbitratge, a qui se li encarrega la designació de l'Àrbitre o Àrbitres i l'administració de l'arbitratge, obligant-se des d'ara al compliment de la decisió arbitral.

Resten excloses de l'arbitratge convingut, les controvèrsies entre les parts que es refereixen a la resolució del contracte, a la valoració de les obres i al seu abonament.

No resten excloses de l'arbitratge les controvèrsies respecte al compliment o incompliment de l'específica obligació d'abandonament de l'obra pel contractista en cas de resolució contractual decidida per qualsevulla de les parts. En aquest supòsit, el laude haurà de dictar-se en un termini màxim de 60 dies des de l'acceptació de l'arbitratge.

28.2.- Quant la qüestió sotmesa a arbitratge es refereixi exclusivament a la resolució de controvèrsies de caràcter tècnic sobre l'execució del projecte i es suscitin a peu d'obra relatives a la interpretació de les clàusules tècniques o sobre la qualitat dels materials, les parts es sotmetran a l'arbitratge d'equitat del procediment específic de la concòrdia d'Obra del Tribunal Arbitral Tècnic de Catalunya de la Fundació Privada Catalana per a l'Arbitratge Tècnic, a qui se li encomanarà la tutela i administració de l'arbitratge".

És cert que, malgrat haver-se pactat aquesta clàusula de submissió a arbitratge, la UTE ha optat per presentar la demanda davant de la jurisdicció ordinària per resoldre la totalitat del conflicte que manté amb Tabasa.

Davant la decisió de la contractista de no sotmetre's a aquell pacte contractual, Tabasa en el present procediment podia haver fet valer aquell acord però havia de fer-ho per la via establerta a la legislació



processal. I aquesta via, amb l'actual legislació (Llei 1/2000 d'enjudiciament civil i Llei 60/2003 d'arbitratge) ja no és la d'oposar-ho per via d'excepció (com succeïa amb l'anterior legislació: art.533.1 LEC 1881 i Llei 36/1988 de 5 de desembre; SSTs de 18/4/98 , 1/7/99 , 1/7/99 , 14/6/2001 , 15/12/2005 , 18/7/07 ...)sinó que havia formular declinatòria.

L'article 11.1 de la Llei 60/2003 de 23 de desembre d'arbitratge disposa que "el conveni arbitral obliga les parts a complir el que s'ha estipulat i impedeix als tribunals conèixer de les controvèrsies sotmeses a arbitratge, sempre que la part a qui interessi ho invoqui mitjançant declinatòria".

En termes similars ho estableix l'article 39 LEC quan diu que "e l demandat pot denunciar mitjançant declinatòria la falta de competència internacional o la falta de jurisdicció perquè l'afer pertany a un altre ordre jurisdiccional o perquè la controvèrsia s'ha sotmès a arbitratge o mediació"

I el 63 del mateix legal que:

" 1. Mitjançant la declinatòria, el demandat i els que puguin ser part legítima en el judici promogut poden denunciar la falta de jurisdicció del tribunal davant el qual s'ha interposat la demanda, perquè el coneixement d'aquesta demanda correspon a tribunals estrangers, a òrgans d'un altre ordre jurisdiccional, a àrbitres o a mediadors, excepte en els supòsits en què hi hagi un pacte previ entre un consumidor i un empresari de sotmetre's a un procediment de resolució alternativa de litigis de consum i el consumidor sigui el demandant. També s'ha de proposar la declinatòria per denunciar la falta de competència de tota mena (...).

2. La declinatòria s'ha de proposar davant el mateix tribunal que estigui coneixent del plet i al qual es consideri mancat de jurisdicció o de competència (...)."

La declinatòria ha de ser, a més, presentada en un termini determinat, concretament, "dins els deu primers dies del termini per contestar la demanda, i té l'efecte de suspendre, fins que sigui resolta, el termini per contestar i el curs del procediment principal".

Tabasa no va proposar la declinatòria denunciant la falta de jurisdicció dels tribunals com a conseqüència d'aquell conveni arbitral, sinó que va deixar transcórrer aquell termini de 10 dies i va contestar la demanda. És en aquest escrit que excepciona la falta de jurisdicció en relació només a algunes de les qüestions plantejades a la demanda, com permetia fer-ho la legislació però no l'actual.

En apel·lació manté l'advocat de la Generalitat que la no proposició de declinatòria per part seva, no havia d'impedir al jutjat ni al tribunal d'apel·lació apreciar-ho d'ofici perquè la falta de jurisdicció és una qüestió d'ordre públic.

És cert que 36 i 38 de LEC obliguen a examinar d'ofici la falta de jurisdicció, en tant que afecta a l'ordre públic, però quan la falta de jurisdicció és a causa de la submissió a arbitratge necessàriament haurà de ser oposada per la demandada per la via de la declinatòria en virtut del que estableixen els preceptes abans esmentats, sense que els tribunals ho puguin apreciar d'ofici.

Així, ho ha mantingut expressament el Tribunal Suprem entre d'altres a la sentència de 27 de juny de 2007 raonant-ho en els següents termes:

"Esta regulación es correlativa con lo establecido al respecto en la LEC; así el art. 65.2 LEC dispone que si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a **arbitraje** o a mediación el tribunal lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreyendo el proceso, teniendo en cuenta que mientras el art. prevé la apreciación de oficio de la falta de competencia internacional y de jurisdicción en los casos en que un tribunal de la jurisdicción civil estime que el asunto que se le somete corresponde a la jurisdicción militar, o bien a una Administración pública o al Tribunal de Cuentas cuando actúe en sus funciones contable, mientras que la falta de jurisdicción por haberse sometido a **arbitraje** o mediación la controversia únicamente es apreciable a instancia de parte, a través del planteamiento de la declinatoria (art. 39 LEC)".

Aquesta diferència de tractament radica en la mateixa naturalesa del conveni arbitral. Ja en la seva sentència 174/1995 de 23 de novembre raonava el Tribunal Constitucional que " Mediante el **arbitraje , como dice el art. 1 de la Ley 36/1988 , las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho. Es, por tanto, el **arbitraje** un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988 , y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el **arbitraje** se considera "un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil "**



En conclusió, la demandada va deixar transcórrer el termini establert a l' article 64 LEC per formular declinatòria, única via possible que la llei concedeix a la part demandada per fer valer el conveni arbitral. Altrament, els tribunals no poden apreciar d'ofici la falta de jurisdicció perquè la causa derivaria precisament d'aquest conveni arbitral que no s'ha fet valer oportunament.

Finalment només afegir en quest punt, que no es pot apreciar que la sentència hagi incorregut en incongruència omissiva pel fet que no haver-se referit a aquesta qüestió. La falta de jurisdicció per submissió a arbitratge que la demandada va plantejar en contestar la demanda i en la que va insistir a l'acte de l'audiència prèvia amb més d'un argument (apreciació d'ofici i oposició com a incompliment contractual) va ser resolta pel jutjat per interlocutòria de 12 de març de 2015.

Cap altra pronunciament o raonament s'havia d'efectuar a la sentència. L' article 66. 2 LEC estableix que "c ontra la interlocutòria per la qual es rebutgi la falta de competència internacional, de jurisdicció o de competència objectiva, només es pot interposar recurs de reposició, sens perjudici d'al legar la falta d'aquests pressupòsits processals en l'apel·lació contra la sentència definitiva.

El que disposa el paràgraf anterior també és aplicable quan la interlocutòria rebutgi la submissió de l'afer a arbitratge o a mediació".

TERCER.- Discrepàncies en la liquidació a causa de diferències d'amidaments.

I.- Consideracions prèvies

Un cop executada l'obra, Tabasa va presentar una proposta de liquidació a la que la UTE es va oposar en determinats punts que, en no ser acollits en la seva gran majoria, la constructora ha tornat a plantejar en el present procediment.

A la demanda, per clarificar la seva reclamació, la demandant diferencia les partides en diferents grups. El primer és el relatiu al que anomenen ambdues parts com a "diferències d'amidaments".

Abans d'entrar en el seu particularitzat anàlisi considerem necessari referir-nos a determinades clàusules del contracte que resulten d'especial transcendència per la resolució d'aquestes qüestions així com efectuar certes consideracions en relació a les certificacions mensuals.

S'ha de començar per ressaltar que malgrat que l'objecte del contracte subscrit per Tabasa era l'execució d'una obra pública (el conegut carril Bus-Vao) definida pels diversos documents que es relacionen a la clàusula 1a (entre elles el plec de bases del concurs, el plec de prescripcions tècniques particulars, els quadres de preus , justificació de preus i el pressupost de l'obra), en el mateix contracte es va establir que "queda subjecte a la legislació civil, mercantil i processal espanyola. Sense perjudici d'això, en les matèries relatives a l'execució de les obres es prendran en consideració, quan a la seva aplicació sigui possible, i en tot allò en què no quedin regulades per l'esmentada legislació civil i mercantil ni per aquest Contracte, les normes que regeixen per l'execució d'obres públiques a Espanya i el disposat per la Llei 3/2007 de 4 de juliol, de l'Obra Pública" (cl. 29.1).

En l'apartat 1.4 es va establir que "les possibles modificacions a introduir per TABASA en el contracte no alteraran l'estructura essencial del contracte ni una condició, que d'haver-se inclòs en l'anunci de licitació, hagués permès presentar ofertes substancialment diferents als licitadors. Així, TABASA només podrà introduir modificacions en el contracte de forma excepcional sempre i quan aquestes modificacions siguin degudes a raons d'interès públic que s'han de satisfer amb l'obra objecte del contracte i per atendre causes imprevistes, a més la seva necessitat ha de quedar degudament justificada en l'expedient.

Les modificacions que compleixin aquests requisits seran obligatòries per al contractista quan a més, la seva valoració -sumada algebricament-, deguda a un augment, reducció, substitució o supressió de parts de l'obra i/o unitats d'obra o inclusió d'altres no previstes, no sobrepassi en més o menys el vint (20) per cent (%) del pressupost indicat en la clàusula 2.1".

Es va fixar com a preu estimatiu de l'obra el de 69.128.009,66€ més IVA el desglossat i detall del qual s'adjuntava com a annex. No obstant això, es diu expressament que "el preu de l'obra contractada no és per ajustament o per tant alçat, essent el seu preu final el que resulti d'aplicar a les unitats d'obra realment executades segons el Projecte, als preus establerts, per a cadascuna en el quadre de preus unitaris corresponents a l'annex núm. 4. Aquest preu final serà incrementat en un 13% (tretze per cent), en concepte de benefici industrial del Contractista." (clàusula 2.1 ap.2n).

En la clàusula 2.2 s'inclou una relació estimativa de conceptes i despeses que s'entendran incloses en els preus unitaris. Els preus unitaris de les diferents unitats d'obra referits a la clàusula 2.1 "es consideraran preus tancats a tots els efectes, excepte per a la revisió de preus prevista a la clàusula 2.7.



Els preus unitaris de l'annex núm. 4, tenen incorporats tots els costos i despeses, necessaris per complimentar els corresponents treballs, de total conformitat amb allò establert en el present Contracte i els seus annexos, i mol singularment amb el Plec de Prescripcions Tècniques Particulars.

La descomposició i justificació dels preus unitaris de l'annex núm. 4, així como els rendiments i els preus bàsics que es detallen en l'esmentat annex, són a risc i ventura del Contractista i figuren en aquest Contracte únicament a efectes d'emprar-los en el càlcul dels preus contradictoris i dels treballs per administració que es detallen en les clàusules 2.6 pel que fa als preus bàsics i rendiments, mentre que la descomposició i justificació dels preus unitaris s'emprarà únicament per determinar el preu d'unitats incompletes en el cas de paralització o resolució de l'obra."(clàusula 2.5).

Mensualment, la direcció de l'obra prepararà "una certificació d'obres juntament amb la relació valorada en la que hi constin els amidaments parcials i a l'origen del treball realitzat en funció de totes i cadascuna de les activitats i unitats d'obra.

La valoració de les obres es realitzarà aplicant a les unitats d'obra executades els preus unitaris que per a tals obres figuren en la relació que forma part de l'annex núm. 4. El producte resultant serà incrementat pels percentatges del 13 i el 6, per cent, que es detallen a la clàusula 2.1. Les activitats o obres elementals no acabades podran ser valorades també per la Direcció d'Obrar que aplicarà, sota la seva responsabilitat, el criteri que per cada cas estimi més adequat"(Clàusula 22 1).

El Consejo de Estado en el seu dictamen 822/ 1993 de 8 de juliol refereix que "*una certificación de obra es un pago a cuenta de la totalidad del importe de las obras que figuran en el proyecto*" y ello "*para facilitar la continuidad*" de las mismas. En efecto, el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, según establecen los artículos 47 de la Ley de Contratos del Estado y 142 del Reglamento dictado en su ejecución. La Administración, por otra parte, facilita la financiación de la obra mediante pagos a cuenta del precio definitivo. La realización de esos pagos está sujeta a un procedimiento de medición de la obra ejecutada, su valoración y certificación. La certificación acredita la obra ejecutada, de tal suerte que debe responder a lo verdaderamente hecho. Ello explica que, como momentos previos a la expedición de la certificación, las disposiciones reguladoras de la materia establezcan como obligatorias la medición y valoración de los Trabajos".

Malgrat que aquest dictamen s'està referint a un contracte administratiu d'obra pública subjecta a la legislació que cita, la naturalesa de la certificació d'obra és perfectament aplicable al cas que ara s'examina ateses les característiques, condicions i clàusules del present contracte.

