



Roj: **STSJ CL 1917/2012 - ECLI: ES:TSJCL:2012:1917**

Id Cendoj: **47186330012012100236**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **13/04/2012**

Nº de Recurso: **126/2011**

Nº de Resolución: **716/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00716/2012**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección : 001**

**VALLADOLID**

-

N56820

C/ ANGUSTIAS S/N

N.I.G: 47186 33 3 2011 0100567

Procedimiento: RECURSO DE APELACION 0000126 /2011

Sobre: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De D./ña. AYUNTAMIENTO DE CASTELLANOS DE MORISCOS

Representación D./D<sup>a</sup>. JULIO CESAR SAMANIEGO MOLPECERES

Contra D./D<sup>a</sup>. UTE MORISCOS

Representación D./D<sup>a</sup>.

**SENTENCIA Nº 716**

**ILUSTRISIMOS SEÑORES:**

**Presidente:**

DON ANTONIO JESUS FONSECA HERRERO RAIMUNDO

**Magistrados:**

DON JESUS BARTOLOME REINO MARTINEZ

DON SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

En la ciudad de Valladolid, a 13 de abril de dos mil doce.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de Valladolid, integrada por los Magistrados citados al margen, ha visto el rollo de apelación nº 126/2011, dimanante del procedimiento ordinario nº 280/2007, seguidos en



primera instancia ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Salamanca, y en los que fue dictada sentencia el día 26 de mayo de 2010.

Han sido partes las siguientes: **como apelante** , EL AYUNTAMIENTO DE CASTELLANOS DE MORISCOS (Salamanca), representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Román Capillas y defendido por la Letrada Sra. del Rey García; **como apelada** , la UTE MORISCOS (TECONMA S.A.-VALSAN CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.L.), representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Cuevas Castaño y defendida por el Letrado Sr. Carretero González.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Dictada Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Salamanca el día 26 de mayo de 2010, y una vez notificada en forma a las partes, *por la Administración demandada* se interpuso recurso de apelación solicitando su estimación y, con revocación de la sentencia de instancia, se acordase la conformidad a derecho de los actos administrativos impugnados. No solicitó el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista ni la presentación de conclusiones

**SEGUNDO.-** Admitido el citado recurso y evacuado el oportuno traslado, la parte apelada no presentó escrito alguno.

**TERCERO.-** Transcurridos los plazos de los artículos 85.2 ° y 4° de la Ley de la Jurisdicción , se elevaron los autos y el expediente administrativo a la Sala.

**CUARTO.-** Por Resolución de 26 de mayo de 2011 se acordó la formación y registro del presente rollo de apelación, designándose ponente del mismo al Ilustrísimo Señor Magistrado don ANTONIO JESUS FONSECA HERRERO RAIMUNDO.

Declarados los autos conclusos, se señaló para votación y fallo el día 10 de abril de 2012.

En la segunda instancia se personó el Procurador de los Tribunales Sr. Samaniego Molpeceres, en representación de la parte apelante.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente rollo de apelación se han observado las prescripciones marcadas por la Ley.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Constituye objeto de la presente apelación la Sentencia dictada el día 26 de mayo de 2010 por la Magistrada titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Salamanca en el Procedimiento Ordinario nº 280/2007 , en la que se estimaron parcialmente las pretensiones deducidas por doña la UTE MORISCOS contra el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Castellanos de Moriscos de 21 de junio de 2007 desestimando el recurso de reposición que había sido interpuesto frente al adoptado con fecha 24 de abril de 2007, por el que se acordó la resolución, por incumplimiento imputable al contratista, del contrato para la ejecución de las obras de construcción de piscina municipal descubierta e instalaciones complementarias suscrito en fecha 31 de mayo de 2006.

