

Roj: **STS 93/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:93**Id Cendoj: **28079130072014100008**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **22/01/2014**Nº de Recurso: **3644/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CELSA PICO LORENZO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 3644/12 interpuesto por el la Procuradora de los Tribunales D^a Leticia Calderón Galán en nombre y representación de Imathia, SA - Construcciones Iglesias, SA. UTE, contra la Sentencia de fecha 19 de julio de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, en el recurso núm. 251/10 , seguido a instancias de Imathia, SA - Construcciones Iglesias, SA. UTE, contra la Resolución del Director General de Carreteras, por delegación, de fecha 16 de febrero de 2010, que resuelve el contrato de obra de la Seguridad Vial, Remodelación de la Intersección de la N-320, p-k. 277,000 a 278,000. Tramo: acceso a Guadalajara por la causa establecida en el artículo 111, apartado g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 2/2000, de 16 de junio). Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 3644/12 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, se dictó Sentencia con fecha 19 de julio de 2012 , que acuerda: "Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "IMATHIA, S.A. CONTRATAS IGLESIAS, S.A. U.T.E." , contra Resolución de fecha 16 de febrero de 2010 a que las presentes actuaciones se contraen. Sin imposición de costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de Imathia, SA - Construcciones Iglesias, SA. UTE, se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 12 de noviembre de 2012 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- El Abogado del Estado, por escrito de 18 de septiembre de 2013 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

QUINTO.- Por providencia de 19 de noviembre de 2013 se señaló para votación y fallo para el 15 de enero de 2014, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excmá. Sra. D^a. **Celsa Pico Lorenzo** , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La representación procesal de Imathia, SA - Construcciones Iglesias, SA. UTE, interpone recurso de casación 3644/2012 contra la Sentencia desestimatoria de fecha 19 de julio de 2012 dictada por la Sala de



lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, en el recurso núm. 251/10, deducido por aquellas contra la Resolución del Director General de Carreteras, por delegación, de fecha 16 de febrero de 2010, que resuelve el contrato de obra de la Seguridad Vial, Remodelación de la Intersección de la N-320, p-k. 277,000 a 278,000. Tramo: acceso a Guadalajara por la causa establecida en el artículo 111, apartado g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 2/2000, de 16 de junio, al tiempo que acuerda incautar la garantía definitiva prestada por el contratista y procede a la comprobación, medición y liquidación de las obras, de acuerdo con el art. 151.1 . TRLCAP.

Identifica la sentencia el acto impugnado en su PRIMER (Completa en CENDOJ Roj: SAN 3541/2012) FJ.

En el SEGUNDO rechaza la caducidad del expediente.

Expone en el TERCERO el informe del Consejo de Obras Públicas favorable a la resolución al considerar incumplimiento esencial del contratista la interrupción y abandono de las obras tras las discrepancias surgidas entre el Director de aquellas y el contratista ejecutor.

Refleja lo vertido por el Consejo de Estado respecto a que el *"contratista no puede condicionar la realización de las obras contratadas a la aprobación de ulteriores reformados"*.

Adiciona que *"del total de las causas en que se justifica la resolución del contrato hay una de ellas que resulta patente en el informe del perito procesal y que reviste especial gravedad; se trata de la desobediencia a las órdenes dadas por la Administración a través del Director Técnico de Obra. . El informe técnico que se aporta como prueba pericial procesal refleja reiteradamente que lo ordenado por la Dirección de Obra es distinto de lo ejecutado por el contratista. Esto no es admisible y constituye causa grave que afecta a un aspecto esencial en la ejecución de la obra pública como son el sometimiento al Proyecto y a las órdenes dadas por el Director de la Obra"*.

Subraya que *"El contratista no puede modificar el contenido de la obra unilateralmente y después exigir a la Administración la modificación del contrato"*.

Recalca que *"el "ius variandi" es una prerrogativa de la Administración y si este derecho excede un límite máximo, la quinta parte de lo presupuestado, el contratista puede resolver el contrato, pero no puede exigir a la Administración la modificación del contenido de las prestaciones, por muy razonables que al contratista le parezcan"*.