És el director de l'obra, tècnic a qui s'encarrega el control l'obra, a qui correspon mesurar mensualment l'obra executada; és a dir controlar i mesurar el grau d'avançament de la seva execució. L'esmentat dictamen 822/1993 destaca la importància de l'amidament quan refereix que "*l a medición de la obra no es una pura operación aritmética de fijación de las unidades realizadas sino que tiene el alcance de una verdadera comprobación de las prestaciones ejecutadas por el contratista en un determinado período de tiempo*".

Aquests amidaments són els que han de servir per la valoració i la certificació de l'obra la qual ha de permetre al contractista cobrar mensualment i en els termes pactats, l'obra fins llavors realitzada.

Precisament per la importància de l'amidament de l'obra executada el RD 1098/2001 de 12 d'octubre pel que s'aprova el reglament general de la llei de contractes de les administracions públiques preveu pels contractes administratius i en relació a les obres que hauran de quedar ocultes, l'obligació del contractista d'avisar a la direcció de l'obra amb la suficient antelació a fi i efecte que pugui efectuar els corresponents amidaments i presa de dades. Una obligació similar a aquesta, es va traslladar i incorporar al contracte com a clàusula 10.3.

Si el contractista està disconforme amb l'amidament de l'obra efectuat per la direcció de l'obra pot oposar-s'hi i efectuar al·legacions en els terminis i tràmits que es contemplen a la clàusula 22.2.

El que s'ha dit fins ara no vol dir, però, que aquell amidament que dóna lloc a la certificació d'obra mensual no pugui ser rectificat o que no es pugui modificar en la comprovació final, és a dir en l'amidament final. La STS (3a) de 16 d'abril de 2004 , en relació a un contracte administratiu d'obra pública s'hi refereix assenyalant que "*todas las certificaciones de obra son provisionales, ya que dependen de la comprobación final al concluir la construcción de que se trate*". I afegeix en relació al "*caràcter de pago a cuenta*" que la seva virtualitat jurídica "*es muy limitada, hasta el punto de que propiamente, no constituyen un pago, en el sentido de que las mediciones y valoraciones parciales, las certificaciones y los pagos realizados no constituyen presunción de certeza de los hechos, debiendo estarse a lo que resulte en la medición y valoración final*".

Així, en el contracte d'obra que vincula les parts ara litigants es va establir que un cop "efectuada la recepció de les obres es procedirà seguidament a la determinació dels amidaments definitius i del valor de l'obra i la



seva liquidació conforme a les condicions econòmiques i de pagament previstes en aquest Contracte, en un termini màxim de sis mesos.

De l'esmentat valor de la liquidació es donarà trasllat al Contractista per un termini de quinze dies a fi que pugui examinar-lo i tornar-lo amb la seva conformitat o amb les observacions que estimi oportunes.

Si expirat el termini de quinze dies el Contractista no hagués formulat cap observació, se'l considerarà conforme establint-se d'acord amb el valor determinat, la corresponent liquidació. Si el Contractista hagués fe alguna observació, TABASA determinarà si és atendible total o parcialment per a l'establiment de la liquidació, sense perjudici del dret del Contractista a sotmetre la determinació presa a l'arbitratge previst en aquest Contracte per la resolució de conflictes." (clàusules 23.3 i 4)

II. La darrera certificació de les obres corresponents al projecte modificat 2 i al complementari 1 és la número 45 del mes d'agost 2012 segons la documentació aportada per la mateixa demandant. No consta que la constructora formulés al legacions o algun tipus oposició. Posteriorment Tabasa presentà una proposta la liquidació final datada el 14 de juny de 2013. La UTE va formular determinades observacions a les que la direcció facultativa va donar resposta. Tabasa finalment va acceptar incrementar en 34.257,39€ aquella inicial proposta de liquidació (document 30) la qual cosa va donar lloc a una liquidació final de 2.920.160,30€ més IVA (factura 02.13.000018).

En el present procediment la contractista torna a plantejar les discrepàncies que havia oposat a aquella proposta de liquidació de l'obra pel que anomena que són "diferències d'amidaments". A continuació s'analitzaran de forma separada les que són objecte del recurs de Tabasa.

III. ZZPC0552: Suplement per modificació d'ampit prefabricat de formigó armat.

La contractista mantenia a la demanda que es van executar 4.171,19 m d' obra mentre que Tabasa li reconeix menys.

La discrepància que separava les parts era si s'havia d'incloure a la liquidació d'obra l'ampit de la pèrgola, com manté la demandant, o només el del viaducte, com sosté Tabasa.

La sentència acull els arguments de la demandant i, partint que l'amidament liquidat és de 1.501,07 ml, estima la reclamació de la UTE per la quantitat de 344.817,28 € perquè entén que aquelles dues unitats d'obra estaven contemplades en el projecte així com també el preu del metro lineal.

En el recurs la demandada accepta la reclamació per aquest concepte però en una quantitat menor, concretament 255.591€. Al lega que l'amidament que es va reconèixer a la liquidació d'obra va ser de 1.780m i no de 1.501,07m com parteix la part demandant en efectuar els seus càlculs i acull la sentència sense fer cap anàlisi al respecte.

La demandant s'oposa al recurs. Sosté que aquesta qüestió no va ser controvertida en la primera instància i, en tot cas, perquè Tabasa es basa en un sil logisme insostenible.

Plantejat el litigi en la segona instància en els termes exposats, el primer que s'ha dir és que no és cert que la qüestió que planteja l'apel lant no hagués estat plantejada en contestar la demanda. Concretament en els fulls 4 i 5 del seu escrit de contestació, després d'oposar que "la direcció de les obres indica en el seu informe que tan sols es va autoritzar aquesta unitat en el viaducte principal, i no a la pèrgola" (argument d'oposició que ja no es manté en apel lació), adduïa que "l'amidament que es recull a la liquidació és de 1.780,88m, en lloc dels 1.501,07 que al lega la part actora". No es pot afirmar, per tant, que aquesta discrepància en l'amidament liquidat sigui una qüestió introduïda de nou en apel lació com sosté l'apellada.

Doncs bé, com es pot observar a la proposta de liquidació de Tabasa i es recull en l'informe de la direcció d'obra (informe pel que es dona resposta a l'oposició de la UTE a la proposta de liquidació de Tabasa) certament es liquidaren 1.501,07m. Però en aquest mateix informe la direcció d'obra reconeixia que l'amidament de l'ampit del viaducte principal (únic que s'acceptava) era realment de 1.780,88m i no 1.501,07m. En conseqüència s'acceptava en part l'oposició de la contractista i s'incrementava la liquidació de l'obra en la diferència d'aquells dos amidaments. Així ho va comunicar i concretar Tabasa a la UTE per carta al gerent de la UTE, el Sr. Lázaro, i es va recollir a la liquidació rectificada.

La pericial de la UTE efectua, però, els càlculs (f. 889) partint de l'amidament inicialment liquidat sense haver advertit que s'havia rectificat i s'havia fixat en 1.780,88m.

Per tant la diferència d'amidament entre el que la sentència ha fixat com a real (4.237,20m) en base a aquella pericial (qüestió no controvertida per Tabasa en apel lació) i el liquidat no pot ser de 2.736,13 m sinó de 2.456,32 m perquè el finalment liquidat van ser 1.780,88m.



El recurs ha de ser així totalment estimat.

IV. ZZPC0638: *Jornada d'equip complert de fressat per a treballs de menys de 2.000 cm² x cm (4560 €/ut)*

La UTE sosté que es van executar 57,75 ut mentre que Tabasa va liquidar 2 ut.

La sentència estima la reclamació de la constructora perquè la liquidació final s'aparta de les unitats que en un " *gran porcentaje de las mismas (54,801 ut) fueron ya contempladas en la liquidación presentada por Tabasa en agosto de 2012* ". Entén, d'altra banda, que la documentació aportada per la constructora (factures) no justifica la posterior rectificació, sinó que acredita els dies treballats per la subcontractada (85 dies). Com que en alguns d'aquests dies no es va aconseguir el rendiment mínim estipulat, les unitats de treballs queden justificades a la pericial de la demandant.

En contra d'aquest raonament al lega la demandada que mai es van certificar 54,81 ut com dóna per acreditat la sentència sinó 5 ut. Altrament, un mateix equip treballava en dos àmbits al mateix temps. En fer l'anàlisi final de l'obra es van fer les oportunes correccions en atenció a les dades del conjunt d'ambdues parts raó per la qual es van liquidar 2 ut. Afegeix que la documentació aportada per la UTE no són factures sinó un mer llistat on consten dos trams de treball sense indicar ubicació ni data d'execució ni tampoc s'acredita el pagament

La UTE s'oposa al legant, en síntesis, que no és cert que es fessin al mateix temps els treballs de fressat en els dos sectors que es va dividir l'obra i no hi ha cap prova que ho demostrï. Pel que fa a l'error de la sentència en la indicació de les unitats certificades no és *ratio decidendi* i en tot cas és intrascendent perquè es constaten les unitats reals executades. La documentació (factures de subcontractada) no van ser impugnades en el seu moment i a més no és l'única prova analitzada.

Efectivament, com sosté Tabasa en el recurs, la sentència incorre en un evident i no intrascendent error en donar per acreditat que ja s'havien certificat 54,81 ut a l'agost del 2012. De la mateixa documentació aportada amb la demanda, adjunta (DVDs) aquest informe pericial, es comprova que a la darrera certificació (certificació 45 de 31 d'agost de 2012 corresponent a aquell mes d'agost) es van certificar 5ut (nivell 01 07 01 02 apartat 11) i no 54,81 ut. Aquesta mateixa dada la recull la direcció facultativa en donar resposta a l'oposició de la UTE a la proposta de liquidació i de fet, així es fa menció en el peritatge de la part demandant.

Dit això, també és cert que havent-se certificat a l'agost del 2012 5ut, després es liquiden només 2ut per unes raons que no s'han justificat. El pèrit de Tabasa es refereix a una correcció de les unitats d'obra després de comprovar que en la majoria de les jornades es va superar la "jornada mínima". Però a aquesta correcció ni tan sols s'hi va referir la direcció de l'obra en l'esmentat informe en el que fa constar que " al setembre del 2012 aquesta direcció facultativa i el contractista van tancar la previsió final de tots els amidaments de l'obra que incloïen totes les partides d'obres ocultes fins el moment". I després de referir-se a determinada prescripció tècnica particular (1.5.1 del plec) afegia que "segons això, l'amidament de les jornades de fressat és una part de l'obra oculta, que ara no es poden comptabilitzar, i per tant són vigents i vàlids els amidaments acordats amb el contractista al setembre del 2012". No obstant mantenir la direcció facultativa que donava per vàlids els amidaments acordats al setembre del 2012, posteriorment i sense cap explicació es van liquidar a només 2 ut.

Revisades les actes d'obra aportades per la mateixa demandant, s'observa que a l'acte 177 de 3 d'octubre d'aquell any 2012 es fa constar en relació a la proposta de liquidació que s'estava elaborant una petició de la direcció facultativa a l'UTE d'un "TCQ final ajustat a l'import de liquidació i amb amidaments reals. UTE ho revisarà". La revisió d'amidament es mantenia oberta el 10 d'octubre de 2012 (acta 178). Del que resulta de la documentació analitzada no s'aprecia cap motiu que justifiqui una reducció a 2ut en front de les 5 ut de la certificació 45 de 31 d'agost de 2012.

La UTE reclama una quantitat molt superior no només a la liquidada sinó a la que s'havia certificat (sense que consti oposició) en el mes d'agost del 2012. En contra de les 8 ut previstes en el projecte, les 5 ut certificades a l'agost del 2012 i les 2 ut liquidades (dades no controvertides per les parts), al lega que l'amidament real va ser de 57,75 ut i per acreditar-ho aporta tres documents, en concret dues factures emeses per Pabasa i un quadre a modus de "justificació jornades mínimes de fressa".

La sentència considera que aquesta documentació justifica la reclamació en base a un major amidament. La valoració d'ela prova en la que es fonamenta la sentència no pot ser compartida per aquest tribunal.

Així, s'observa en la documentació aportada que les 5 ut havien estat certificades en el nivell 01 07 01 02 mentre que les 2 ut liquidades es corresponen al nivell 01 07 04 04 que amb anterioritat no haurien estat certificades. Aquest darrer nivell es correspon a una "ampliació del voral de sortida vao" mentre que el primer es correspon al capítol corresponent als afermats i en concret a l'àmbit de treball 1.

Doncs bé , la més elevada de les factures emeses per Pabasa es diu que correspon a un tram 2 sense més especificació i l'altra a un tram 1 que es correspondria amb una certificació de setembre del 2012. Entre les



partides facturades s'inclouen reclamacions endarrerides, suplementes i revisions de preu. Pel que fa a aquell quadre de justificació de jornades mínimes de fressa es contemplen treballs fins el 30 d'agost del 2012 llevat d'una partida de 10 de setembre per un dia de treball.

Aquesta documentació, sense cap dada, codi, indicació... que permeti confrontar-la amb el projecte, pressupost, treballs certificats i treballs liquidats així com la manca d'alguna explicació dels amidaments reclamats pels treballs que es pretenen justificar amb aquesta documentació, ens porta a considerar- la insuficient per acreditar en contra de l'amidament certificat (sense oposició que consti) i liquidat per la direcció facultativa un major amidament que s'allunya molt, fins i tot, de la prevista en el projecte.

En conseqüència, i per les raons exposades, només s'han de reconèixer les 5 ut que ja van ser certificades a l'agost del 2012 i que a la liquidació s'han reduït a 2ut. Per tant la quantitat que s'haurà d'abonar a la demandant és la de 16.279,2€.

V. ZZPC0829: Fabricació de reciclat ZA-60 per a eliminació d'excedent de residus inerts procedents de l'obra

La demandant manté que es van processar 35.476,04 Tn de material sobrant per la seva posterior reutilització mentre que la demandada ha liquidat només 8.567,812 Tn que seria la quantitat que és l'amidament que va fixar a l'agost la direcció de l'obra conjuntament amb la constructora.

