

Roj: **STS 520/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:520**Id Cendoj: **28079130072014100032**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **05/02/2014**Nº de Recurso: **3731/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Febrero de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el núm. 3731/2012 ante la misma pende de resolución, interpuesto por DRAGADOS, S.A., representada por el Procurador don Íñigo Muñoz Durán, contra la sentencia de 19 de julio de 2012, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (en el recurso núm. 395/2010).

Habiendo sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

### " F A L L A M O S :

**PRIMERO.-** *Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la representación procesal de Dragados, S.A., contra la desestimación presunta por silencio administrativo del Ministerio de Fomento de la reclamación formulada en concepto de pago de unidades ejecutadas para arreglo de los desperfectos detectados en las obras "Autovía Palencia-Aguilar de Campoo CN-611, pk 10 al 19. Tramo: Palencia-Fuentes de Valdepero", por ser ajustado a Derecho el acto recurrido.*

**SEGUNDO.-** *Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.*

**TERCERO.-** *No procede hacer expresa declaración en costas".*

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, por la representación de DRAGADOS, S.A. se preparó recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal a este Tribunal, con emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones, la representación procesal de la parte recurrente presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que, tras desarrollar los motivos en que se apoyaba, terminaba con este Suplico a la Sala:

*"(...) dicte en su día Sentencia casando la Sentencia indicada, y declarando:*

*- La no conformidad a Derecho de la desestimación presunta por silencio por parte de la Demarcación General de Carreteras del Estado en Castilla y León respecto de la reclamación efectuada por mi mandante en fecha veintiocho de noviembre' de dos mil ocho y en consecuencia,*

*- Se condene a la Administración a abonar a DRAGADOS, S.A la cantidad de DOS MILLONES S(E)IS MIL QUINIENTOS OCHENTA EUROS CON SIETE CÉNTIMOS (2.006.580,07 €) , correspondiente a los trabajos realizados a instancia de la Demarcación General de Carreteras del Estado en Castilla y León en las obras*

denominadas "AUTOVÍA PALENCIA-AGUILAR DE CAMPOO CN-611, P.K. 10 AL 19. TRAMO: PALENCIA-FUENTES DE VALDEPERO, CLAVE: 12-P 2890" así como los correspondientes intereses de demora y los intereses devengados al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.109 del Código Civil que se cuantificarán en el momento de la ejecución de sentencia que se dicte.

- Al pago de las costas procesales generadas en el recurso inicial así como las Tasas Judiciales".

**CUARTO.-** El Abogado del Estado se opuso al recurso, mediante un escrito en el que, después de alegar lo que convino a su derecho, pidió:

"(...) dicte sentencia por la que desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida".

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 22 de enero de 2.014.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** DRAGADOS, S.A., fue adjudicataria de la ejecución de las obras "Autovía Palencia- Aguilar de Campoo CN-611, pk 10 al 19, Tramo: Palencia-Fuentes de Valdepero Clave: 12-P-2890", subscribiendo el correspondiente contrato el 17 de octubre de 2003; y el 5 de septiembre de 2005 se formalizó el acta de recepción de dichas obras en las que se reconocía habían sido ejecutadas de acuerdo con el proyecto aprobado y conforme a las prescripciones previstas.

El 20 de noviembre de 2008 presentó ante el Ministerio de Fomento una solicitud en interés de que se le abonara la cantidad de DOS MILLONES SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA EUROS CON SIETE CÉNTIMOS (2.006.580,07 €).

En ese escrito se decía que ese importe correspondía a las unidades de obra que habían sido ejecutadas para la reparación de desperfectos a que había sido requerida el 5 de septiembre de 2008 por la Demarcación de Carreteras del Estado en Castilla y León Occidental.

Posteriormente planteó recurso contencioso-administrativo frente a la falta de respuesta a la anterior solicitud, y en su posterior demanda dedujo estas pretensiones: la declaración de no ser conforme a Derecho la desestimación por silencio de la Administración; y la condena a esta última a que le abonara la antes mencionada suma de 2.006.580,07 €.