Añade *"concurren otras causas de esencial trascendencia, como son la subcontratación de la obra sin conocimiento de la Administración y el incumplimiento de la normativa sobre Seguridad Social"*.

Puntualiza que corresponde al Director de la Obra y no al contratista formular propuesta sobre los nuevos precios a fijar a tenor del artículo 158 del Reglamento General de la Ley de Contratos aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Subraya que sólo podrían introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato (artículo 160).

Consigna que en el informe emitido por el perito procesal, D. Gustavo , Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos constan hasta 10 deficiencias concluyendo en la constatación de un alto número de defectos más desobediencias a las ordenes de la administración.

Tras todo ello razona que el perito procesal reconoce y admite que *"de la documentación existente resulta que el contratista dejó de ejecutar las obras en marzo de 2009 cuando apareció agua que no estaba prevista al realizar la excavación entre perifallas debido a la elevación del nivel freático"*. No consta que la Administración por este motivo ordenase la paralización de la obra. El proyecto de finalización no recoge expresamente que la orden de suspensión de la obra emanase del Director Técnico sino que *"el constructor paró la obra por la seguridad de la excavación"*; el Consejo de Obras Públicas especifica como hemos dicho que *"las discrepancias surgidas entre el Director de las obras y el contratista durante la ejecución de las obras desembocaron en el mayor incumplimiento por parte del adjudicatario, cual es la interrupción y el abandono de las obras"*. Este abandono es especial y esencialmente grave. El contratista pudo exponer por escrito esta situación para que la Administración decidiera lo que correspondía hacer, pero todo quedó reducido a intentos de modificación del proyecto, que no se lograron por el contratista. La no aceptación de un modificado no confiere al contratista derecho a abandonar las obras justificando de este modo la resolución del contrato".

Finalmente en el CUARTO desestima la petición de indemnización al rechazar la cesión del contrato a tercero no autorizada por la administración.



SEGUNDO.- 1. Un primer motivo de recurso al amparo del art. 81.1. 1 a) LJCA aduce quebranto de las formas del juicio por vulneración de los arts. 24 y 120 CE al imputar a la sentencia ausencia de motivación.

Invoca jurisprudencia constitucional sobre la motivación y también de esta Sala tras lo cual discrepa de que hubiera habido incumplimiento contractual así como cesión contractual.

Refuta lo vertido en la sentencia acerca de las manifestaciones del perito que sostiene son distintas por lo que entiende que se ha incumplido el deber de motivación con error patente.

1.1. Pide su inadmisión el Abogado del Estado al errar en la invocación de la letra a) en lugar de la c) del art. 81 LJCA .

No obstante adiciona se encuentra debidamente motivada al explicar prolijamente las causas de incumplimiento con apoyo en el informe pericial y en los dictámenes previos.

2. Un segundo motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA esgrime infracción del art. 111 del TRLCAP por cuanto no ha habido incumplimiento contractual esencial.

Argumenta que el incumplimiento constituye un concepto con alto grado de indeterminación que aquí no ha concurrido pues ha de ser culpable el contratista que aquí no lo ha sido conforme a SSTs de 1 de octubre y 10 de marzo de 1999 .

2.1. También lo refuta el Abogado del Estado.

Señala que el recurso olvida que la calificación de los incumplimientos la da el acto recurrido, no la sentencia, que admite tales incumplimientos con la consideración que les da la Administración.

Destaca que tampoco analiza porqué los incumplimientos achacados no puedan tener la consideración de esenciales. Adiciona que no reclama la integración de hechos a tenor del artículo 88.3 de la LJCA , ni los especifica, ni discute la valoración de la prueba.

Concluye que la obligación fundamental del contratista es ejecutar la obra y consta que no la ejecutó y la sentencia lo considera probado.

TERCERO.- Tiene razón el Abogado del Estado cuando pone de relieve que la parte recurrente yerra al invocar el motivo, esto es la letra a) del art. 88. 1. LJCA en lugar de la letra c).