Dicha sentencia, convalidando la decisión de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista, anula los actos impugnados en el particular relativo a que acuerda la incautación de fianza y la indemnización de daños y perjuicios, lo que se hizo por apreciar la juzgadora de instancia concurrencia de culpa de la Administración contratante al existir errores de cálculo en el Proyecto y considerar, con base en ello, procedente aplicar un mecanismo de compensación con apoyo en varias sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (de 14 de junio de 2002 y de 22 de febrero de 2006 ).

**SEGUNDO.-** Para dar adecuada respuesta a la problemática de esta apelación hay que partir de un hecho indubitado, que el Ayuntamiento de Castellanos de Moriscos en ningún momento ha negado la concurrencia y certeza de los hechos por los que la juzgadora de instancia apreció la concurrencia de culpa por su parte - defectos del proyecto-, sino que su planteamiento descansa en que en la sentencia no se hace una valoración ponderada de las culpas concurrentes para llegar a la compensación y a la decisión de anular la declaración de incautación de fianza y de indemnización de daños y perjuicios, planteamiento que se articula sobre una denuncia de infracción del artículo 113.4° de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pues la incautación de la fianza y la indemnización de los daños y perjuicios es una consecuencia de todo acto resolutorio con culpabilidad del contratista. Afirma que la propia sentencia declara la validez de la resolución por considerar que estamos "ante un incumplimiento imputable al contratista por su pasividad culposa o negligente" a la hora de ejecutar las obras -los defectos del Proyecto fueron alegados después de levantada el



acta de replanteo, sin haber dado comienzo a la ejecución-, y que cuando aplica el criterio de compensación por apreciar concurrencia de culpa de la Administración, por los defectos del Proyecto, no hace ningún tipo de ponderación al respecto para determinar el alcance de ese incumplimiento de la Administración y su influencia, sin reparar en que los defectos representaban un porcentaje no significativo -10% del Proyecto-.

Este planteamiento no puede ser aceptado por esta Sala y sección primera puesto que la sentencia de instancia, además, de rechazar la concurrencia de una voluntad rebelde de la contratista de cara al cumplimiento del contrato, cuando dice que " *En este caso hay que tomar en consideración que las comunicaciones se prolongaron al menos hasta el día 14 de septiembre de 2006, por lo que hasta este momento no existe una demora imputable a la contratista entendida como una voluntad rebelde a su cumplimiento. Cuando la Administración plantea a la empresa la decisión final de comenzar las obras de inmediato o si a la empresa no le interesaba que renunciase, la empresa, duda entre resolver el contrato de mutuo acuerdo o continuar el mismo, y el día 26 de septiembre de 2006 manifiesta que iniciarán las obras en quince días y en el fax remitido al Ayuntamiento el día 29 de septiembre de 2006 (con registro de entrada en el Excmo. Ayuntamiento de 2 de octubre de 2006) consta que solicitan las instrucciones oportunas para el reinicio de los trabajos; solicitud que no fue admitida por la Administración, sino que por el contrario inició el expediente de resolución del contrato. Por ello, cabe concluir que, atendidas las circunstancias concurrentes, es correcta la resolución del contrato de obras, si bien la demora en el inicio de los trabajos no se debe exclusivamente a la voluntad rebelde a su cumplimiento por parte de la empresa que pueda justificar la incautación de la garantía prestada a la firma del contrato*" -, resalta los incumplimientos del Ayuntamiento, no pudiendo ser admitido el porcentaje de afectación del Proyecto que la parte apelante cifra en el 10% del Proyecto, cuando existe un informe pericial en autos que cifra las necesarias adaptaciones y modificaciones del mismo en el 100%, razón por la que bien pudo ser otra la iniciativa del contratista y debe considerarse acertada la decisión de apreciar y compensar las culpas en la forma realizada con apoyo en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 y de 22 de febrero de 2006, que hacen cita de otras y de varios dictámenes del Consejo de Estado.