La sentencia aquí recurrida desestimó el recurso contencioso-administrativo con estos argumentos principales: que se cumplían las previsiones del artículo 147 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio [TR/LCAP de 2000], para que el contratista tuviera la obligación de subsanar los defectos que Administración le había señalado; y que los vicios y defectos detectados no eran imputables a la Administración.

El actual recurso de casación lo ha interpuesto también DRAGADOS, S.A.

**SEGUNDO.-** Las razones principales con las que la sentencia recurrida justifica su pronunciamiento son esas que de manera resumida acaban de exponerse, pero el debido entendimiento de lo suscitado en la actual casación hace conveniente reseñar también aquí los concretos datos fácticos e informes en que dicho fallo sustenta esas razones y los principales desarrollos argumentales que realiza en torno a las mismas.

**(A)** Por lo que hace a esos **datos fácticos**, la sentencia incluye esta secuencia de fechas y actuaciones administrativas:

- El contrato se celebró el 17 de octubre de 2003 y el acta de recepción de obras fue formalizada el 5 de septiembre de 2006.

- Un oficio de 11 de junio de 2007 la Administración comunicó a DRAGADOS haberse observado un deterioro consistente en un badén en el pk 14,900 de la calzada izquierda de la Autovía A-67 sentido a Santander, con la indicación de que debía proceder a reparar los defectos señalados y que la obra se encontraba dentro del plazo de garantía.

- Nuevos oficios de la Administración de 14 de marzo y de 1 de julio de 2008 le pusieron de manifiesto deterioros en firme y calzadas en la A-67 y en el carril de incorporación desde la P-12, y así mismo le comunicaron a DRAGADOS la necesidad de que procediese a su reparación y que la obra sigue dentro del periodo de garantía.



- El 12 de junio de 2008 se remitió un Informe de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, Subsector de Palencia, relativo a una incidencia en el carril de acceso a la A-67.

- Un Informe de 5 de septiembre de 2008 hizo constar las deficiencias detectadas en la infraestructura e instó a DRAGADOS a que procediese a su reparación.

**(B)** En cuanto a los **informes** a los que la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional da relevancia, en su fundamento quinto invoca el emitido por el Profesor don Teodoro y el emitido el 29 de abril de 2009 por el Director de la Obra.

Sobre el correspondiente al Profesor don Teodoro se expresa en estos términos:

*«Del informe emitido por el Profesor don Teodoro con fecha 31 de julio de 2008, se extrae que "la causa fundamental de la aparición de las fisuras es la ausencia de drenaje de firme en los terraplenes, lo que ha provocado la entrada de agua en el núcleo del terraplén, originando pérdidas de finos y disminución de la capacidad de soporte del terraplén, que ha asentado ocasionando las fisuras que se han detectado".*

*En el mismo informe se explica, entre otras consideraciones, que, mientras que los tramos de desmonte tienen en general cunetas revestidas en mediana con un buen desagüe superficial y un buen drenaje subterráneo, en los tramos en terraplén no se han instalado zanjas drenantes y en general no tienen una cuneta revestida en la mediana, por lo que el agua queda estancada en ésta infiltrándose lentamente en el núcleo del terraplén. Por otra parte, la capa inferior del suelo seleccionado del cimiento del firme, que es permeable, no tiene salida para evacuar el agua que le llega de las bermas y taludes, resultando en definitiva que los núcleos de los terraplenes tienen un elevado contenido de agua».*

Y sobre el Informe emitido el 29 de abril de 2009 por el Director de la Obra se expresa así:

*«Por otra parte, el Ingeniero Director de las Obras informa, en escrito de 29 de abril de 2009, que dada la humedad existente en los suelos, "se hizo necesaria la aportación de mayores cantidades de agua a las tongadas -capas-, con respecto a lo que sería normal para poder obtener el porcentaje deseado de compactación", y que "el exceso de aportación de agua para conseguir esta humedad óptima de compactación bien pudo filtrarse hacia la parte de suelo seleccionado de la capa inferior de la explanada aumentando así la humedad del material de relleno de la coronación del terraplén, ya que el agua de exceso quedaba acumulada y sin mucha facilidad de oreo y evaporación".*