Recordemos que constituye doctrina jurisprudencial consolidada (por todas STS de 1 de marzo de 2011, recurso de casación 2495/2009) sostener que el motivo previsto en el artículo 88.1.d) de la LJCA resulta idóneo para denunciar los errores "in iudicando" de que pueda adolecer la resolución recurrida.

Por su parte el motivo del 88.1.c) de la misma Ley es el adecuado para hacer valer el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales. Es decir para denunciar errores "in procedendo" en que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional "a quo" desde la iniciación del proceso hasta su finalización por auto o sentencia, sobre todo cuando en la formación de éstos se desatienden normas esenciales establecidas al efecto (motivación, congruencia, claridad, precisión) y siempre que tales vicios generen indefensión al recurrente.

Y en la STS de 11 de marzo de 2013, recurso de casación 914/2010 se recordó jurisprudencia precedente insistiendo en la doctrina de esta Sala sobre el contenido de la letra a). Así el abuso en el ejercicio de la jurisdicción viene a equivaler conceptualmente a extender o ampliar la jurisdicción, al conocer sobre materia o fondo propio de aquella, sobrepasando los límites propios de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de esa materia. Y el defecto presupone el no conocer o dejar de conocer sobre materias propias de esta jurisdicción. Finalmente el exceso significa conocer sobre materia no atribuida por la Ley a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Ciertamente aquí no estamos en ningún supuesto de la letra a). Todo el razonamiento se refiere a aspectos comprendidos en la letra c).

El antedicho error no puede ser integrado, como otras veces ha acontecido con lo manifestado en el escrito de preparación del recurso, pues allí se hizo absoluta omisión de los preceptos utilizados respecto cada uno de los dos motivos.

No obstante en el escrito de alegaciones de la parte recurrente, previo al auto de admisión del recurso de fecha 23 de mayo de 2013, si hizo mención a que la falta de motivación solo podía ser incardinada en el apartado c) aunque, finalmente, al redactar el recurso se indicase la letra a).

Por todo ello si vamos a examinar el motivo por entender tal error como "lapsus calami".



CUARTO .- A la motivación se refieren los art. 120 CE , aquí expresamente invocado, así como los preceptos no esgrimidos, 248.3 de la LOPJ y el art. 218 de la Ley 1/2000 , de 7 de enero.

Es significativo que en ninguna de las citadas normas ni en la interpretación que del art. 24 CE ha efectuado el Tribunal Constitucional se ha declarado la existencia de una determinada extensión de la motivación judicial.

En la vigente LEC 1/2000 el art. 218 se refiere a la exhaustividad y congruencia de las sentencias así como la necesaria motivación. Tras sentar la necesidad de claridad, precisión y congruencia recoge que deben expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. Se contempla la consideración individual y en conjunto de los distintos elementos fácticos del pleito ajustándolos siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

Es tajante el Tribunal Constitucional en STC 36/2006, de 13 de febrero al declarar que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone "una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial". Reputa suficiente que "las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi" (STC 75/2007, de 16 de abril , FJ 4). Pues " la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los Jueces y Tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas" (ATC 307/1985 de 8 de mayo).

Al haber, incluso, una motivación breve y sintética (STC 75/2007, de 16 de abril , FJ 4) se ha reputado como constitucionalmente aceptable, desde las exigencias de la motivación del art. 24.1. CE , la que tiene lugar por remisión (STC 171/2002, de 30 de septiembre , FJ 2).

La motivación constituye una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad sin que se reconozca un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales (STC 183/2011, de 21 de noviembre , FJ 5º).

Todo ello sin olvidar que para entender que una resolución judicial este razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente con relevancia constitucional (STC 7/2005, de 17 de enero , 66/2005, de 14 de marzo).

Error patente que para tener relevancia constitucional nos recuerda la STC 6/2006, de 16 de enero , con cita de STC 245/2005, de 10 de octubre , no solo ha de ser verificable de forma incontrovertible sino que ha de constituir el soporte básico de la decisión y producir efectos negativos en la esfera jurídica del recurrente.