La sentència estima la reclamació de la demandant perquè la demandada es referia a un acord del que no hi ha prova. Altrament les factures de la subcontractada justifiquen les dades en què la demandant fonamenta la seva reclamació.

Tabasa en el recurs invoca errònia valoració de la prova, en concret de la seva pericial i de l'informe emès pel director de l'obra. Al lega que la liquidació la va fer un tècnic que pertanyia al mateix equip de l'UTE que portava la direcció facultativa al que també pertanyia el tècnic que va ocupar aquesta responsabilitat durant l'execució. En tot cas, es tracta d'una partida oculta que la direcció de l'obra ja no va poder comprovar perquè la constructora no va seguir el sistema que s'havia pactat.

Un nou anàlisi de la prova ens porta a discrepar de la valoració que es raona a la sentència.

Es diu a la pericial de la demandant, a la que es remet la demanda per justificar la seva reclamació, que aquesta partida no es va certificar a l'agost del 2012 (certificació 45) la qual cosa no és ben bé certa. Com es pot veure en aquest document es va certificar un amidament de 1.200 Tn com a " partida alçada a justificar pel tractament de residus".

Com s'ha dit en un apartat anterior consta a les actes 177 i 178 corresponents al mes d'octubre del 2012 que durant aquest temps la direcció d'obra va demanar justificació a la UTE dels amidaments finals reals i es va revisar per la direcció facultativa. Finalment es va liquidar un amidament de 8.657,812 Tn detallant o individualitzant fins a 22 apartats (pàgina 913 de la liquidació).

Per justificar el major amidament pel que reclama, la demandant aporta sense cap tipus d'explicació dues factures (una d'elles resulta difícil fins i tot de llegir) i una relació de la pròpia UTE del que anomena "proformes". El sol anàlisi d'aquesta documentació, sense donar explicació complementària per justificar el major amidament, no permet desvirtuar les dades que va certificar la direcció facultativa després de revisar les justificacions documentals d'amidaments reals finals que li va haver de presentar la UTE (actes d'obra 177 i 178 de 3 i 10 d'octubre de 2012).

En conseqüència, en aquest punt, el recurs de Tabasa ha de ser totalment estimat.

VI. ZZPC0023: Pintat de parament vertical de murs

La demandant reclama per aquest concepte 52.063,52€ que es corresponen a la diferència d'amidament liquidat per Tabasa (3.239,68 ut) i el que al seu entendre correspon a les unitats realment executades (10.184,26 ut) i que no s'han reconegut a la liquidació final.

Tabasa no qüestiona que s'hagin pintat les unitats d'obra que refereix la demandant . El seu argument, com ho va ser el de la direcció d'obra quan en el seu dia va informar sobre la reclamació de la UTE, és que la diferència per la que es reclama es correspon a tots aquells murs i elements que al final de l'obra es van haver de pintar per cobrir uns *grafitis*. Al lega que la vigilància de l'obra corresponia a la constructora i per tant és la UTE qui s'ha de fer càrrec d'aquesta partida. En tot cas, la mateixa constructora va optar per la mesura més costosa a al seu risc i ventura.

La sentència estima la reclamació perquè Tabasa s'ha fet càrrec sense problemes del pintat d'altres elements amb *grafitis*. Altrament per les característiques d'aquesta obra era molt difícil per la constructora assumir



les funcions de vigilància. I en tot cas, afegeix, era a la direcció facultativa a qui corresponia incrementar les mesures de vigilància.

En el recurs Tabasa insisteix en la seva argumentació. La constructora sol licita la desestimació del recurs en aquest punt perquè el pintat dels *grafitis* no es deu a un incompliment del deure de vigilància de l'obra per part seva.

Aquest tribunal discrepa de l'argumentació de la sentència. Que l'obra, per les seves característiques, fos difícil de vigilar, com es raona, no vol dir que la constructora no les conegués des d'un principi. No es discuteix per aquesta part litigant que li corresponia la vigilància de l'obra com a constructora que era i per tant havia d'adoptar les mesures que fossin necessàries, atenent a les seves característiques, per tal de complir efectivament la seva obligació de vigilància.

Així, a la clàusula 2.2 s'estableix que en l'import de l'obra s'entenen inclosos, entre d'altres, la "conservació i policia de la zona d'obres durant l'execució(...) i la guarda de l'obra" (punt 19). Expressament, després d'assenyalar que "l'execució de l'obra es realitzarà a risc i ventura del contractista", s'estableix a la clàusula 13 que el contractista respondrà "de tots els danys causats a l'obra per tercers, abans de la seva recepció" i que " si descuidés la policia de l'obra o la reparació dels danys causats, Tabasa podrà prendre, a càrrec del contractista, les mesures necessàries per evitar o reparar tals danys per manca de vigilància".

En el present cas, i segons es recull a l'informe de la direcció facultativa, la propietat no acceptava recepcionar l'obra amb murs i elements pintats amb *grafitis* . Per aquesta raó, la UTE va pintar-los (no es discuteix que va ser així) i el que no pot ara pretendre és que sigui la propietat qui suporti el cost d'aquests treballs quan era ella qui s'havia de fer càrrec de la reparació dels danys causats per tercers. Cap prova aporta la constructora per demostrar que les mesures de vigilància que va prendre eren adequades i que no va ser per la seva insuficiència o per l'incompliment de les seves obligacions que es van causar aquells danys pels tercers. A ella li corresponia acreditar-ho d'acord amb l' article 217 LEC . La falta de prova en aquest sentit és a aquesta litigant a qui perjudica(per totes, STS 13 de setembre del 2011).

El recurs ha de ser així totalment estimat.

VII. Jornada mínima d'equip d'estesa d'aglomerat (ZZPC0176) i d'equip de pintura per a senyalització horitzontal (ZZPC0160)

La demandant reclama major quantitat per aquests dos conceptes en considerar que l'amidament liquidat és incorrecte.

La demandada s'oposa a un i altre per motius diferents. Respecte la partida ZZPC0176 explica que a la liquidació es va reduir l'amidament que abans s'havia certificat (núm.45) perquè es va comprovar que a la majoria de les jornades es superava la producció mínima. Pel que fa a la ZZPC0160 sosté que la UTE reclama major amidament del liquidat sense justificació.

La sentència estima la reclamació de la demandant perquè els amidaments que es reclamen ja havien estat reconeguts a la darrera certificació mensual i a més la documentació aportada per la constructora recull les jornades mínimes de treball i acrediten la seva realitat.

En el recurs Tabasa al lega en relació a l'estesa d'aglomerat que ja es van liquidar 10.79 ut i per tant la discrepància seria només de 21,24 ut. I en la resta reitera la seva argumentació.

Pel que fa a la primera d'aquestes qüestions, la constructora especifica en el seu d'oposició que aquells 10,79 ut corresponen als àmbits 2 i 3 respecte dels quals mai ha existit controvèrsia i que efectivament li han estat abonats. La discrepància rau en l'àmbit 1 que s'ha liquidat a 0 ut i es reclama per 32,03 ut.

La resolució de la controvèrsia que es planteja en torn a aquestes dues partides s'ha d'efectuar de forma separada:

ZZZPC0176. Segons es pot comprovar, els amidaments certificats l'agost del 2012 pels àmbits de treball 2 i 3 (3,5 i 7,29 respectivament) coincideixen amb els que es van finalment liquidar. Per contra en l'àmbit de treball 1 es van certificar 7,167 ut i es va liquidar 0. Així, quan la direcció facultativa en el seu informe indica que es van certificar 17,957 ut i liquidar 10.790 ut recull els amidaments dels tres àmbits de treball.

Per contra, la pericial de la demandant, en el que aquesta part fonamenta la seva reclamació, malgrat dir que la controvèrsia rau en l'àmbit 1 parteix que es van certificar 17,957 ut (quan aquesta xifra és el total dels tres àmbits de treball) i liquidar 0, quan aquest xifra correspon a l'àmbit de treball 1. La diferència d'amidament que resulta dels seus càlculs no és correcte perquè agafa com a minuend l'amidament certificat pels tres àmbits de treball i en canvi en el subtrahend només el liquidat per l'àmbit 1.



D'acord amb l'anterior, la diferència entre el que s'havia certificat (núm.45) i el que s'ha liquidat per l'àmbit de treball 1 no són els 17,957ut, com diu la demandant, sinó 7,167 ut.

Feta aquesta precisió, s'ha d'entrar a examinar la major reclamació de la constructora perquè el seu pèrit, sense concretar a quin àmbit de treball s'ha està referint, diu que les unitats d'obres comprovades són 32,03. Atès que en el mateix informe es pren com a referència els 17,957 ut , que com s'ha dit corresponen als tres àmbits de treballs, hem de suposar que aquells 32,03 ut també es referien als tres àmbits de treball.

No obstant, com que en el recurs especifica que la controvèrsia rau només en l'àmbit de treball 1, es podria deduir que aquest amidament es correspondria només a aquest àmbit.

Sigui com sigui, el plantejament de la part demandant no ha estat clar ni en tot cas ha quedat justificat un amidament i una reclamació per sobre el que s'havia certificat a l'agost del 2012.

Centrant-nos en l'àmbit núm. 1, com s'ha dit, havent-se certificat a l'agost 2012 7,167 ut posteriorment es liquida a 0 ut. L'argument de Tabasa torna a ser el de la reducció o correcció de l'anteriorment certificat per raó de les jornades mínimes. No obstant i de la mateixa manera que succeïa amb la ZZPC0638, no s'ha aportat cap prova per justificar la bondat d'aquella correcció És més, la direcció facultativa quan va informar donant resposta a l'oposició de la contractista va donar un argument diferent com era el de impossibilitat de comptabilitzar en aquell moment unitats de treball que ja havien quedat ocults.

En definitiva, no s'aprecia justificada una liquidació com la que es va efectuar en contra del que s'havia computat en la darrera de les certificacions mensuals (núm. 45). S'haurà d'estar, per tant, a l'amidament certificat a l'agost del 2012 del que resulta una quantitat a favor de la UTE de 38.379,28€.

b) ZZP0160. No hi ha discrepància respecte que a l'agost es van certificar 39,059 ut i es van liquidar 30,491 ut. La demandant sosté que l'amidament real és de 51,294 ut. La direcció d'obra en l'informe reiteradament esmentat rebutja la reclamació de la constructora per la impossibilitat de comptabilitzar en aquell moment unitats de treballs que ja havien quedat ocults.

L'explicació donada per la direcció de l'obra justificaria que no s'atengués a la major reclamació d'amidaments que formulava la UTE però no la reducció del que havia consignat a la certificació 45.

Per tant , com en l'anterior, s'haurà d'estar a l'amidament certificat a l'agost del 2012 que es va reduir a la certificació(diferència 8,569ut). La quantitat que s'ha de reconèixer a la demandat és la de 29.571,62€.

VIII. ZZPC0558:Suplement per execució de barrera New Jersey

La demandant reclama 656.544,66€ per 20.586,50 ut . Sosté, en primer lloc, que Tabasa, després de certificar a l'agost del 2012 15.598,88ut, n'ha liquidat 0 ut. Sosté que la discrepància entre l'amidament certificat i pel que reclama deriva dels metres lineals de barrera i la utilització d'una màquina col loquialment anomenada "xurrera".

La sentència estima justificat el suplement que es reclama.

En primera instància la demandada va al legar que l'amidament certificat no va ser de 15.598,88m sinó de 16.903,73m per la qual cosa la diferència seria menor. D'altra banda, no s'ha acreditat major amidament del que es va certificar (núm.45). Ara, en apel lació, accepta un amidament de 18.329,73m. Argumenta que, partint de l'amidament que manté la UTE (20.586,50) s'haurien de descomptar 2.256,77m que s'haurien valorat de més per la constructora en correspondre a trams de barreres preexistents a la calçada de la C-58 que es van integrar a la nova barrera executada.

Plantejat el litigi en aquesta instància en els termes exposats, el recurs no pot ser estimat en aquest punt.

L'argumentació que es dóna en el recurs s'ha introduït per primer cop en apel lació la qual cosa contradiu l' article 456.1 en relació al 412 LEC , així com els principis que inspiren el procediment civil i el de *pendente apellatione nihil innovetur* a més de la jurisprudència que els interpreta (per totes, SSTS de 21 d'abril de 1991 , 11 d'abril , 4 de juny i 20 de setembre de 1994 , 27 d'abril de 1999 , 8 de maig del 2005 , 18 de maig , 13 de febrer i 30 d'octubre del 2006 , 30 d'octubre de 2008 , 29 de setembre de 2016 , 17 d'octubre de 2018 ...).

En qualsevol cas, Tabasa parteix de l'amidament que sostenia la constructora en primera instància, i el que pretén en apel lació és que es dedueixen 2.256,77m per unes raons que no s'han justificat. Ni tan sols la direcció de l'obra en aquell reiteradament esmentat informe ni tampoc el pèrit d'aquesta en fan la més mínima referència. Ambdós el que qüestionen és la necessitat del formigó empleat i l'aplicació d'un suplement per la utilització de la màquina lliscant ("xurrera").

El recurs en aquest punt ha de ser desestimat.



IX. GB2CCI52 :*Barrera de seguretat simple de formigó, emmotllada "in situ"*

Discrepen les parts en l'amidament dels metres efectivament realitzats d'aquesta barrera. La demandant diu que, en contra dels que es van certificar a l'agost 2012 (15.395,36m) i liquidat (16.903,73m), l'amidament real de la barrera executada és de 19.160,50m com ha pogut fixar el seu pèrit en base a un vídeo inventari i als plànols aprovats per la direcció de l'obra partint dels punts quilomètrics inicials i finals de cada tram de barrera simple.

