



Roj: **STSJ AR 656/2011 - ECLI: ES:TSJAR:2011:656**

Id Cendoj: **50297330012011100097**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2011**

Nº de Recurso: **56/2009**

Nº de Resolución: **168/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NEREA JUSTE DIEZ DE PINOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ARAGON CON/AD SEC.1

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00168/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- SECCIÓN PRIMERA -

RECURSO DE APELACIÓN Nº: 56 de 2009

S E N T E N C I A Nº 168 DE 2011

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES -

PRESIDENTE -

D. RICARDO CUBERO ROMEO -

MAGISTRADOS: -

D. JESÚS MARÍA ARIAS JUANA -

D^a ISABEL ZARZUELA BALLESTER -

D^a NEREA JUSTE DÍEZ DE PINOS -

=====

En Zaragoza, a ocho de marzo de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, Por la Sala de lo Contencioso - Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, integrada por los Magistrados que al margen se relacionan, el recurso de apelación nº 56/09, interpuesto por el apelante **DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGON** representado y defendido por el Letrado de sus servicios jurídicos; y como parte apelada **FERROVIAL AGROMAN, S.A.**, representada por el Procurador D. Serafín Andrés Laborda y defendida por el Letrado D^a Rebeca Moreno Robles; siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrado D^a NEREA JUSTE DÍEZ DE PINOS.

Es objeto de apelación la sentencia de 10/11/2008 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Tres de Zaragoza en el Procedimiento Ordinario nº 596/07 por la que: Primero.- Estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por parte de Ferrovial Agroman, S.A. frente a la desestimación presunta del Gerente del Servicio Aragonés de Salud de los recurso de alzada interpuesto por la parte recurrente en fechas 11/4/2007, 18/4/2007 (2), 7/6/2007, 19/6/2007, 23/7/2007 y 6/9/207 solicitando la inclusión de la actualización de **precios** y la improcedencia, por no ser ajustado a Derecho del criterio aplicado por la Dirección de Obras, Instalaciones y Equipamientos del Servicio Aragonés de la Salud, para el cálculo del importe de la



revisión de **precios**, en las certificaciones núms. 16, 17,18, 19, 20, 21 y 22 del contrato denominado "Reforma del Centro de Traumatología, rehabilitación y tratamiento de grandes quemados del Hospital Miguel Server de Zaragoza" que queda anulada y sin efecto. Segundo.- Reconozco como situación jurídica individualizada el derecho de la entidad recurrente a que sean emitidas de nuevo las certificaciones números 16 a22, incluyendo la revisión de **precios** calculada sobre base que contenga las cantidades correspondientes a los reintegros de los anticipos de **maquinaria**, condenándose a la demandada a dicha emisión; más el interés legal del dinero incrementado el 1,5 puntos a contar del plazo de dos meses desde que se emitieron las certificaciones recurridas, con el derecho a percibir los intereses de los intereses desde la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo (26/12/2007). Tercero.- No procede imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El citado Juzgado de lo Contencioso-Administrativo dictó la mencionada Sentencia, que notificada a las partes fue recurrida por la Diputación General de Aragón que suplicó que estimando el anterior recurso contencioso administrativo se declaren conforme a derecho las resoluciones recurridas.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado del mismo al apelado que se opuso al recurso de apelación suplicando se dicte sentencia por la que se desestime el mismo.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones con emplazamiento de las partes, fue señalado para votación y fallo del recurso el día 3 de Marzo de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Diputación General de Aragón plantea como motivos para que se revoque la sentencia de instancia que: Habiéndose estimado la pretensión de la parte actora entendiendo que procede la revisión de **precio** sobre anticipo de **maquinaria** e instalaciones fijas, sobre la base de no efectuar distinción alguna sobre abono en cuenta o anticipo de materiales y anticipo o abono a cuenta de instalaciones fijas o **maquinaria** adscrita a la obra, concluye que incurre en error porque considera que las cantidades anticipadas en concepto de **maquinaria** e instalaciones de la obra no son revisables y su importe no puede computarse a efectos de determinar el veinte por ciento exento de revisión. Infiriendo que los abonos a cuenta por instalaciones y gastos de equipo tienen el carácter de gastos generales, y como tales, no revisables, pues, lo contrario produciría la ruptura del principio de estabilidad presupuestaria. b) No muestra su conformidad con que los intereses vencidos generen intereses -anatocismo- pues la cantidad que se tuvo en cuenta no era líquida. A las pretensiones de la parte apelante se opone la parte apelada.