Ante estos datos poco más cabe añadir, si bien debe rechazarse la cita de dos sentencias anteriores de esta misma sección primera pues el supuesto de hecho de cada una de ellas era totalmente distinto, sin que se tratara la problemática de una concurrencia de culpas. Así:

a) la dictada el día 28 de julio de 2006 -rollo de apelación 500/2005- resuelve sobre si la resolución acordada era de mutuo acuerdo o por incumplimiento imputable al contratista ( *Fundamento de Derecho Segundo: "De la prueba practicada resulta que por más que las partes hubieran establecido algún tipo de negociación de cara a una posible extinción por mutuo acuerdo del contrato es lo cierto que esta no llegó a producirse, habiéndose finalmente acordado la extinción contractual por resolución unilateral de la Administración demandada en el acuerdo recurrido."* ) y admitiendo esta segunda alternativa considera aplicable el efecto previsto en el citado artículo 113.4º sin analizar, pues nos e había planteado, la posible existencia de una concurrencia de culpas y sus consecuencias;

b) la de 14 de septiembre de 2007 -recurso 1492/2003-, resuelve sobre si era o no posible una resolución por incumplimiento del contratista cuando éste estaba en situación de quiebra ( " *Fundamento de derecho Tercero: ... De esta forma no puede sin más expresarse que la concurrencia de una causa de resolución como es la existencia de la quiebra impide la operatividad de la declaración de la resolución por incumplimiento contractual, teniendo además en cuenta que la apreciación de dichas causas es coetánea, ya que el procedimiento por resolución contractual se inicia el día 18 de noviembre de 2.002 y el auto de declaración de quiebra es de 19 siguiente."* ) y admitiendo tal posibilidad considera aplicable el efecto previsto en el citado artículo 113.4º sin analizar, pues no se había planteado, la posible existencia de una concurrencia de culpas y sus consecuencias.

Por el contrario, esta cuestión si fue analizada expresamente en sentencia dictada el día 28 de mayo de 2008 (rollo de apelación 241/2007 ), cuyo fundamento de derecho sexto era del siguiente tenor:

<< *Otro de los motivos del recurso de apelación se refiere a la incautación de la fianza acordada en el mismo acto que dispuso la resolución contractual; afirmando sobre ello la apelante que debió tenerse en cuenta la concurrencia de incumplimientos achacables a la propia Administración, así como el hecho de que los imputables al contratista no fueron dolosos, ni siquiera culposos, entendiéndose por ello que esa medida no debió ser acordada ya que no se trataba de una consecuencia inmediata y obligada del incumplimiento contractual, y citando en este orden de cosas algunas sentencias del Tribunal Supremo que a su juicio avalan la solución que mantiene.*

*Ya adelantamos que la Sala, aún estimando correcta la decisión que acuerda la resolución contractual por causa imputable al contratista, sin embargo moderará los efectos de la extensión de la incautación acordada. En este sentido ha de afirmarse primeramente que el efecto de la incautación de la fianza, como consecuencia de la resolución del contrato por causa imputable al contratista, procede efectivamente en aplicación de lo dispuesto*



en el artículo 113.3 de la Ley de Contratos ; sin embargo, si se tiene en cuenta, como se ha dicho, que en la vida del contrato concurrieron algunos incumplimientos que son achacables a la misma Administración, bien que fueran de menor entidad, la conclusión que se alcanza, de conformidad con la jurisprudencia interpretativa de dicho precepto, es que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes con el fin de modular los efectos de esa medida penalizadora.

En efecto, el citado artículo 113.3 establece la regla general de la indemnización de daños y perjuicios que se imputen al incumplidor, pero lo que el precepto no prevé es el supuesto de concurrencia de culpas, siendo la práctica de los Tribunales y del Consejo de Estado la que ha llegado a la conclusión de que en determinados casos no se producirá esa consecuencia de la indemnización por los daños y perjuicios. Y así en el Dictamen del Consejo de Estado número 1641/1992, de 27 de enero de 1993, se dijo: "Procede la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, pero apreciándose concurrencia de culpas que debe exonerar a aquel de las consecuencias previstas en el artículo 53 de la Ley de Contratos : pérdida de la fianza e indemnización de daños y perjuicios a la Administración".