*Este informe, tras diagnosis de los terraplenes y firmes, concreta las causas del deterioro básicamente en las características permeables de la explanada y la disposición de ésta, que no se prolongaba hasta el talud del terraplén, en la sección transversal tipo proyectada y ejecutada, junto con otras de carácter secundario, como son, la ya dicha de empleo de mayores cantidades de agua para la compactación de las capas, las características del material de relleno y las precipitaciones habidas durante los períodos lluviosos.*

*El informe considera que si bien la acumulación de agua filtrada podía haberse evitado en la sección transversal utilizando las recomendaciones establecidas en la Orden Circular 17/2003, la ejecución de la obra se atiene a lo previsto en el proyecto de construcción».*

**(C)** Respecto de los **desarrollos argumentales** que la sentencia de instancia realiza sobre sus principales razones desestimatorias cabe destacar lo siguiente:

1.- Considera cumplidas las previsiones, establecidas en el artículo 147.3 del TR/LCAP 2000 , para que se pueda imponer al contratista la obligación de reparar las deficiencias advertidas en la obra construida; y lo explica la Sala de instancia tomando en consideración esas comunicaciones que fueron dirigidas a DRAGADOS el 11 de marzo de 2007 y el 14 de marzo y el 5 de septiembre de 2008, y realizando con base en los mismos esta afirmación:

*«Resulta claro y evidente que antes de finalizar el plazo de garantía el Director de las Obras emitió informes desfavorables sobre el estado en que se encontraban las obras y dictó instrucciones al contratista para su debida reparación,...».*

2.- La sentencia recurrida rechaza el motivo de impugnación de DRAGADOS que invocaba que el Proyecto que sirvió de base a la ejecución no se ajustó a lo establecido en la Orden Circular 17/2003, y lo hace declarando que las obras litigiosas no estaban supeditadas a las determinaciones de esa Orden Circular.

3.- Los razonamientos que en su fundamento quinto desarrolla para rechazar de que los vicios y defectos detectados en la infraestructura puedan ser imputados a la Administración, y para considerarlos imputables a la ejecución de la obra, consisten en lo que continúa.



Toma en consideración esos Informes del Profesor don Teodoro y del Ingeniero Director de las Obras (de 29 de abril de 2009) que antes se mencionaron.

Afirma que el Proyecto de construcción se atuvo a la normativa sobre drenaje que le era aplicable (cita al respecto la Orden de 2 de junio de 1965 y la Orden 14 de mayo de 1990).

Y reitera que no le eran de aplicación las determinaciones de la Orden Circular 17/2003.

**TERCERO.**- El recurso de casación de DRAGADOS, S.A., haciéndolo por el mismo cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción (LJCA), dirige a la sentencia recurrida estos tres reproches.

**I.-** Le imputa, en primer lugar, la infracción del artículo 99 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio [TR/LCAP de 2000].

El desarrollo argumental de este reproche se limita a transcribir, primero, ese artículo 99, en lo que dispone sobre el derecho del contratista al abono realizado con arreglo al precio pactado, sobre la posibilidad de abonos a cuenta, sobre el plazo en el que se deben realizar los abonos, sobre el devengo de intereses de demora y sobre las indemnizaciones previstas legalmente en contra de la morosidad de las operaciones comerciales.

Luego, sin discutir la declaración de la sentencia de que las obras litigiosas no estaban supeditadas a la Orden Circular 17/2003, únicamente se aduce que la sentencia incurre en el error de no declarar que los problemas surgidos fueron un defecto del Proyecto y no de la ejecución del mismo. Para defender este pretendido error se invocan estos datos: el reconocimiento por la sentencia de que el cumplimiento de esa Orden habría evitado la acumulación del agua filtrada; y su afirmación también de que la ejecución de la obra se atuvo a lo previsto en el Proyecto. Y es de la conjunción de estos dos datos de la que se deduce como necesaria consecuencia que los problemas surgidos en las obras fueron *"un defecto del proyecto y no y no de ejecución del mismo"*.

**II.-** Señala, en segundo lugar, la vulneración del artículo 1591 del Código civil, en lo que establece sobre la responsabilidad del arquitecto director por la ruina de la obra que se deba a vicios del suelo o de la dirección; con invocación tanto de la jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo que ha señalado la responsabilidad de todos los partícipes en la obra cuando no puede determinarse la cuota de responsabilidad de cada uno de ellos, como de la doctrina de esta Sala Tercera que ha declarado aplicable esa jurisprudencia a la contratación administrativa.