Se trata pues de una institución relacionada con aspectos de carácter fáctico (STC 42/2006, de 13 de febrero , 15/2006, de 16 de enero) en el que el Tribunal parte de premisas inexistentes o patentemente erróneas (STC 11/2008, de 21 de enero FJ9).

Se ha insistido en que el derecho a la tutela judicial efectiva no llega siquiera a garantizar el acierto de la resolución adoptada en cada caso (STC 7/2006, de 16 de enero FJ4).

QUINTO.- Si atendemos a los razonamientos expuestos en el razonamiento anterior el motivo no puede prosperar.

La defensa de la UTE recurrente atribuye falta de motivación a lo que, en realidad, es discrepancia con el resultado valorativo de la sentencia.

Resulta ilógico considerar ausente de motivación un razonamiento que toma en consideración la prueba practicada incluyendo la prueba pericial.

Debemos reiterar lo manifestado en las SSTS de 10 de mayo de 2011, recurso de casación 233/2007 y 7 de julio de 2011, recurso de casación 1649/2007 recordando el Auto de 18 de junio de 2009 y la sentencia de 29 de octubre de 2010 , dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 3580/2008 y 4330/2006 , sobre que la discrepancia respecto a la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal "a quo" ha de hacerse valer en casación al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA .

No es, por tanto, esta vía la adecuada para refutar el aserto del Tribunal concluyendo que hubo abandono de las obras y calificarlo como de error patente cuando la Sala de instancia entiende que los elementos probatorios así lo evidencian.



Resulta incierto alegar error patente por ausencia de subcontratación, independientemente de que en un punto hable de cesión, cuando de la propia documentación obrante en autos se evidencian las reclamaciones a la administración de múltiples empresas, ajenas a la contratista, por la ejecución de obras en el contrato aquí cuestionado.

No conculca norma ni jurisprudencia alguna la Sentencia que implícitamente rechaza parte del dictamen pericial.

Insiste el Tribunal Constitucional en su STC 36/2006, de 13 de febrero, FJ 6 en que "la tarea de decidir ante distintos informes periciales cual o cuales de ellos, y con qué concreto alcance, deben ser utilizados para la resolución de un determinado supuesto litigioso es una cuestión de mera interpretación y valoración, conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, de la prueba, que en virtud del art. 117.3 CE constituye una función exclusiva de los órganos judiciales ordinarios (por todas, SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; y 61/2005, de 14 de marzo, FJ 2)".

Por su parte, esta Sala en STS de 14 de julio de 2003, recurso de casación 6801/99, ha afirmado que "la falta de razonamiento expreso sobre el contenido de un informe pericial no siempre es suficiente para considerar que la sentencia incurre en defecto de motivación"; y en la de 19 de abril de 2004, recurso de casación 47/2002 ha mantenido que "la falta de consideración expresa de un determinado medio de prueba no es por sí suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación".

Y, por ende, cabe que la Sala atienda a su valoración conjunta con el resto de elementos probatorios y no una sola frase del perito.

SEXTO.- Se dijo en la STS de esta Sala y Sección de 8 de febrero de 2012, recurso de casación 4815/2009 que no cabe cuestionar la apreciación de la prueba realizada por la Sala de instancia empleando un cauce inadecuado para tal fin, esto mediante la invocación de la infracción de determinados preceptos del TRLCAP, en este caso el apartado g) del art. 111. (Para atender al apartado concreto hemos debido acudir al escrito de preparación del recurso integrándolo con el de interposición, en aras al art. 24 CE, dada la omisión del susodicho apartado tanto en el enunciado del motivo como en su desarrollo).

Conviene insistir en que el recurso de casación tal cual aparece regulado en la vigente LJCA 1998, artículo 86 y siguientes, sigue la línea formalista y restrictiva que lo ha caracterizado tradicionalmente desde su ya lejana implantación en la jurisdicción civil. No ha perdido la razón de ser que, desde siempre, le atribuyó la doctrina.