En este sentido interesa señalar también que la Jurisprudencia ha suavizado el rigor de los efectos que produce la citada medida de la incautación de la fianza, señalando que existe un cierto margen de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso que puede permitir, en función de los supuestos, la moderación equitativa de la pena. Así la sentencia del T.S. de 2 de abril de 1.985 nos enseña lo siguiente: "en la metodología de aplicación de las incautaciones de fianza y aparte el caso de cláusula penal, no cabe reducción al simplismo de la antítesis, o culpa del contratista, o culpa de la Administración contratante, cuando es legítima la resolución; pues ese reduccionismo conduciría a una infundada presunción de culpa en función del solo hecho de incumplimiento contractual determinante de la resolución, cuando sujeto el cumplimiento del contrato al principio general de buena fe ( artículo 1.258 del Código Civil ) que abre un margen de ponderación de circunstancias objetivas, concluyentes de culpa en su citada y distinta acepción subjetiva, que tanto obliga a la Administración, como vincula al Tribunal revisor, a valorar en su conjunto el ámbito circunstancial en que la conducta de incumplimiento se produce para incautar o no la fianza ajena a expresa cláusula penal, según que en concordancia a la naturaleza del contrato y a las expuestas circunstancias la pérdida de la fianza se ajuste o no a su estricta finalidad de garantía y en ponderación equitativa al tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2 del Código Civil ".

En la misma línea está la sentencia del mismo Alto Tribunal de 13 de octubre de 1.982 , que se refiere a la interpretación restrictiva de las cláusulas penales. Pero dada la concreta cuestión ahora suscitada, en que se habían producido incumplimientos imputables a las dos partes, en los que aún siendo de mayor entidad los del contratista inciden también en el resultado los de la Administración, resulta más que oportuno referirse al Dictamen del C.E. nº 46.546, de 20 de junio de 1.984, cuyo contenido en lo que ahora interesa fue el siguiente: "Dado que no es un caso de incumplimiento total sino de irregularidad en el cumplimiento, la incautación de fianza (superior a cuatro millones de pesetas) no debe practicarse necesariamente sobre la totalidad de su importe sino que debe estarse, de acuerdo con lo sostenido con anterioridad por este Consejo de Estado (dictamen de 5 de marzo de 1984, expediente número 46.105) al principio de moderación equitativa de la pena, que se desprende del artículo 1.154 del 1.082 Código Civil incautando un porcentaje de la fianza igual al que represente la valoración de los daños y perjuicios; del importe total del contrato.>>

La diferencia es que en el caso que ahora examinamos, por lo dicho antes sobre el grado de afectación del proyecto, consideramos que no debe ser atemperada la compensación realizada que, por el contrario, es totalmente ajustada.

**TERCERO.-** Todo lo anterior determina que deba ser desestimado el recurso de apelación y confirmada la sentencia de instancia.

En materia de costas procesales, en aplicación del nº 2 del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción , con base en los pronunciamientos anteriores, procede hacer expresa imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

**CUARTO .-** De conformidad con la disposición adicional 15ª.9º de la Ley Orgánica 1/2009 , como consecuencia de la desestimación del recurso, procede acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

**VISTOS** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que **DESESTIMAMOS** el presente recurso de apelación, registrado con el número de rollo 126/2011, y **CONFIRMAMOS** la sentencia dictada el día 26 de mayo de 2010 en el procedimiento ordinario 280/2007 del Juzgado de lo Contencioso- administrativo nº 2 de Salamanca .



Se hace imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

Esta sentencia es firme y frente a ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido, dándole el destino legalmente previsto.

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

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en ella se expresa en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