Y se argumenta para sostener tal vulneración que la sentencia recurrida, pese a reconocer la responsabilidad solidaria del redactor del proyecto y de la Dirección facultativa, ambos son excluidos de tal responsabilidad sin justificación alguna.

**III.-** En tercer y último lugar se denuncia la vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, que se habría producido porque la valoración de las pruebas no se ajustó a las reglas de la sana crítica como establece el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para sostener esta pretendida valoración no racional de la prueba se viene a reiterar el argumento del primer reproche casacional: que en los informes obrantes en las actuaciones se reconoce no sólo que el proyecto no cumplió con lo establecido en la Orden Circular de 17/2003, sino que la obra se ajustó al proyecto y los defectos de la misma se habrían evitado de haberse seguido las recomendaciones de dicha Orden; y, a pesar de ello, no se imputan esos defectos a la Administración.

**CUARTO.**- La reseña que se ha hecho del recurso de casación pone de manifiesto que su planteamiento consiste en combatir, principalmente, la apreciación fáctica de la sentencia recurrida de que los polémicos problemas surgidos en la obra tuvieron su causa en la actividad de ejecución llevada a cabo por la sociedad recurrente.

Y en sostener después que, una vez haya sido declarado, como consecuencia de esa primera impugnación anterior, que la causa de los defectos debe ser imputada a la Administración, la no condena de esta última comporta una infracción tanto del artículo 99 del TR/LCAP de 2000 como del artículo 1591 del Código Civil.

Así pues, lo primero que ha de examinarse es esa censura que se hace a la Sala de la Audiencia Nacional de haber efectuado una valoración probatoria sin cumplir ese mandato de la ley procesal de efectuarla según las reglas de la sana crítica; y la respuesta tiene que ser contraria a ese error que preconiza el recurso de casación por todo lo siguiente.

Que el parámetro de las reglas de la sana crítica es el de la racionalidad, y su incumplimiento por la operación valorativa solo será de apreciar cuando esta se haya apoyado en un razonamiento claramente absurdo, se haya basado en datos fácticos inexistentes o haya despreciado otros de indudable certeza.



Que el recurso de casación no ha justificado ni explicado que las recomendaciones de la Orden Circular 17/2003 fueran la única alternativa técnica posible para ejecutar las obras sin problemas, ni que el Proyecto a que se ajustó la ejecución tuviera concretos defectos técnicos que fuesen necesariamente determinantes de esos deterioros aquí polémicos que presentó la obra; y sin ambas justificaciones no puede asumirse que esa convicción fáctica del fallo de instancia, de imputar tales deterioros a la ejecución y no al Proyecto, sea necesariamente ilógica o absurda.

Y tampoco el recurso de casación ha señalado que sean inexactos los datos fácticos que la sentencia recurrida pondera para sentar su conclusión probatoria final, ni que haya despreciado otros de segura certeza (se está hablando de datos fácticos, no de juicios de valor).

El rechazo de ese reproche dirigido contra la valoración probatoria conduce también a la desestimación de esas otras infracciones que se denuncian del artículo 99 del TR/LCAP de 2000 y del artículo 1591 del Código Civil ; porque, debiéndose mantener la apreciación del fallo recurrido de que la causa de los desperfectos de las obras fue la ejecución y no el Proyecto, es también correcta la solución de la Audiencia Nacional de imponer a la recurrente la obligación de realizar a su costa esas obras de reparación cuyo importe reclama.

**QUINTO.-** Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación; y, al ser desestimatorio el recurso, todas las costas deberá abonarlas la parte recurrente por no concurrir circunstancias que justifiquen apartarse de la regla general de la imposición del artículo 139.2 de la LJCA .

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA , señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por honorarios de abogado la de 6.000 euros; y para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y la dedicación requerida para formular la oposición.

## FALLAMOS

1.- Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por DRAGADOS, S.A., contra la sentencia de 19 de julio de 2012, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (en el recurso núm. 395/2010 ).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a este recurso de casación, con la limitación que se expresa en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.