Sentado lo anterior el tema enjuiciado en el presente procedimiento le es de aplicación el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 26 de junio por el que se aprobó la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, aplicable a tenor de la fecha de adjudicación del contrato, que ambas partes fijan en el mes de julio del año 2004. A dichos efectos el artículo 103 dice: 1ª la revisión de **precios** de los contratos regulados en esta ley, tendrá lugar en los términos establecidos en este título cuando el contrato se hubiera ejecutado en un 20% de su importe y haya transcurrido un año desde su adjudicación, de tal modo que ni el porcentaje del 20% ni el primer año de ejecución contado desde dicha adjudicación puede ser objeto de revisión". Así mismo el artículo 145.1º de dicha disposición prevé: "A los efectos de pago, la Administración expedirá mensualmente en los primeros diez días siguientes al mes que corresponde, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho periodo de tiempo, salvo presunción en contrario de las cláusulas administrativas particulares, cuyos abonos tiene en concepto de pago a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la predicción final y sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de obras que no corresponden, añadiendo en apartado 2º: "El contratista tendrá también derecho a recibir abonos a cuenta sobre el importe de operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopio de materiales o equipos de **maquinaria** pesada adscritos a la obras en la condiciones que se señalen en los respectivos pliegos de cláusulas administrativas particulares y conforme al régimen y los límites con carácter general, se determinen reglamentariamente, debiendo asegurar los respectivos pagos mediante prestación de garantía".

En virtud de lo anterior y como quiera que esta Sala analizó un supuesto en similares características al que aquí se enjuicia en sentencia de 29/4/2010 en el recurso de apelación 54/2008 al que aún siéndole la Ley 13/1995 de Mayo, de Administraciones Públicas, no se modifica con carácter sustancial la cuestión analizada por lo que se reproducen los argumentos que se contienen en la misma en el sentido siguiente: Queda pues centrada la cuestión aquí debatida a la determinación de la base sobre la que ha de efectuarse la revisión en las certificaciones recurridas, no discutiéndose, como se ha dicho, ni el derecho a tal revisión ni que de ésta



queda excluida el 20 % del importe del contrato por imperativo del artículo 104.1 de la referida Ley -a cuyo tenor "la revisión de **precios** en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación". Siendo de significar que la primera de las certificaciones impugnadas, la número 60, que recoge el importe de la revisión de **precios** correspondiente a las certificaciones hasta entonces cursadas con derecho a ella, se elaboró inicialmente por la Dirección de las obras partiendo de que del importe total presupuestado de la obra -ascendente, incluidos modificados, a 63.874.524,50 euros-, quedaba excluido el 20 % -esto es, 12.774.904,90 euros-, por lo que el total a revisar era de 51.099.619,60 euros, y la primera de las certificaciones con derecho a revisar era la número 33 si bien en parte -en lo que excedía del total a excluir por el citado 20 %- . Y para calcular el importe de revisión que correspondía a cada certificación, dicha Dirección restaba al importe certificado de obra el reintegro correspondiente a anticipos revisables -esto es, acopio de materiales-, pero no, en cambio, el correspondiente a anticipos no revisables -considerando como tales los de **maquinaria**-; ascendiendo el importe de la revisión desde la referida certificación número 33 hasta la 60, por aplicación del coeficiente que en cada mensualidad procedía a las cantidades resultantes, a la suma de 1.652.093,47 euros, y el importe total de esta última certificación, que incluía esta suma, a 2.879.494,57 euros. Esta certificación, que en definitiva sigue al efectuar el cálculo de la revisión el criterio que aquí mantiene la contratista, no fue aprobada por el Salud, el cual acordó requerir a la Dirección facultativa la emisión de una nueva a fin de que se excluyesen de la revisión las cantidades correspondientes a abonos a cuenta por instalaciones y equipos. Así se hizo por la esa Dirección, de manera que en la nueva certificación emitida, para el cálculo de la revisión, se restaba del importe de certificado de obra, además del reintegro correspondiente a anticipos por acopios, el correspondiente a anticipos por **maquinaria**, por lo que la suma de las revisiones quedaba reducida a la cantidad de 1.586.417,09 euros y, consiguientemente, el importe total de la certificación número 60 a la cantidad de 2.813.818,19 euros. Efectuándose el cálculo de la revisión en las certificaciones sucesivas conforme a este último criterio, aplicándose, por tanto, el coeficiente de revisión correspondiente -que tampoco es aquí cuestionado- sobre la cantidad resultante de restar al importe certificado de obras los reintegros por anticipos de acopios y de **maquinaria**.