La demandada mantenia en contestar la demanda que la direcció facultativa va comprovar l'amidament i a aquest s'ha d'estar.

La sentència té per acreditat amb la pericial de la constructora l'amidament en què aquesta part fonamenta la seva reclamació.

Tabasa sosté que ha prevaler el dictamen del director de l'obra que es fonamenta en la documentació final de l'obra i en 180 pàgines d'amidament. Un vídeo inventari no és un medi adequat per calcular l'amidament. Explica que la diferència d'amidament entre el que manté la constructora i el que va comprovar la direcció de l'obra rau en què la UTE computa una part de la barrera preexistent que s'integrà a la nova barrera simple finalment executada.

La demandant al lega al respecte que no existeix cap risc de confondre la barrera preexistent amb l'executada perquè l'amidament es va fer pel seu pèrit sobre el planell construït sent el vídeo un mitjà adequat per comprovar-ho.

Per la resolució del recurs, s'ha de partir que l'amidament certificat a l'agost el 2012 (15.395,36 ml) es va incrementar per la direcció facultativa a 16.903,73. En el seu informe explicava que no es pot accedir a la reclamació del major amidament que reclama la UTE perquè en aquell moment "es va mesurar tota la barrera de formigó simple i l'amidament va ser de 16.903,73m" (f.1207 i 1226).

Davant la contundència d'aquest informe, la pretensió de la contractista en base a un càlcul efectuat sobre un plànol d'obra i un vídeo inventari no pot ser estimat quan el major amidament que es reclama ja va ser comprovat i revisat per la direcció facultativa. A criteri d'aquesta tribunal un major amidament basat en uns planells tenint en compte els punts quilomètrics inicials i finals de cada tram i un vídeo inventari no és suficient per desvirtuar la comprovació efectuada per la direcció de l'obra. S'ha de tenir present que en el seu informe, la direcció d'obra detalla per trams l'amidament liquidat (f. 1226). La constructora no desvirtua el detall d'aquesta liquidació sinó que aporta un desglossament de l'amidament pel que reclama partint d'uns paràmetres distints els quals ni permeten a aquest Tribunal apreciar on es troba la discrepància ni conclou que l'amidament que s'inclou a la liquidació és inexacte.

En definitiva, la prova aportada en els termes que s'ha practicat no es considera suficient per desvirtuar l'amidament comprovat i liquidat el seu dia per la direcció de l'obra.

En aquest punt el recurs de Tabasa ha de ser totalment estimat.

VIII. ZZPC0672: *Unitat mensual d'equip de senyalers per accessos a la zona d'obres per tal de garantir la seguretat dels usuaris a les vies adjacents.*

La demandant explica que, per les característiques d'aquesta obra, l'abril del 2011 es va considerar necessari modificar el projecte inicial (M2) per fixar una unitat de treball consistent en la fixació d'un preu mensual d'equip de senyalització amb independència de les hores que s'utilitzés durant aquell mes en concret. Es reclama el període corresponent a abril del 2011 a octubre del 2012 (19 mesos) perquè Tabasa, malgrat haver-la anat certificant mensualment, finalment l'ha exclòs de la liquidació.

La demandada, d'acord amb l'informe de la direcció d'obra i la clàusula 2.2 del contracte, no reconeix aquesta partida en considerar que està inclosa en els preus presentats en el seu dia per la UTE en la seva oferta.

La sentència considera que la clàusula 2.1 és una mera estimació subjecte al que finalment s'hagués executat. Els treballs i el seu preu mensual es van preveure en el M2 i s'ha acreditat la intervenció d'aquest equip en el període que indica la constructora per la qual cosa estima la seva reclamació.

Tabasa insisteix que en la pròpia oferta de la UTE es feia constar que qualsevol increment en el pla de seguretat seria assumit per ella i així es va recollir a la clàusula 2.2. Afegeix que la inclusió d'una partida en el M2 per aquest concepte es deu només a un error que no altera ni pot alterar les condicions del contracte.

La UTE posa en relleu que el que es diu un "modificat" en l'àmbit de la construcció suposa una novació del contracte i el que es pretén per Tabasa és deixar-la sense efecte.

Es pot comprovar que efectivament, com sosté Tabasa, a la clàusula 2.2 del contracte de 25 de novembre de 2008 (contracte base) el cost de l'equip de senyalers estava inclòs en el preus unitaris per la qual cosa



no es podia reclamar per la constructora una quantitat addicional. Ara bé, malgrat que per raons purament tècniques no s'ha pogut comprovar per aquest tribunal(no s'ha pogut accedir al document), ambdues parts es mostren conforme que en el M2 es va preveure "una unitat mensual d'equip de senyalers pels accessos a la zona d'obres, per tal de garantir la seguretat dels usuaris de les vies adjacents, composta per dues parelles de senyalers, furgoneta i elements de senyalització necessaris". Així es recull a la pericial de la demandant (f. 929) i no es qüestiona per Tabasa que no fos així.

Aquest nou projecte, aprovat per la DG de Transports i Mobilitat el 31 d'octubre de 2011, va comportar la subscripció d'un nou contracte d'1 de novembre de 2011 en el que s'inclouïa aquest projecte modificat 2 (TA-98417.5-M2) com a part de la documentació que definia l'objecte del contracte. Expressament en el pacte 4t d'aquest nou pacte o contracte generat per aquest M2 es diu que "aquest document s'entendrà com a complement del contracte base i en allò que aquest contracte no estigui estipulat s'estarà al que s'indiqui en aquell".

Doncs bé, no sent un fet discutit que el projecte M2 es va incloure aquesta unitat d'obra en els termes transcrits, no pot ara Tabasa deixar de liquidar aquesta unitat mensual en base a la clàusula 2.2 del contracte base ni amb l'argument que es va confeccionar per error en el projecte M2 (recurs d'apel·lació).

Com bé raona la part demandada, el M2 i el contracte de 1 de novembre de 2011 suposa una novació parcial del contracte base (ja modificat amb el M1) en aquelles qüestions previstes en aquest M2. No estarà de més recordar, atesos en els termes en els que es planteja el recurs que les parts poden modificar la relació obligatòria en virtut del principi d'autonomia de la voluntat (art. 1255 CC). Quan s'altera la originària relació obligatòria es crea una de nova que substitueix l'anterior. És aquest el cas de la novació extintiva (art. 1204 CC), que amb paraules del Tribunal Suprem és " *un modo de extinción de la obligación que se produce por la constitución de una nueva que sustituye a la extinguida* " (STS de 28 de desembre de 2000). Per contra, quan la relació contractual només es subsisteix per aque4lla part que s'ha alterat o modificat, es dona el cas de la novació modificativa o impròpia que preveu l' article 1203 CC . Com raona el Tribunal Suprem a la sentència d'11 de febrer de 2015 " *para que se aprecie la novación modificativa, no es necesario que se siga el rigorismo formal que exige el art. 1204 CC (SSTS de 11 de julio de 1985 y 26 de enero de 1988 , y las allí citadas), pues, como señala esta última, para estimar una novación modificativa basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla*".

En el present cas, els termes de l'acord de novació del contracte base en motiu del M2 no deixa lloc al dubte que les estipulacions d'aquest projecte modificaven el contracte base en tot allò que s'havia estipulat en el M2.

Dos anys després i un cop executada i finalitzada l'obra, Tabasa no pot pretendre deslligar-se d'una de les estipulacions d'aquest M2 amb l'argument que va ser un error estipular-ho atès que el contracte base ja ho contemplava d'una altra manera. Que el contracte base ho preveïés en uns altres termes no és causa en la que pugui emparar Tabasa per no aplicar aquella estipulació perquè precisament el que es va voler amb el M2, va ser modificar en determinats punts el projecte inicial i amb ell l'objecte del contracte base. L'argument de la demandada no justifica l'exclusió d'aquesta unitat de treball de la liquidació. Per tant el recurs en aquest punt ha de ser desestimat.

IX.ZZPC0562 Corretges d'anivellament de morter d'alta resistència per a recolzament d'elements prefabricats.

La demandant reclama 140.040,09€ per aquesta partida que, havent estat certificada en 4.017,74 ut, finalment s'ha liquidat a 0 ut. La reclamació de la UTE es fonamenta en un amidament de 5.995,13 ut. Al lega que aquesta unitat es va preveure en el M2 i es correspon amb el morter col·locat en els ampits prefabricats

La demandada, admetent que els treballs es van fer amb l'amidament fixat per la direcció d'obra, no reconeix aquesta partida perquè entén que estaven inclosos en el preu de col·locació de les peces prefabricades, barreres i ampits i per tant, no s'han d'abonar com a unitat diferenciada.

La sentència estima la reclamació perquè en el M2 es contempla específicament aquesta partida de forma diferenciada a la col·locació de les barreres i de fet es va certificar a l'agost del 2012.

En el recurs, Tabasa manté que en el contracte base no es va preveure com una partida autònoma sinó inclosa en la col·locació dels elements prefabricats i que "el fet en el projecte M2 (s'inclougués) un amidament de 4.655,14 m per aquest concepte, això no pot alterar les condicions i els pactes subscrits entre les parts al llarg de l'obra, més quan és a la liquidació" final que s'ha de "comprovar efectivament el que s'ha executat".

Per les mateixes raons exposades a l'anterior apartat, no es pot acollir l'argument de Tabasa segons el qual la previsió d'un amidament diferenciat en el M2 no pot alterar les condicions i els pactes del contracte base. Per evitar innecessàries reiteracions, ens remeten al raonament que s'ha exposat a l'apartat VIII.



No pot passar per alt que la mateixa direcció facultativa, en el seu informe refereix que la liquidació a zero respon a un "canvi de criteri". Al suposat acord ("amidaments acordats") no n'hi ha cap prova.

No obstant, la reclamació de la contractista només pot ser estimada partint de l'amidament que amb caràcter subsidiari als anteriors arguments, refereix la direcció d'obra en el seu informe, és a dir 4.017,740 m. La sola indicació de mesures per part d'Asevasa en base als planells aprovats per la direcció de l'obra no poden desvirtuar els amidaments analitzats i comprovats per la direcció de l'obra.

QUART.- Unitats d'obres no recollides en el projecte M2.

Reclama la demandant dues partides que, si bé no estaven previstes en el projecte, no es discuteix que foren ordenades per la direcció de l'obra i van ser efectivament executades. Es refereix, concretament, (i) a la realització d'un drenatge transversal en el viaducte principal i la pèrgola que es va afegir a l'inicialment projectat i (ii) al pintat de senyalitzacions a l'àrea d'una benzineria i a la zona d'accés al carril Bus-Vao. Per la primera partida es reclamen 155.889,97€, 2.900€ pel pintat de senyalització a la benzineria i 3.892,41€ pel de la zona d'accés al carril Bus-Vao.

En la primera instància es va oposar Tabasa al legat que:

(i) sent cert que es va executar un drenatge transversal per esmenar problemes que es van detectar en el longitudinal inicialment previst i executat, aquests problemes van ser deguts a defectes en la seva execució imputables a la constructora. I afegia que, fins i tot, en el cas que es considerés que es devia a defectes del projecte, va ser la constructora qui els va desenvolupar i per tant encara que fos així, n'és ella la responsable.

(ii) ja es van liquidar 3.892,41€ pel pintat de les senyalitzacions i no es considera justificada una quantitat major. Refereix que no procedeix aplicar dos cops l'import de jornada mínima perquè es sabien els treballs que s'havien de fer i es podia haver planificat per la constructora la realització en una única jornada.

La sentència estima la reclamació en la seva integritat. D'una banda, considera que no hi ha prova suficient que acrediti que la realització del drenatge transversal per un mal funcionament del longitudinal, fos degut a una causa imputable a la contractista. I d'altra i pel que fa al pintat de senyalitzacions, parteix que la controvèrsia rau només en la senyalització de la benzineria perquè el d'accés al carril ja ha estat liquidat. Dit això, estima la reclamació perquè no hi ha prova que aquests treballs haguessin estat encarregats per tercers ni que el seu cost estigui inclòs en els 3.892,41€.

En el recurs sosté Tabasa que després de fer un nou anàlisi de la "proposta de l'UTE", la seva nova valoració seria la de 99.446,76€ que és la quantitat que accepta abonar. Així, sosté que accepta els preus de materials i productes utilitzats però no els de mitjans auxiliars; es mostra conforme amb 51 ut de talls de trànsit a 887,29€ / u i pel que fa a la compra de maquinària només accepta el 10% del seu import perquè podrà ser utilitzada per una altra obra.

La demandant s'oposa al recurs. Refereix, en primer lloc, que la sentència ha incorregut en l'error de no descomptar els 3.892,41€ ja liquidats el que redueix la condemna a 158.789,97€. Dit això, afegix que la demandada pretén que s'efectuï una nova valoració per unes raons i en base a dades i preus que no van ser controvertits en la primera instància. Pel que fa al pintat de la senyalització addueix que "*los trabajos de pintura se refieren a zonas diferenciadas, realizados en fechas diferentes y por tanto, autónomos el uno al otro, y ambas partidas han sido acreditadas fehacientemente*".

Plantejat el litigi en aquesta alçada en els termes exposats, el primer que cal dir és que efectivament la sentència incorre en l'error de no descomptar de la quantitat reclamada per la demandant 3.892,41€ que ja havien estat liquidats i abonats per Tabasa. No obstant no es pot deixar de dir que, malgrat que aquesta quantitat ja s'havia satisfet, la mateixa demandant la va computava i incloure en la que reclamava i la sentència no l'ha descomptat. Atès que és la mateixa demandant qui sol licita que es descompti, la sentència serà rectificadora en aquest sentit.