La Sala de instancia, a la vista de la prueba practicada (informes del Consejo de Obras Públicas y del Consejo de Estado más el dictamen pericial) concluyó como acreditada la resolución del contrato cuestionado por la causa prevista en la letra g) del art. 111 TRLCP. Razona que el abandono de la obra porque no consiguió la modificación del proyecto tiene la antedicha naturaleza de esencial lo que se ajusta al precepto.

Y no es suficiente lanzar al Tribunal un conjunto corto o amplio de sentencias sin proceder a analizar como ha sido quebrantada la doctrina en ellas sentada respecto al concreto supuesto impugnado. Es preciso desgranar su doctrina con relación a la sentencia cuyos criterios se combate que, obviamente, para ser aceptada ha de guardar relación directa con la razón de decidir de la sentencia, pues en caso contrario sería improsperable (STS 20 de julio de 2010, recurso de casación 5477/2008). Resulta insuficiente su simple cita o la mera reproducción de sus fundamentos, ya que es preciso un esfuerzo de identificación de la doctrina que establecieron al enjuiciar los supuestos de que trataban, así como de su relación con el que ahora se enjuicia" (STS de 13 de mayo de 2011, recurso de casación 5838/2006 y STS 17 de noviembre de 2010, recurso de casación núm. 1447 / 2009).

Además cuando se invoca la infracción de jurisprudencia es preciso la invocación de dos sentencias al menos coincidentes en el establecimiento de una determinada doctrina, de conformidad con el carácter reiterado que impone el art. 1.6. C. Civil (STS 8 de febrero de 2012, recurso de casación 4815/200).

Aquí las sentencias invocadas carecen de proyección sobre la cuestión debatida pues no basta la cita aislada de un párrafo sino que debe engarzarse con el supuesto analizado en la impugnada y en la esgrimida.

Vemos que en la STS de 1 de octubre, recurso de casación 2979/1994, no solo se analiza una resolución de contrato sobre plaza de toros en el ámbito de la contratación de corporación local con arreglo a las disposiciones que entonces la regulaban sino que la norma estatal afectada era el Art. 75 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, en lo que relativo a la extinción del contrato de gestión de servicios públicos por incumplimiento de la administración o del contratante.

Pero es que, además se insiste en que "no es preciso una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó".



Y en la STS de 10 de marzo de 1999, recurso de casación 991/1993 se enjuicia la resolución de un contrato de suministro, terminado el plazo de garantía sin que la administración, también local, formulare reparos o la denuncia de que los bienes suministrados no son aptos para el fin pretendido.

Todos los preceptos allí concernidos hacen referencia al plazo de garantía, recepción definitiva, etc sin perjuicio de que, recuerde jurisprudencia que efectivamente declara que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio sino que ha de ser grave y de naturaleza sustancial.

Y justamente tal incumplimiento grave y sustancial es aceptado por la Sala de instancia al insistir en la paralización de las obras desobedeciendo al Director al no aceptar las propuestas de "modificados".

No se acoge el motivo.

SÉPTIMO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 6000 euros.

Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de Imathia, SA - Construcciones Iglesias, SA. UTE contra la Sentencia desestimatoria de fecha 19 de julio de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, en el recurso núm. 251/10 , deducido por aquellas contra la Resolución del Director General de Carreteras, por delegación, de fecha 16 de febrero de 2010, que resuelve el contrato de obra de la Seguridad Vial, Remodelación de la Intersección de la N-320, p-k. 277,000 a 278,000. Tramo: acceso a Guadalajara por la causa establecida en el artículo 111, apartado g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , aprobado por RD 2/2000, de 16 de junio, al tiempo que acuerda incautar la garantía definitiva prestada por el contratista y procede a la comprobación, medición y liquidación de las obras, de acuerdo con el art. 151.1 . TRLLCAP. Sentencia que se declara firme. Respecto a las costas estese al último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.