TERCERO .- Pese a que en la fundamentación jurídica que asume la sentencia recurrida se parte de que son revisables no sólo los anticipos por acopios sino también los anticipos por **maquinaria**, considerando el representante de la Administración, en contra de lo que se dice en aquella, que la distinción entre ellos no es artificiosa, es lo cierto que la mercantil aquí apelada ha venido manteniendo desde el primer momento que no cuestiona si tales anticipos son o no revisables, sino el hecho de que los reintegros de cantidad que ha ido realizando a lo largo de determinadas certificaciones, como devolución de los importes recibidos como anticipos de **maquinaria**, se deduzcan también de la base sobre la que se calcula la revisión de **precios**. Y en la solución a adoptar cobran especial relevancia los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 10/1999, de 30 de junio, y 65/1999, de 21 de diciembre, obrantes en las actuaciones y en los que ambas partes pretenden ampararse al extraer de los mismos conclusiones contrarias una y otra.

En el primero de ellos se pone de manifiesto que las conclusiones de su anterior informe de 18 de noviembre de 1983 (expediente 67/83), "de que eran susceptibles de revisión, siempre que concurriesen los requisitos generales necesarios para ello, los abonos a cuenta por acopio de materiales, pero no los correspondientes a instalaciones y equipos y que su importe era computable a efectos de determinar el 20 por 100 exento de revisión, se basaban en la distinta naturaleza de los abonos a cuenta regulados en el artículo 143 del Reglamento General de Contratación del Estado y en las cláusulas 54, 55 y 56 del Pliegos de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, pues -se decía- "mientras los materiales acopiados están destinados a ser incorporados físicamente a la obra las instalaciones y equipos son elementos auxiliares de la obra, que no se incorporan a ésta y, como consecuencia de ello, en el primer caso, el contratista normalmente recupera el **precio** de los materiales por virtud de la obra certificada, en tanto que en el segundo las instalaciones y equipos no trascienden a las certificaciones como realidad física, sino que el contratista recupera su valor por repercusión de su coste sobre el **precio** de la obra". Afirmándose en dicho dictamen que "a juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa existen argumentos para mantener que los anticipos por **maquinaria**, ni son revisables, lo que expresamente decía nuestro informe de 18 de noviembre de 1983, ni su importe se computa en el 20 por 100 exento de revisión, extremo sobre el que el citado informe no contenía pronunciamiento expreso alguno. La razón fundamental que, a nuestro juicio -se dice-, avala el criterio del órgano consultante es la de que la revisión de **precios** y el umbral exento hacen referencia a la "obra ejecutada" o al "volumen de obra ejecutada" tanto en la regulación del Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, como en la de los artículos 104 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo sostenerse que el importe de los abonos a cuenta o anticipos por **maquinaria**, reiterando los argumentos del informe de 18 de noviembre de 1983, no son importe de la obra ejecutada dado que dicha **maquinaria** no se incorpora a la obra, a diferencia de lo que sucede con los materiales acopiados". Concluyéndose por lo expuesto en dicho informe que "a diferencia de los abonos



por acopio de materiales, susceptibles de revisión y cuyo importe debe computarse en el 20 por 100 exento de revisión los abonos o anticipos a cuenta por **maquinaria**, no son revisables, todo según los criterios del informe de esta Junta de 18 de noviembre de 1983, ni su importe, en consecuencia, puede computarse a efectos de determinar el 20 por 100 exento de revisión".