D'altra banda, cal assenyalar que malgrat que tota l'argumentació del recurs fa referència al drenatge, expressament es diu que "en relació amb les unitats d'obra no recollides en el projecte, s'accepta 99.446,76€ i es recorre per la diferència reconeguda per la sentència de 162.682,38€" (pàg 41 del recurs). Entenem per tant que el recurs no es centra només a la primera de les qüestions controvertides sinó també a la corresponent al pintat de senyalitzacions. Així ho ha entès també la constructora que ha contestat l'argumentació que s'havia efectuat en la primera instància.

Dit això, i entrant en l'anàlisi de la partida corresponent a la realització d'un drenatge transversal, havent rebutjat la sentència l'únic motiu que oposava Tabasa (necessitat d'aquesta construcció per causa imputable a la contractista) i no sent ja aquesta qüestió discutida en apel·lació per la demandada, el recurs no pot ser estimat. I no ho pot ser perquè les qüestions que planteja l'apel·lant per aconseguir la minoració de la quantitat objecte



de condemna no havien plantejades, ni tan sols de forma subsidiària, en la primera instància. Tampoc se'n va fer cap tipus de menció per la direcció d'obra en el seu informe ni ho ha fet en el present procediment el pèrit de Tabasa. La introducció d'aquestes qüestions en la primera instància no pot ser acceptada de conformitat amb l' article 456 LEC i els principis i la jurisprudència a la que ens hem referit a l'analitzar la ZZPC0558.

En definitiva, el que formula Tabasa en el recurs és una proposta en base a determinats criteris quan no és aquest l'objecte de l'apel·lació. Evidentment aquesta proposta podria haver estat acceptada la UTE i per tant, si hagués estat així s'hauria reduït la condemna. Però no havent-ho estat, no pot aquest tribunal entrar en l'anàlisi de qüestions i paràmetres que no foren plantejats ni qüestionats en la primera instància.

Pel que fa al pintat de les senyalitzacions l'opinió de la direcció d'obra per no estimar en el seu dia l'oposició de la UTE a la liquidació, i que es limita a recollir la pericial de Tabasa, fou que "donat que es podrien haver fet el mateix dia considerem que només seria d'abonament una d'elles, els 3.892,41€, donat que quan es va executar la segona de les actuacions es coneixia la primera i s'hagués pogut planificar conjuntament, aplicant una única vegada l'amidament de jornada mínima".

Doncs bé, sent aquestes les raons donades en el seu dia per la direcció d'obra per no acollir la reclamació en la que insisteix en aquest procediment, el pèrit de la constructora no va dir res al respecte en el seu informe sinó que es va limitar a dir que el cost de l'execució material d'aquells treballs de pintat de senyalització és de 2.900€ i 3.892, 41€, i a aportar com a annex 2.12 documentació que ho acreditaria. En l'escrit de contestació al recurs, la UTE es refereix a aquesta qüestió en els termes que abans s'han transcrit.

La documentació aportada fins a on a aquest tribunal ha estat tècnicament possible visionar, no permet desvirtuar la liquidació efectuada i no justifica la major reclamació. La sola aportació d'aquests documents sense una explicació complementària que rebateja els motius donats per la direcció d'obra resulta insuficient. Així, els albarans que s'aporten es refereixen a senyalitzacions de tall de carrils per la realització de determinades obres (baixants, pèrgola, canaleta de acer inoxidable, cablejat, fanals, pèrgola i viaducte, proves d'asfalt etc). A falta d'alguna explicació, no s'aprecia per part d'aquest tribunal que aquests albarans corresponguin als treballs pels que es reclama aquell major amidament, és a dir els "treballs de pintura de senyalització de l'estació de servei" i els "treballs de pintura d'accés a la C-58" com refereix la pericial de la demandant. D'altra banda, tampoc la relació de previsions de talls setmanals que s'han pogut visionar, permeten desvirtuar la liquidació efectuada.

En conclusió, de la quantitat concedida en la sentència que es recorre, s'hauran de descomptar 2.900€ i 3.892,41 €. La demanda en aquest punt s'estima en 155.889,97€.

CINQUÈ.- Preu de l'acer utilitzat en el viaducte principal.

I. La UTE reclama la quantitat que es correspon a la diferència entre la liquidació d'una part de l'acer al preu aplicat per Tabasa (2,48€/kg) i al que correspon al procés de producció de l'acer que s'ha utilitzat (3,3815€/kg). En concret reclama 937.494,79€, diferència entre la quantitat liquidada per Tabasa (4.836.446,34) i els 5.624.257,09€ que la constructora considera que s'havia d'haver fixat com a preu contradictori.

Explica, en síntesis, que en el projecte es va preveure la utilització de tres tipus d'acer diferents (tub, xapa doblegada i xapa) però que a "la taula de preus" només es contemplà el perfil laminat així com un únic preu per que és el que aplica Tabasa a tots els tipus d'acer. Continua dient que l'acer que es definia en aquest quadre no reunia les condicions necessàries que es requeria per poder ser utilitat a la totalitat dels elements del viaducte principal perquè s'havien de perforar els perfils laminats per tal d'alleugerir l'estructura i la seva viabilitat. Com que els treballs de perforació encarien el preu i la barra perforada té un cost de producció més elevat, s'havia d'haver formulat i acordat un preu contradictori conforme estableix la clàusula 6.2 del contracte, a la qual cosa Tabasa es va oposar.

Tabasa contesta a la demanda al legant que en un primer moment (projecte inicial) es van preveure dos tipus d'acer per l'execució de l'estructura del viaducte principal (S355-J23G i S460-NH) el primer, amb un preu unitari de 3,63€/Kg i de 4,73€/kg ,el segon. A oferta de la contractista, en el pressupost contractat els preus van passar a ser respectivament de 2,48€ i 2 €. Finalment, tant en el projecte M1 i M2, després d'un nou disseny de l'estructura, es va establir que aquesta es faria amb acer d'un tipus de resistència, S355, fixant-se el preu de 2,48€/kg sense preveure encariments per manipulació. Nega que es tracti aquest del supòsit previst a la clàusula 2.6 perquè no és una unitat d'obra no prevista en el contracte. Subsidiàriament, sosté que en cas que es fixés un preu contradictori hauria de ser el que va oferir la mateixa UTE.

La sentència entén que, al marge que s'hagués o no previst en el projecte la utilització d'acer tubular, la seva tècnica de producció justifica l'aplicació d'un preu superior al previst en el projecte per acers laminats o planxes (preu contradictori; cl.2.6) considerant correcte el preu unitari que fixa la contractista que, fins i tot, és inferior al que s'havia establert inicialment en el projecte.



En el recurs Tabasa insisteix que en el projecte s'havia previst la utilització d'acer en tub atès que l'acer laminat per a estructures metàl·liques es pot subministrar tant en xapes com en tubs (PPTP del projecte ap.2.5.5). El S460NH és en tub i la UTE va ofertar un preu de 2€/kg. No obstant aquell projecte inicial es va modificar (M1 i M2) i es va incloure la previsió que tots els amidaments es feren amb acer S355J2G3, prescindint així del de S460NH. En la construcció del viaducte es van utilitzar S355J2H i S355J2G3.

La demandant insisteix amb la seva argumentació per oposar-se al recurs.

II. La resolució de la qüestió que es planteja en aquest apartat exigeix partir de determinades dades que, o bé no han estat controvertides (unes) o consten documentalment acreditades (altres). Així resulta que :

En el "plec de prescripcions tècniques particulars" annexat al contracte (núm. 2) i del qual formava part, en l'apartat relatiu a l'acer laminat per a estructures metàl·liques es deia que són acers laminats per a estructures metàl·liques "els subministrats en xapes o tubs que corresponguin al tipus A-52 en grau definits a la Norma UNE 36080-73". A continuació referia que " tots els productes laminats hauran de tenir una superfície tècnicament llisa de laminació" i que han de presentar determinades característiques mecàniques. En els següents paràgrafs, es fa referència a determinades característiques que haurien de complir; en concret, les xapes i les que s'exigien als tubs (pàg. 32 del Plec GISA v.1 2003 aportat per DVD adjunt a la pericial de la demandant). No és possible afirmar, per tant, que no es preveïés des d'un bon inici la utilització d'acer en tub per les estructures metàl·liques. L'acer laminat pot ser tant en tub com en xapa.

En un principi, es va preveure la utilització de dos tipus d'acer de diferents resistència, composició i característiques: el S355 i el S460. Aquest últim es preveia pels tubs atès que expressament s'indicava amb la denominació S460NH és a dir "laminado de normalización y hueco". A aquest darrer s'havia donat un preu considerablement superior al primer. Paradoxalment a l'oferta de la constructora passava a ser molt més barat. I així en el pressupost l'obra es van recollir els preus ofertats per la mateixa UTE.

Amb el modificat M1 es va abandonar la previsió inicial d'utilitzar l'acer S460 de manera que l'únic que es contemplava era el S355 en grau J2 i subgrau G3 (pàg 1 de la justificació de preus del TA-98417.5 M1), és a dir un acer amb exigències d'especial resistència , resiliència i soldabilitat.

La controvèrsia es centra en la construcció de viaducte. L'acer laminat en tub que es va utilitzar és el S355J2H. Així s' afirma en el recurs i s'ha assenyalat a la pericial de la demandant (f.963-4). Aquesta dada s'ha pogut comprovar amb les factures dels subministradors d'aquest material aportades per la UTE.

Doncs bé, partint d'aquestes dades admeses unes i acreditades les altres, no podem compartir l'argument de la demandant segons el qual el preu contractat de 2,48€ no és d'aplicació a l'acer en tub que s'ha utilitzat a l'obra sinó que s'havia d'haver formulat i acordat un preu contradictori.

La previsió de formular un preu contradictori es contemplava contractualment pel cas que "en el desenvolupament de les obres s'esdevingués la necessitat d'executar alguna unitat d'obra no prevista en l'annex 4 d'aquest contracte "(quadres de preus , justificació de preus i el pressupost de l'obra; claus. 1). A la mateixa clàusula 2.6 es fixa la forma que es fixaria el preu contradictori de la nova unitat d'obra.

En el cas que s'examina no es dona el cas que contempla aquesta clàusula contractual perquè, com s'ha vist, la utilització d'acer laminat en tub estava previst. S'havia disposat (M1 que nova entre d'altres en aquest punt el projecte inicial) que l'acer que s'utilitzaria seria el de resistència S355J2G3 i el preu de la unitat d'obra es va fixar en 2,48€. L'acer S355J2H utilitzat no és més que la denominació de l'acer en tub (la H ho indica així) del tipus d'acer previst en el M1, és a dir el S355J2G3.

En definitiva, un nou anàlisi de la prova practicada porta a l'estimació del recurs, la revocació en aquest punt de la sentència i en conseqüència la desestimació d'aquesta concreta reclamació.

SISÈ.- Costos d'enginyeria.

I.- Manté la contractista que en el contracte es va establir que ella es faria càrrec dels costos d'enginyeria fins a 500.000€, quantitat que finalment es va augmentar fins a 590.000€ en els projectes complementaris. Explica que aquests projectes els va haver d'anar encarregant per resoldre problemes que no s'havien previst en el projecte. Sosté que ha pagat per aquest concepte 1.105.976€ i reclama la diferència amb el que s'havia previst en el contracte; la reclamació es fixa en 515.976,10€

Oposa Tabasa, en primer lloc, que la diferència entre 1.105.976 € i els 590.000€ són 425.976,1€. Dit això, afegeix que aquella clàusula 2.3 només es refereix als costos d'enginyeria que Tabasa hagués encarregat o autoritzat (que han pujat a 398.508,90€). Per contra, la UTE el que pretén és repercutir-li per aquesta via costos que són al seu càrrec conforme es preveu la clàusula 2.1.



La sentència entén que Tabasa fa una incorrecta interpretació d'aquelles clàusules contractuals, sent la 2.2 la que indica quines són les despeses que seran al càrrec de la contractista. Altrament, sent cert que era la UTE qui encarregava a les enginyeries els estudis, projectes, informes... que s'anaven fent a l'obra, Tabasa i la direcció de l'obra no ho ignoraven. En tot cas, s'han efectuat en benefici de l'obra i en atenció a les necessitats que anaven sorgint per l'execució dels projectes.

En el recurs Tabasa insisteix en la seva argumentació.

II.- Els arguments que dona la sentència per estimar la reclamació que formula la demandant per la diferència entre els 1.105.976 € que hauria pagat i el límit contractual de 590.000€ no poden ser compartits per aquest tribunal. La qüestió no és si els estudis, projectes... es van encarregar per la contractista, ni si s'han efectuat efectivament, ni si podien ser coneguts per la direcció de l'obra i per Tabasa ni tan sols si han repercutit en benefici de l'obra. La qüestió que s'ha de resoldre és si del seu cost se n'ha de fer càrrec la constructora o ha de ser Tabasa en atenció al que es va establir a les clàusules 2.3a) i la 2.2 així com a les mateixes funcions pròpies de la contractista. També són a càrrec de la contractista altres despeses derivades de l'execució que s'indiquen els apartats b-e de la clàusula 2.3.

Altrament, l'argument de la sentència segons el qual resulta significatiu que Tabasa no hagués reclamat el diferencial de 101.491,10€ és totalment equivocat perquè el que planteja Tabasa no implica que existeixi un crèdit al seu favor sinó si la UTE ha abonat "despeses de enginyeria" (cl. 2.3 a) per sobre del límit quantitatiu establert en el contracte, que és molt diferent. Tabasa no podia reclamar res a la constructora si finalment el cost dels informes als que es refereix la clàusula 2.3 a) era inferior al límit previst.

Efectivament, la clàusula 2.3.a) es va preveure que serien "a càrrec del contractista: Les despeses de redacció o revisió de projectes, estudis i informes, aixecaments topogràfics, geologia i geotècnia, càlculs estàtics, mesures de paràmetres i verificacions, comprovacions i dissenys d'estructures i treballs específics relacionats amb l'obra, fins a un import total de 500.000,00 Euros (IVA exclòs). Aquests treballs es duran a terme sota la direcció de TABASA i seran executats per les empreses que TABASA designi. TABASA facturarà al Contractista aquest import el qual el pagarà a 90 dies de la data de la factura." No és un fet discutit que aquesta quantitat es va ampliar a 590.000€ en les modificats.

La demandant parteix d'aquesta clàusula i d'aquella quantitat límit per reclamar automàticament la diferència amb el total que sumen les factures que s'aporten adjuntes a la pericial. En la reclamació formulada en aquests termes s'obvia que també es va preveure en el contracte que dins dels preus unitaris ja estaven incloses determinades despeses com són, entre moltes altres, els impostos, taxes o arbitris per motiu del contracte i de l'execució de l'obra, despeses de permisos o llicències propis del contractista necessaris per l'execució de les obres, les que originin al contractista el replanteig, la programació, el projecte constructiu, de reconeixements i assajos, controls de materials, controls d'execució, proves, recepció i liquidació de l'obra i projecte As built, totes les despeses corresponents als procediments constructius ofertats pel contractista, despeses de compliment de manual de senyalització d'obres que siguin d'aplicació, els de conservació de l'obra, despeses derivades de la redacció i visat dels projectes elèctrics, dels projectes de recipients de pressió etc, de les derivades de la redacció de les instruccions de funcionament i manteniment dels equips electromecànics, del manual tècnic d'obra civil i edificació i d'altres documents de caràcter tècnic vinculats a l'execució de les obres... (clàusula 2.2). La relació d'aquesta clàusula és merament enunciativa com expressament es diu. Per aquesta raó no resulta determinant per resoldre la qüestió controvertida que fos la direcció facultativa qui indiqués a la constructora la necessitat de la seva realització.

Di això, de les factures que relaciona la constructora i que li serveixen per fixar aquella suma total de 1.105.976€, Tabasa només admet que tenien cabuda en l'apartat a) de la clàusula 2.3 quatre de Cicsa (1090629/09,1100104/10,1100507/10,1110326/11), una de Paymacotas (11002731) i una altra de Count Transport (92205). La resta entén que es corresponen a informes el cost del qual constitueixen despeses que són a càrrec de la contractista. S'ha de dir que Tabasa no inclou en aquell llistat la factura de Cicsa núm. 1100168/10 però això respon a un error perquè el seu import sí que el va computar. De no haver estat així, el total admès per Tabasa hauria estat el de 347.215€.

Així, la demandant pretén justificar documentalment la seva reclamació amb l'aportació de les factures emeses que han estat conformades pel seu cap d'obra, el seu gerent, el seu director administratiu i abonades per l'entitat.

La sola lectura dels conceptes que es facturen ens porta ja a descartar que poguessin tenir cabuda o haguessin de ser computades d'acord amb la clàusula 2.3 a) les emeses per la mateixa Tabasa per un total de 2.098,55€ (primer bloc de la relació aportada per la demandant pàg 1-24) perquè es corresponen a taxes, informes i altres actuacions de la Direcció General de Carreteres que hauria avançat Tabasa i que la mateixa OHL havia acceptat abonar tal i com consta a la "ficha de comprobación de factura de proveedoras en contabilidad".



Tampoc ho poden ser les factures d'Eipsa (pàg.59-112) perquè es correspondrien al projecte constructiu i a la prestació d'un servei d'assistència tècnica i per tant serien a càrrec de la constructora conforme el que s'ha dit. El mateix succeiria amb les factures d'AZM, de Pedelta, d'Eurogeotecnica, de Geocisa, de Anton , de KV Consiltores i de Cimne a falta de majors explicacions, que no s'han donat per qui tenia la càrrega i la facilitat de donar-les.

En relació a aquesta qüestió, cal dir que la pericial de la demandant (part a qui correspon la càrrega i facilitat probatòria; art. 217 LEC) no explica a què corresponien els informes facturats que, segons es diu en aquest mateix informe, eren encarregats per la mateixa UTE quan sorgia " *un problema no previsto en el proyecto* " (...) " *algunas veces precedidos de instrucción verbal por parte de Tabasa* " i que la UTE abonava " *en la creencia de que les serían reembolsados por la propiedad en el momento de concluir las obras* " (f. 971). Amb només aquesta explicació, es computen la totalitat d'aquestes factures i es reclama la quantitat que excedeix dels 590 .000€.

Sent aquestes les úniques explicacions que es donen, la sola lectura del conceptes facturats (única dada que s'ha facilitat per la demandant) aquelles esmentades factures no podrien ser computades als efectes pretesos per la constructora.

Altres factures com algunes de Gicsa i les de Tec 4 (les de Structural Reserch es correspondrien a assistència tècnica) plantegen més dubtes pel concepte facturat que es correspondria a recàlculs estructurals i per tant podrien tenir cabuda en el supòsit en la clàusula 2.3. No obstant, en aquesta mateixa clàusula es va establir que "aquests treballs es duran a terme sota la direcció de Tabasa i seran executats per les empreses que Tabasa designi".

Tabasa es reservava d'aquesta manera la direcció, el control i la inspecció de l'obra, propi dels contractes d'obra pública (per totes, STS Sala 3a de 4/12/1995 en relació als contractes administratius d'obra pública).

Sent així, i com s'ha dit, l'únic que s'explica per la part demandant (en la pericial perquè en la demanda no es dóna cap més explicació que les xifres), és que la UTE les encarregava quan creia que eren necessàries, en alguna ocasió amb instrucció verbal de Tabasa i sempre amb la creença que se li abonarien. De la instrucció verbal no n'hi ha, però, cap constància. La direcció de l'obra en el seu informe refereix no haver tingut constància ni "dels imports ni de les peticions" (f.1211).

No es descarta que algun d'aquests informes d'enginyeria haguessin estat verbalment autoritzats per Tabasa, com s'al lega, perquè s'aprecia que en algunes de les factures que en aquest procediment s'admeten per Tabasa com a incloses en el supòsit de la clàusula 2.3 (concretament la de Paymacotas, la de Count Transport i la 1110326/11 de Cicsa) no consta que s'emetés el document de computació que, per contra, s'acompanya a les altres tres factures.

Ara bé, d'això no es pot concloure que totes les factures aportades per la UTE i en concret, més enllà d'aquell límit de 590.000€, haguessin estat autoritzades per Tabasa. De fet, ni el pèrit de la demandant ho manté així ni es pot extreure aquesta conclusió de la relació adjunta al seu informe. Segons resulta d'aquesta relació només dues respondrien a un encàrrec de Tabasa: la de Count Transport per 1.295€ (núm.92205) que ja reconeix Tabasa en el seu escrit de contestació a la demanda i l'emesa pel Sr. Anton per l'emissió d'un projecte d'ús d'explosius per un import de 3.500€ al qual ja ens hem referit amb anterioritat.

En conclusió, sense descartar que Tabasa hagués autoritzat expressament i de forma verbal alguns altres informes que podrien tenir cabuda en els conceptes que preveu la clàusula 2.3, del que no hi ha cap prova és que el seu import excedís del límit contractualment previst de 590.000€ per sobre del qual Tabasa hauria de fer-se càrrec del seu cost. Resulta francament estrany que si la UTE, tenint una autorització només verbal de Tabasa hagués assumit factures per sobre d'aquell límit en la quantitat que s'al lega i es pretén en aquest procediment, sense esperar a la liquidació final de l'obra, no ho hagués fet constar en algun moment o s'hi hagués referit d'alguna manera perquè quedés constància dels costos que estava assumint. No pot passar per alt en aquest sentit, que la major part d'aquestes factures són del 2010 i del 2011 i no hi ha constància de reclamació fins l'oposició a la liquidació final.

En aquest punt, doncs el recurs ha de ser estimat, revocada la sentència i desestimada la reclamació de la constructora.

SETÈ.- Costos indirectes.

I.- Plantejament del litigi.

Addueix la demandant que, durant el primer any i mig (fins el M1) el ritme d'execució de les obres va ser molt lent per causes que no li eren imputables i això va provocar que hagués de suportar un excés de costos indirectes que fixa en un 32,01% dels costos de producció quan l'adequat seria de l'11,77%. I invocant l' article 130 del



reglament general de la llei de contractes de les administracions públiques , reclama per aquest concepte 1.304.103,45€.

Tabasa, després de recordar que és la legislació civil i el mateix contracte el que regula aquesta obra, oposa que en el contracte es va fixar l'aplicació d'un percentatge del 5% de costos indirectes que s'havia d'aplicar sobre els costos directes o de producció que s'han anat abonant. Si finalment la contractista ha incorregut en un costos indirectes superiors als previstos, seran al seu càrrec i ventura. Altrament, molts dels pretesos costos indirectes que refereix la UTE no són més que despeses generals (art. 130.3 RD 1098/2001) que ja es remuneren amb un 13% del pressupost d'execució. Finalment, afegeix que si s'hagués de tenir en compte el factor temps la quantitat que es podria reclamar hauria de ser la de 137.138,76€ perquè si bé es va perllongar l'obra en 8,5 mesos també es van incrementar l'obra a executar amb els projectes complementaris.

La sentència raona que la pràctica paralització de l'obra fins que no es va redactar i aprovar el M1 va provocar en la contractista una pèrdua econòmica perquè ha hagut de suportar uns costos indirectes superiors als previstos. Discrepa, però, del sistema de càlcul que segueix el pèrit de la demandant perquè es desconeix si els "costos indirectes reals" en els que es basen els seus càlculs, han estat efectivament abonats per la UTE . Per contra considera " *una solución más razonable y ajustada a derecho aplicar ese porcentaje del 5% (...) a los costes indirectos que previsiblemente hubieran tenido lugar de no hallarse paralizada la obra en ese ejercicio por causas no imputables a la UTE, toda vez que el contratista ha debido mantener en la misma similares medios materiales y humanos* ". D'acord amb aquest raonament i partint de 24 milions (cost real anual de l'obra segons el peritatge de la demandant) fixa en 1.200.000€ la quantitat a la que ha de ser condemnada la demandada per aquest concepte.

Tabasa en el recurs insisteix que es va complir el termini final de l'obra, que les obres mai es van paraitzar així com en la resta de l'argumentació efectuada en el seu escrit de contestació. Sosté en definitiva que "les despeses indirectes són un import que a la liquidació final de l'obra es consoliden de forma global en funció de les unitats d'obra executades, independentment del ritme i evolució dels treballs. És un import, per tant, únicament lligat al compliment del termini fixat per a l'execució de les obres".

La UTE sol licita la confirmació de la sentència en aquest punt. Refereix que el determinant no és que finalment es complís el termini previst sinó si durant l'execució es va produir una paralització *de facto* per causes que no li són imputables. Cita a l'efecte sentències de la sala 3a del Tribunal Suprem.

I.- Resolució

El principi de "risc i ventura del contractista" especialment present en els contractes d'obres del sector públic ha estat objecte d'especial anàlisi per la secció 3a del Tribunal Suprem en aquelles obres directament contractades per una Administració pública a fi i efecte de concretar els seus límits.

Així, es raona per aquell tribunal que " *el principio de riesgo y ventura debe referirse a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes* " (STS de 16 de febrer de 2006) y que " *no sólo quiebra en los sucesos de fuerza mayor (...) sino también cuando la administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución* " (STS. 14 de maig de 2001). Per tant, ha entès que " *el principio de riesgo y ventura es compatible con la posibilidad de exigir la indemnización de daños y perjuicios que se deriven del retraso en la ejecución del contrato imputable a la administración* " (STS de 28 de juny de 2012). I es conclou a la sentència de 17 de novembre de 2011 que " *cuando es la propia Administración la que incumple las obligaciones derivadas del contrato, no estamos ante el riesgo y ventura imputable al contratista por circunstancias ajenas a las partes, sino ante un incumplimiento contractual por parte de la Administración* " .

Procedeix, per tant, examinar si en el present cas s'ha produït l'incompliment que la demandada imputa a Tabasa en virtut del qual reclama aquesta indemnització i que es centra en l'alentiment de les obres fins que no es va aprovar el M1 el qual respondria, segons la demandant, a la necessitat tècnica de resoldre les dificultats d'adaptació del projecte a la realitat existent.

S'ha de començar per dir que consta a la documental aportada i no s'ha discutit per les parts, que el termini inicialment previst (36 mesos des del començament de les obres; acta de replanteig: 15.12.2008) per l'execució del contracte, que es va mantenir en el M1, va ser ampliat en el M2 quedant fixat en el 31 d'agost de 2012 (f. 607). Tampoc és un fet discutit que les obres es van finalitzar dins d'aquest termini.

En relació a aquest darrer punt, ha mantingut la sala 3a del Tribunal Suprem que el fet que les obres hagin finalitzat en el termini contractualment previst no impedeix, per ell sol, que no es pugui apreciar responsabilitat " *cuando la propia administración se ha visto en la necesidad de conceder prórrogas sucesivas del plazo de finalización de las obras por no haber puesto a disposición del contratista, y a su debido tiempo, los medios necesarios y precisos para que pudieran iniciarse dichas obras y ello unido a la necesidad técnica de modificar*



un proyecto que, posteriormente, devino deficiente para que pudiera ser adaptado a la realidad existente " (STS 17 de noviembre de 2011).