Ante las divergencias interpretativas surgidas en relación al referido informe, se elevó consulta por la Confederación Nacional de la Construcción a dicha Junta Consultiva a fin de que dictaminara cual era su interpretación y aplicación correcta "en cuanto a la revisión de **precios** de los abonos o anticipos a cuenta por **maquinaria** y, más concretamente, en cuanto a la revisión de las certificaciones de obra ejecutada en las que se hayan efectuado las correspondientes deducciones para el reintegro de los mismos", emitiéndose el citado dictamen 65/1999, en el que, tras dar por reproducidos los razonamientos y conclusiones de los anteriores informes, y realizar ciertas consideraciones sobre la regulación de los abonos o anticipos por instalaciones recogida en el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre -en concreto en la 55 -, la Junta Consultiva considera que "los Directores de la obra en la justificación del importe de estos abonos, deberán poner especial cuidado en sobrepasar un porcentaje a justificar de la repercusión de los equipos en las unidades de obras en las que intervienen de acuerdo con el cuadro de **precios** descompuesto del proyecto, cuando este exista, y teniendo en cuenta que dicha repercusión contiene la amortización del equipo o instalación, por una parte, y los gastos de funcionamiento por otra, siendo solamente objeto de abono por adelantado los gastos de amortización. De no producirse el adelanto de los gastos de amortización de equipos y **maquinaria** por parte del órgano de contratación, a favor del contratista, permanecerían constantes durante la ejecución del contrato, de lo que se deduce, que en el caso de reintegro de estos abonos por parte del contratista al órgano de contratación, no deben de estar afectados por ninguna revisión de **precios** al alza o a la baja, circunstancia que se produciría si de la obra ejecutada en el período de abono de certificaciones se detrajera la cantidad para la amortización del abono adelantado por instalaciones y equipos, produciendo perjuicio a una de las partes -contratista u órgano de contratación- por el mero hecho de no considerar la revisión de **precios** asociada a la detracción de la parte de obra ejecutada"; y concluyéndose por la Junta Consultiva que "los reintegros de los abonos adelantados por instalaciones y equipos no deben estar afectados por ninguna revisión de **precios** y por lo tanto, lo procedente será valorar la obra ejecutada durante el período de abono de certificaciones, aplicando a las mediciones los **precios** del contrato, y, a continuación, efectuar el descuento de los abonos por acopios de materiales, si así procediera, y una vez obtenido este resultado aplicarle la revisión de **precios**. Finalmente de este último resultado procede efectuar la detracción para el reintegro de abonos a cuenta por instalaciones y equipos".

Tal informe es claro y contundente en cuanto al criterio que estima correcto para efectuar la revisión que no es otro que el mantenido por la contratista -así como por la Dirección facultativa al emitir la originaria certificación de obra número 60-, sin que, pese a lo que se alega por la demandada y aquí apelante, quepa apreciar confusión alguna al respecto, y sin que los argumentos que por ella se han venido manteniendo se consideren suficientes para desvirtuar los informes de la Junta que esta Sala considera acertados. Y es que, en efecto, una cosa es que no sean revisables los anticipos de **maquinaria** y otra muy distinta que deban descontarse de las cantidades revisables el importe de los reintegros que han de efectuarse por tales anticipos, con la consecuencia, perjudicial para la contratista, de ver reducido el importe de la revisión a la que se tiene derecho en una cantidad igual a la de tales anticipos y por haber optado a ellos en el ejercicio el derecho reconocido en el transcrito artículo 145.2. Sin que este precepto, ni ningún otro, establezca que la revisión ha de verse reducida como consecuencia de los anticipos de tal naturaleza o, como viene a mantener la Administración, que deba optarse por la revisión íntegra a la que se tiene derecho o por el percibo de los anticipos, cuando el derecho a éstos se reconoce sin establecer la restricción que se propugna por aquella.