No obstant també és doctrina d'aquell tribunal que " *la suspensión de una obra para realizar un nuevo proyecto básico no supone automáticamente derecho a indemnización (...) la cuestión ha de resolverse caso por caso, teniendo en cuenta que la aceptación del modificado, que es obligatorio en general, salvo que se den las circunstancias previstas legalmente para optar por la resolución, para el contratista, aun cuando se acepte voluntariamente no implica la renuncia a la indemnización de los daños ocasionados por la paralización, que es compatible con la aceptación del modificado, por lo que habrá que estar al contenido del mismo y a las obligaciones y derechos que expresamente se pacten al respecto (STS 18 de junio de 2012 . 13 de julio y 7 de diciembre de 2015 (recursos de casación 1592/2014 y 3271/2014 , respectivamente), de 27 de mayo de 2013 (recurso de casación 5159/2010, de 17 de noviembre de 2011)". (STS 29 de setembre de 2017 citant la de 31 de març de 2014 i en el mateix sentit les de 13 de juliol de 2015 i 13 de febrer de 2018).*

En el cas que s'examina, la mateixa demandant parteix que l'obra durant aquest temps, mentre es decidia i s'aprojava el M1, no es va suspendre. El seu argument es que es va alentir i que això va ser per causes imputables a Tabasa.

A les actes d'obres s'observa, per exemple, que fou la mateixa UTE qui va proposar algunes de les modificacions que després es van recollir en el modificat 1 (actes del 4 i 21 de gener de 2009). Altrament, van aparèixer dificultats en la definició de l'entrada de l'avinguda Meridiana a causa de l'ajuntament i es van trobar restes romanes en determinada zona que van obligar a parar les obres en aquell punt concret. També van sorgir dificultats en el laboratori contractat per la UTE i en l'enderrocament d'una nau.

També s'observa que durant els darrers mesos del 2009 es descriuen i s'analitzen els "temes pendents per incloure en el modificat". Es repassen durant el mes de febrer i el 3 de març del 2010 es lliura a la constructora una còpia del modificat. A partir d'aquell moment no consta cap altra referència a aquest modificat que va ser signat en el mes de juliol de 2010(f.604).

El perit de la demandant relaciona i explica en el seu informe els punts del projecte original que calia modificar perquè no s'adequaven a la realitat de l'obra així com la incidència que van tenir en el seu ritme fins que es va aprovar el modificat. El perit de la demandada, al respecte només al lega que " *les obres es varen executar segons una variant del viaducte principal contemplat al projecte , en base al qual es va convocar el concurs , que va presentar l'adjudicatari, qui també va presentar altres modificacions posteriors en altres elements singular , com ara la pèrgola o el pont del cementiri, per raons estrictament constructives"*(pàgina 32 del dictamen). Poques explicacions es donen per desvirtuar les donades pel perit de la constructora.

En tot cas, en l'escrit d'oposició a la liquidació(docu.25) el gerent de la UTE ja explicava que " *e sa mayor duración, como es conocido por TABASA, no guarda relación alguna con el buen hacer de la UTE y ha venido determinada por incidencias que, en buena medida, o guardan relación con imposiciones derivadas de las Administraciones públicas (y muy principalmente de órganos y organismos de la Administración de la que TABASA es medio propio) o de los cambios de definición del proyecto inicial y de los modificados cuya firma ha impuesto TABASA "*.

Dons bé, la direcció de l'obra en donar-li resposta, deia que "els fets exposats pel contractista s'ajusten, en general i de manera raonable, als fets transcorreguts durant el període de les obres, en allò que fa referència a incidències, ajustos de planificació, etc". No es discutia, per tant, la incidència que aquelles vicissituds havien tingut en el ritme de l'obra ni s'imputava cap responsabilitat a la contractista. La raó per la que considerava que no procedia una reclamació per increment de despeses indirectes era perquè " *tots els canvis que es varen produir, tant tècnics com de planificació de les obres, ja varen ser recollits en els corresponents projectes modificats número 1 i 2" i en "cadascun dels diversos nous projectes aprovats, tant modificats com complementaris, segueixen incorporant , de la mateixa manera que ho feia el projecte inicial, les despeses per costos indirectes, benefici industrial i despeses generals"*.

Així doncs, no havent estat realment discutit que les diverses incidències que es van anar sorgint durant aquell període, algunes de les quals van determinar l'aprovació de 2 modificats i 5 projectes complementaris, no són imputables a la constructora i van incidir negativament en el ritme de l'obra, el que procedeix examinar és si s'ha acreditat la causació de danys i perjudicis en la contractista.

És a la contractista a qui correspon acreditar el perjudici econòmic pel que reclama la indemnització (art. 217 CC i STS-3a- d' 1 d'octubre de 2014) perquè, com es raona a la STS-3a- de 26 d'abril de 2018 , no " *puede entenderse que haya lugar siempre a la indemnización de los perjuicios ante cualquier tipo de retraso que el modificado ocasione "*. Fins i tot pot succeir que " *hechos coetáneos o posteriores a la modificación del contrato que, pese al silencio de este, pongan de manifiesto la voluntad conjunta de ambas partes de zanjar con el*



"modificado" todas las consecuencias del contrato (artículo 1282 del Código civil)" (STS-3a- 29 de setembre de 2017) . En el present cas, la carta que la UTE va enviar a Tabasa en el mes de juliol de 2010(f. 1043) impedeix poder extreure aquesta darrera conclusió.

La demandant, per acreditar que se li han causat perjudicis per aquell alentiment de l'obra fins que no es va aprovar el M1 aporta una pericial que pretén acreditar aquest perjudici, que identifica amb un increment dels costos indirectes, basant-se en el percentatge de costos indirectes en relació als costos totals de l'obra que va suportar fins l'aprovació del M1 (que fixa en 32,01%) en comparació amb la proporció suportada des de llavors i fins el final de l'obra(que es trobaria entre el 13,09% i el 11,05%).

La sentència de 1a instància, malgrat considerar que no hi havia prova que els costos indirectes en què fonamenta la UTE la seva reclamació els hagi realment abonats, condemna a Tabasa a pagar com a indemnització pel perjudici per la "paralització de l'obra" el percentatge previst en el contracte per despeses indirectes (5%) sobre el que, segons la demandada, seria el cost real i anual de l'obra.

El raonament de la sentència no pot ser compartit. En primer lloc, l'obra no es va paraitzar sinó que es va només alentir el ritme i no se sap en quin percentatge realment ho va ser. I en segon lloc, perquè les dades i els càlculs efectuats en aquella pericial no permeten ni tan sols acreditar la causació d'un perjudici que en cap cas es pot presumir , ni tan sols en un supòsit de suspensió de l'obra.

La doctrina fixada per la secció 3a del Tribunal Suprem en relació al principi de indemnitat del contractista establert a l' article 120.2 de la llei de contractes del sector públic i la indemnització que pot reclamar en cas de suspensió de l'obra per part de l'Administració, és que s'ha d'acreditar que els perjudicis que es reclamen " sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa. Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la suspensión, y habrá de hacerlo así: primero, describiendo el concreto personal y demás elementos materiales que necesariamente han tenido que quedar adscritos y dedicados en exclusiva a la obra que haya sido objeto de la suspensión; segundo, ofreciendo prueba, con suficientes garantías de objetividad, que demuestre que el personal y los elementos así descritos estuvieron efectivamente adscritos a la obra suspendida y no fueron utilizados en otras obras o actividades distintas de la contratista; y tercero, aportar la documentación que, directamente referidas a tales elementos, ponga de manifiesto el montante de su costo. La segunda es que por aplicación de las reglas de la carga de la prueba incumbe a la contratista probar y justificar debidamente todo lo anterior " (SSTS de 29 de juny y de 3 d'octubre de 2016 , 29 de setembre de 2017).

Altrament és reiterada la jurisprudència fixada per la sala 1a del Tribunal Suprem segons la qual la indemnització per l'incompliment total o parcial de les obligacions derivades del contracte exigeix la constància de la realitat dels danys i perjudicis i de la seva prova (STS 24 de setembre de 1994 , 6 d'abril de 1995 , 22 d'octubre de 1996 , 13 de maig de 1997 , 24 de maig de 1999 ...), prova que correspon a qui així ho al·lega i reclama per aquest concepte. Només és possible apreciar l'efecte indemnitzador pel simple incompliment quan aquest incompliment determina per ell mateix un dany o perjudici, una frustració de l'economia de la part, el seu interès material o moral (sentències de 18 de juliol de 1997 , 31 de desembre de 1998 , 16 de març de 1999) que succeeix quan es dedueix necessàriament i fatalment l'existència (sentències de 19 d'octubre de 1994 , 16 de març de 1995 , 11 de juliol de 1997 , 16 de març i 28 de desembre de 1999 i 10 de juny de 2000), o és una conseqüència forçosa (sentència de 25 de febrer de 2000) o natural i inevitable (sentències de 22 d'octubre i 18 de desembre de 1995), o es tracta de danys incontrovertibles (sentència de 30 de setembre de 1989), evidents (sentència de 23 de febrer de 1998) o patents (sentència de 25 de març de 1998).

En el present cas, i com s'ha dit, l'obra ni tan sols s'ha suspès i la pericial de la demandant es limita a relacionar sempre cap altra dada ni explicació el personal de Copcisa que ha treballat en aquesta obra durant el primer any i mig, els de OHL, els de la UTE així com les empreses contractades per ella. Aquesta sola relació i els paràmetres als que ens hem referit són del tot insuficients per acreditar la causació d'un perjudici derivat d'un alentiment, el grau del qual ni s'ha intentat acreditar, en el ritme de les obres.

El recurs ha de ser, per tant, estimat en aquest punt, revocada la sentència i desestimada la reclamació formulada per aquest concepte.

VUITÈ.- Revisió de preus.

I.- En la certificació final de l'obra, Tabasa detreu de la liquidació 4.769.712,22€ per revisió de preus. La constructora mantenia a la demanda que aquesta detracció no era procedent i per tant reclamava l'import que se li havia detret.

El que es discutia en primera instància era si Tabasa en no haver revisat el preus mensualment com s'havia pactat, ja no pot fer-ho en el moment de liquidar l'obra quan no es donen circumstàncies que ho justifiquin.



A més es qüestionava, quin era el moment o la data que s'havia de tenir en compte per fer aquesta revisió i la fórmula que s'havia d'aplicar.

La sentència entén que, malgrat que la previsió contractual era que la revisió de preus es fes mensualment, la revisió al final de l'obra no suposa un incompliment contractual de tal entitat que impedeixi poder fer-la en un moment posterior. Entén que és d'aplicació la fórmula 12 i pel que fa a la data, conclou que si el preu a revisar estava previst en el quadre de preus del contracte base, l'índex de sortida és el de presentació de l'oferta (juliol 2008) i en un altre cas, ho ha de ser el mes que es va fixar el nou preu. I atès que cap de les alternatives formulades per les parts respon plenament a aquests paràmetres, acorda que la quantitat que s'haurà d'abonar a la contractista serà la que resulti de detreure dels 4.767.083,97€, la quantitat que es determini en execució a partir dels càlculs que efectui la demandant prèvia contradicció.

Contra aquest pronunciament recorren ambdues parts litigants.

Tabasa recorre insistint que la revisió de preus s'ha d'efectuar al mes de presentació de l'oferta (juliol del 2008). S'oposa, en qualsevol cas, a què es deixi la determinació als càlculs que efectui la contractista ja que és ella a qui li correspon fer-ho.

La UTE impugna la sentència perquè s'estimi el seu argument principal és a dir, que no havent-se efectuat la revisió a les certificacions mensuals, ja no és possible fer-ho al final de l'obra sense causa que ho justifiqui ni acord entre les parts.

Per raons de sistemàtica, s'examinarà primer la impugnació ja que en cas d'estimar-se ja no s'hauria d'examinar i resoldre el recurs de Tabasa en relació a la revisió de preus.

I.- Disposa el paràgraf primer de la clàusula 2.7 del contracte base que "procedirà la revisió convinguts per a l'execució de les obres només en el cas que, segons resulti de les relacions valorades expedides, s'hagi executat, qualsevol que sigui l'oscil·lació dels costos, un 20% del pressupost total de l'obra i hagi transcorregut un any des de la seva adjudicació; sense que, per altra part, sigui susceptible de revisió en cap cas el 20% del total de liquidació de l'obra ni l'obra executada durant el primer any comptador des de la data d'adjudicació del contracte" (ap.1) i que "la valoració de la revisió de preus es farà mensualment fins a la data en que ho permetin els índexs oficials de preus publicats i formarà part, com a annex, de la relació valorada del mes corresponent." (ap.3). Es recull d'aquesta manera la previsió de revisió de preus que contemplaven els articles 77 i seg de la Llei vigent 30/2007 de contractes del sector públic, els articles 103 - 108 del RD-Leg 2/2000 de contractes de les Administracions públiques, del seu reglament (RD 1098/2001) i que actualment també contempla l'actual Llei del sector públic 9/2017.

La revisió de preus és una modalitat de les tècniques d'estabilització de la contractació pública. Es busca, com diu la doctrina, garantir el manteniment de l'equilibri financer del contracte i per tant, l'evolució del preu de l'obra a l'evolució dels preus del mercat que es produeixi durant la seva execució. La seva funció essencial seria garantir la viabilitat de les prestacions objecte del contracte mitjançant l'adaptació del preu a l'evolució del valor de mercat. Suposa, per tant, una excepció no només als principis de preu cert i del de *pacta sunt servanda* sinó fonamentalment al de "risc i ventura del contractista" que, en el present cas, expressament es recull a la clàusula 13 del contracte.