Por otra parte, la conclusión a la que llegan los reiterados informes, distinta a la mantenida por la Administración, ciertamente viene avalada por la interpretación literal del Título IV de la Ley 13/1995, cuando en los artículos 106 y 107 se alude a que los coeficientes de revisión se aplicarán "a los importes líquidos de las prestaciones realizadas" o "sobre el **precio** liquidado en la prestación realizada"; de manera que no han de aplicarse al importe líquido resultante de la certificación, tras deducir del importe certificado de obra ejecutada los reintegros por anticipos de acopio de materiales y de **maquinaria**, sino al líquido de las "prestaciones realizadas", que, en nuestro caso es obra ejecutada, de la que habrá de deducirse, por tanto, lo anteriormente abonado por ella por los acopios de material, que es -se insiste- "importe de la obra ejecutada", consideración que no tienen los anticipos por **maquinaria**.

En cambio, y pese a lo que se sostiene por la Administración, no puede aceptarse que la sentencia del Tribunal Supremo que cita, de 17 de diciembre de 2004, avale su postura cuando la misma se refiere a un supuesto distinto al aquí enjuiciado y en la que dicho Tribunal ningún razonamiento efectúa sobre la concreta cuestión objeto de controversia en el presente recurso.



Debiendo, finalmente, ponerse de manifiesto que la tesis que defiende la Administración no sólo perjudica a la contratista -contrariando la finalidad de la revisión, que no es otra que la del mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones-, en cuanto que, como se ha dicho antes, vería reducido el importe de la revisión de la obra a la que se tiene derecho, sino porque, además, a diferencia de los anticipos por acopio de materiales, que computan a efectos de determinar el 20 % exento de revisión, los anticipos por **maquinaria** no computan a tales efectos, con la consecuencia de que se excluyen para determinar el porcentaje exento de revisión -lo que es correcto- y, por el contrario, se incluyen en las deducciones de la base sobre la que ha de calcularse la revisión -lo que, por lo expuesto, no procede". Así como también debe ser acogida al abono de intereses de demora conforme el artículo 99.4 del RDL 2/2000 que dispone: "La administración tendrá obligación de pagar el **precio** dentro de los dos meses siguientes a la expedición de las certificaciones de obras o los correspondientes documentos que acreditan la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en apartado 4º del 110 y si se demorase, deberá abonar al contratista a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses el interés legal incrementado en 1,5 puntos de las cantidades adeudadas", así como los intereses que se devengan de los intereses, pues como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo siendo exponente la sentencia de 28/6/1999 ante la falta de previsión normativa administrativa, es aplicable la supletoriedad del artículo 109 del Código Civil, de donde resultan que en el recurso contencioso administrativo se produce desde la fecha en que se interpuso el mismo.

SEGUNDO.- Lo anteriormente razonado determina la desestimación del recurso sin que, no obstante, proceda imponer las costas del presente recurso de apelación a la Administración recurrente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 139.2 de nuestra vigente Ley Jurisdiccional, al apreciarse que concurren circunstancias que justifican la no imposición, determinadas especialmente por la confirmación del pronunciamiento de la sentencia contra la que aquella mostraba su disconformidad con base en fundamentos distintos a los que en ella se recogen y tratarse, lo discutido, de una cuestión compleja y controvertida.

En atención a lo expuesto, este Tribunal ha resuelto pronunciar el siguiente

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación número **56/09** interpuesto por **LA DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGON** frente a la sentencia obrante en el encabezamiento de esta resolución.

SEGUNDO.- No procede efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas en esta instancia.

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

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la **no** tificación de la anterior resolución. Doy fe.