Així, i com s'ha dit, les parts ara litigants van pactar que "la valoració de la revisió de preus" s'efectuaria mensualment i "formaria part de la relació valorada del mes corresponent"(apartat 3r de la clàusula 2.7) . I en consonància amb l'anterior, en el segon paràgraf de la clàusula 22.7 s'estableix que "l'import de la certificació de l'obra inclourà la quantitat corresponent a la revisió de preus que resulti de l'aplicació d'allò previst a la clàusula 2.7 d'aquest contracte , calculada fins al mes en que així sigui possible en funció dels índex oficials de preus publicats a la data d'expedició d'aquesta certificació".

Doncs bé, no és un fet discutit que Tabasa no va incloure a les certificacions mensuals la valoració de les revisions de preus però, com es raona a la sentència que es recorre, entenem que la falta de la seva valoració en les certificacions mensuals no pot comportar a conseqüència que pretén la contractista.

S'ha de partir que en el contracte no es va incorporar una pacte com el que estableixen l' article 108 del RD-Leg 2/2000 o el 82 de la Llei 30/2007 (94 del RD-Leg 3/2001) segons els quals " *el importe de las revisiones que procedan se hará efectivo mediante el abono o descuento correspondiente a las certificaciones o pagos parciales o, excepcionalmente, en la liquidación del contrato, cuando no hayan podido incluirse en dichas certificaciones o pagos parciales*". En el contracte l'únic que es va establir en aquest sentit és que en la certificació que s'efectuï un cop determinat el valor definitiu de liquidació de l'obra , "s'inclourà la quantitat corresponent a la revisió de preus que no hagués pogut ser calculada en el moment d'expedició de liquidació de l'obra per no haver-se publicat els índexs oficials de preus necessaris" (clàusula 22.8).



La previsió contractual no és exactament la mateixa que la prevista en la legislació llavors vigent i d'aquell clausurat no es pot deduir una conseqüència com la que pretén la constructora, és a dir que la no inclusió de les valoracions a les certificacions mensuals suposa la renúncia de Tabasa de incloure les valoracions de les revisions de preus a la certificació final.

L'argumentació de la demandant suposaria que Tabasa, al no incloure les valoracions de les revisions de preus a les certificacions mensuals, estaria renunciant -en el cas que la valoració final li fos favorable (atès que les revisions de preus poden ser tant a l'alça com a la baixa i poden determinar tant un abonament com un descompte)- al dret a efectuar-la en un moment posterior d'acord amb els paràmetres contractualment establerts.

Aquesta conclusió no es pot extreure dels termes del contracte. La renúncia d'un dret és, com ha assenyalat en diverses ocasions el Tribunal Suprem, " *un negocio jurídico de carácter unilateral que se asienta en una declaración de voluntad -expresa o tácita - del titular del derecho*" (*por totes SSTS de 26 de maig de 2009 i 20 de juny de 2014*). Així mateix ha declarat que la renúncia s'ha de fonamentar en actes clars i inequívocament expressius d'ella (*SSTS de 5 març 1991 , 19 desembre 1997 , 27 de febrer de 2007*).

En el present cas, ni del clausurat del contracte es pot extreure la conclusió que sosté la demandant ni es localitza cap acte clar i inequívoc d'aquella voluntat per part de Tabasa en aquest sentit; de fet, ni tan sols s'allega.

A tot això, només afegir que la Sala 3a del Tribunal Suprem en els supòsits que són competència de la jurisdicció contenciosa administrativa, tampoc ho ha entès en el sentit en el que insisteix la constructora en la seva impugnació. Concretament en la recent sentència de 28 de setembre de 2018 raona aquell tribunal que " *aun siendo obvia la conveniencia de realizar en los plazos normativamente establecidos los referidos análisis de mercado, también debemos afirmar que el retraso en dicha realización no comporta automáticamente la imposibilidad de revisar los precios* ". Altrament, en els contractes d'obra en el que la valoració de la revisió és favorable al contractista i s'ha efectuat en la liquidació final sense que consti causa que ho justifiqui, el que s'aprecia per la sala 3a del Tribunal Suprem és un compliment tardà de l'obligació que genera per l'Administració l'obligació de pagar interessos, discutint-se tan sols la data inicial del còmput d'aquests interessos (**SSTS 4 d'abril de 2006 , 4 de juliol de 2012 , 23 de juliol del 2014 , 10 de maig i 14 de novembre de 2018 ...**).

En el present cas, ni tan sols aquesta qüestió dels interessos podria ser discutida atès que ha estat Tabasa qui no va incloure en les certificacions mensuals la valoració de la revisió. En tot cas , només afegir que l'explicació donada per la part demandada per deixar la valoració de la revisió de preus pel moment de la liquidació final no sembla inversemblant atesa la tendència dels preus que perjudicaven a la constructora. Un acord en el sentit de deixar per aquell moment final la valoració, si bé no ha quedat acreditat, no apareix com a irraonable. El que no es pot acceptar, però, és que la no valoració de la revisió dels preus en les certificacions mensuals suposés una renúncia per part de Tabasa de liquidar-lo al final de l'obra, si finalment era favorable a l'Administració.

Correctament ho ha entès així el Jutjat i per tant la impugnació de la UTE en aquest punt ha de ser desestimada.

I.- No sent ja discutit en apel·lació que la fórmula polinòmica aplicable a efectes de revisió de preu és la número 12 del Decret 3650/1970 , la segona qüestió controvertida en aquesta instància és si per la revisió de preus i en relació als preus d'unitats d'obra que es van fixar en un moment posterior a l'inicial, s'ha d'estar a aquell moment inicial o a la data que es van fixar.

Amb caràcter general estableix l'apartat 5è de la clàusula 2.7 que " els índex oficials de preus que es prendran per la seva aplicació a les fórmules polinòmiques esmentades, seran els publicats en el Butlletí Oficial de l'Estat prenent-se com a índex de sortida el del mes de presentació de l'oferta".

Es raona a la sentència que en atenció a la pròpia funció de la revisió de preus a la que abans hem referit "no podemos sino acoger la tesis de la demandante en el sentido de que se trata de una técnica que tiene su sentido y resulta de aplicación respecto de acontecimientos futuros, de tal forma que la revisión de precios va a considerar las alteraciones que se produzcan desde el momento del establecimiento del precio, lo que excluye la posibilidad, a entender de esta Juzgadora, por la propia finalidad o filosofía que debe presidir esta clase de previsiones, de que la revisión de un precio pueda partir de valores anteriores a su fijación, debiéndose tomar en consideración la fecha en la que fueron establecidos". I en conseqüència conclou que en el cas dels preus previstos en el quadre del contracte primitiu aquella data serà la de la presentació de l'oferta però en el supòsit de preus nous per unitats noves, ha de ser aquella en què es va fixar el nou preu.

L'argument de Tabasa es basa en la unitat del contracte i en la clàusula 2.6 f) a més de la 2.7 quan es refereix al mes de presentació de l'oferta, sense fer distinció. Sosté a l'efecte aquesta litigants que els nous es defineixen en atenció al mes de presentació de l'oferta.



Efectivament, i com hem vist la clàusula 2.7 en regular com s'havia de fer la revisió de preus no distingeix entre els del quadre de preus inclosos en l'annex 4 del mateix contracte, els que s'establissin en una posterior modificació o els mateixos preus contradictoris .

Pel seu cantó la clàusula 2.6 f) del contracte en regular els preus contradictoris estableix que aquests "es referiran a la data d'aquest contracte i essent d'aplicació les revisions de preus en les mateixes condicions que els altres preus unitaris". Per tant, no només no s'efectua cap distinció entre uns i altres en aquella clàusula sinó que en aquesta expressament es diu que les revisions de preus es farà en les mateixes condicions (totes i no només algunes com sosté la UTE en el seu escrit d'oposició al recurs) que els altres preus unitaris. I si és així, no és per altra raó que el preu contradictori es refereix a la mateixa data del contracte.

Adjunt al peritatge de la demandant s'han aportat les actes de preus contradictoris però no així la proposta de la direcció d'obres, la justificació de preus i el pressupost. De la sola lectura d'aquestes actes no es pot extreure la conclusió que aquells preus no es fixessin atenent al moment inicial de la contradicció, com s'estableix en el contracte, i no a la data de la seva fixació. De fet en el peritatge de la demandant, per efectuar els càlculs alternatius que presenta, parteix de la data d'aprovació de cada acta de fixació del preu (f. 1014 seg) sense fer però cap tipus de menció a la data a què venien referits aquests nous preus. L'omissió és francament important no només atesos els temes previstos en el contracte sinó també perquè, només en el supòsit que els nous preus es referissin a la data de la seva fixació, es justificaria el pronunciament de la sentència que es basa en el manteniment de l'equilibri econòmic del contracte i els arguments de la demandant.

La demandant en el seu escrit d'oposició al recurs de Tabasa addueix que la tesis que manté aquesta litigant portaria a l'absurd d'establir " *dos regimenes diferenciados para la revisión de los precios según su fecha: los iniciales según las variaciones futuras, y los nuevos según las variaciones pasadas lo que, amén de absurdo, -que lo es, y mucho-, contradice el sentido de la remisión de la cláusula 2.6 in fine a la cláusula 2.7 (...)*" (pàg.46).

No és certament així si com es preveu en el mateix contracte els nous preus s'hauran de referir a la data del contracte. I no hi ha cap prova (ni s'al lega) que no s'hagi complet aquesta previsió contractual. Sent així, tant un com d'altres venen referits a la mateixa data i per tant la seva revisió s'efectuarà en idèntiques condicions .

Els mateixos raonaments són d'aplicació als preus dels projectes modificats. En la segona part del tercer dels apartats de la clàusula 1.4 del contracte base es preveu en relació a les modificacions que" es valoraran d'acord amb els preus de les corresponents unitats d'obra fixats en l'annex. En cas que la modificació impliqui l'execució d'una nova unitat d'obra no prevista en l'annex 4 ni deduïble d'aquest, el seu preu es fixarà contradictòriament d'acord amb allò establert a en la clàusula 2.6".

En la carta que el gerent de la UTE va fer arribar al Sr. Manuel quan encara no havien signat el contracte, el primer li exposa la seva discordança per la valoració econòmica que se n'havia fet dels elements bàsics que definien les unitats d'obres que havien de ser objecte de preus contradictoris la qual cosa li causarà pèrdues que no podrà assumir(f. 144). Exposava les raons per les que considerava que la valoració era incorrecte sense fer, però, cap menció a una discrepància a la data al que el preu es referia.

De fet, el que establia l' article 158 del RD 1098/2001 de 12 d'octubre és que "1. Cuando se juzgue necesario emplear materiales o ejecutar unidades de obra que no figuren en el proyecto, la propuesta del director de la obra sobre los nuevos precios a fijar se basará en cuanto resulte de aplicación, en los costes elementales fijados en la descomposición de los precios unitarios integrados en el contrato y, en cualquier caso, en los costes que correspondiesen a la fecha en que tuvo lugar la adjudicación.

2. Los nuevos precios, una vez aprobados por el órgano de contratación, se considerarán incorporados a todos los efectos a los cuadros de precios del proyecto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 146.2 de la Ley" és a dir del procediment a seguir en cas que el contractista entengui que es dóna un dels casos de força major que contempla l'article 144.

Consegüentment i d'acord amb es anteriors raonaments, el primer dels motius d'apel lació de Tabasa ha de ser estimat la qual cosa fa que esdevingui innecessari l'anàlisi del que es plantejava només amb caràcter subsidiari. Per tant la sentència ha de ser revocada també en aquest darrer punt.

NOVÈ.- Conclusió.

La demanda ha de ser estimada en la quantitat total de 712.773,43€ (16.279,2€ + 38.379.28 +29.571,62 + 378.943,60 + 93.709.76 + 155.889.97). Aquestes quantitats resulten d'aplicar a les ut els preus que s'indiquen a la pericial de la demandant, que no han estat controvertits per la demandada més l'aplicació dels percentatges contractualment previstos per despeses generals i benefici industrial.

Aquella quantitat s'incrementarà en els interessos legals des de la interpel lació judicial atès que aquest pronunciament de la sentència no ha estat objecte d'apel lació.



Tampoc s'ha de modificar el pronunciament en costes de la primera instància atès que es manté l'estimació en part de la demanda.

DESÈ.-Costes de la 2a instància.

La desestimació de la impugnació determina que les costes que en deriven siguin a càrrec de l'impugnant (article 394.1 i 398.1 LEC). No es fa expressa imposició per contra de les que deriven del recurs d'apel·lació conforme disposa l' article 398.2 LEC .

DECIDIM

Estimar el recurs d'apel·lació interposat per Tabasa Infraestructures i Serveis de Mobilitat, S.A. contra la sentència dictada pel Jutjat de 1a. Instància núm. 32 de Barcelona en data 6 de setembre de 2016 , rectificada per interlocutòria de data 19 d'abril de 2017 , i *desestimar* la impugnació formulada per Obrascon Huarte Lain, S.A. i Copcisa, S.A. i en conseqüència, revocar la sentència en l'únic sentit de fixar en 712.773,43€ la quantitat que Tabasa ha d'abonar a les demandants. Es manté en els pronunciaments relatius a interessos moratoris i costes.

Son a càrrec de l'impugnant les costes que deriven de la impugnació. No es fa imposició de les que deriven de l'apel·lació.

Amb devolució del dipòsit consignat a l'apel·lació.

La present sentència es susceptible de recurs de cassació si concorren els requisits legals (art. 469 - 477-disposició final 16 LEC), que es interposarà davant d'aquest Tribunal en un termini de vint dies a comptar des de la notificació de la present.

Un cop notificada i ferma aquesta sentència, s'han de tornar les actuacions originals al Jutjat de procedència amb testimoniatge d'aquesta resolució per al seu compliment i deixant-ne una certificació en el present expedient.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.