

Roj: **STS 824/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:824**Id Cendoj: **28079130072014100055**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **18/02/2014**Nº de Recurso: **1677/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 4346/2011,**
STS 824/2014

SENTENCIA

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

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 1677/2012 que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Luis Fernando Pozas Osset, en representación de **"MAZOTTI, S.A.", "VVO CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A." y "PEDRO LUIS DARIAS, S.L.", en UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS**, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con Sede en las Palmas de Gran Canaria (Sección Primera) de 12 de septiembre de 2012, dictada en el recurso ordinario número 629/2009.

Ha sido parte recurrida el Gobierno de Canarias, representado por Letrada de sus servicios jurídicos; resultando los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 12 de septiembre de 2011 en el recurso número 629/2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don Alejandro Valido Farray, en representación de entidad Mazzoti S.A. y VVo Construcciones y Proyectos, don Pedro Luis Darías S.L. y Unión Temporal de Empresas Ley contra el acto identificado en el antecedente de hecho primero que confirmamos por ser ajustado a derecho.

Sin imposición de costas.».

La Sentencia recurrida tiene seis Fundamentos de Derecho, de los que en el primero se describe el objeto del recurso y las tesis respectivas expuestas en él por cada parte; el segundo razona desde un plano genérico sobre el carácter del contrato de obras como un contrato de resultado, en el que el contratista se rige para su eficacia por el principio de riesgo y ventura; en el tercero, y todavía sin enfrentarse directamente al análisis y decisión de los concretos extremos de la pretensión de indemnización, se hace una amplia transcripción de otra sentencia del propio Tribunal en otro caso relativo a una reclamación por daños derivada de la dilación en los plazos de ejecución de un contrato de obras por indisponibilidad de los terrenos inmersos en un proceso de expropiación; y es ya en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto y Sexto, donde se da respuesta a la reclamación por la dilación en el plazo de ejecución, en los siguientes literales términos:



«CUARTO.- En el presente caso afirma la recurrente que la preexistencia de una línea de alta tensión y otras de telefonía, según afirma la parte tuvo una afectación mayor que las previstas inicialmente. En primer lugar, en el caso consta el informe emitido por el Director Facultativo de la obra en el que señala que el desvío de dichas líneas solo pudo afectar a las obras realizadas en el año 2005, año en el que se cumplieron los objetivos de construcción previstos, cubriéndose en todo momento la anualidad pactada. Es más en ese año 2005 precisamente y a solicitud del contratista dado que había ejecutado más obra de la programada en el año, se reajustaron las anualidades recibiendo en diciembre de 2005 la cantidad de 14.970.455€.

Estos datos son importantes considerarlos porque el recurrente reclama por danos y perjuicios sufridos en la realización del contrato, ahora bien, si consideramos que la administración tenía previsto pagar en el año 2005 únicamente la cantidad de 7.181.844,32€ y acabó pagando en esa anualidad la cantidad de 14.970.455€, a solicitud del contratista, difícilmente podríamos aventurar cual es el perjuicio. Si aceptásemos las propias manifestaciones del recurrente señalando que no pudo iniciar las obras hasta junio de 2005, tendríamos a su vez que admitir que la administración generosamente le abonó a los 6 meses efectivos de realización de trabajos casi las 2/3 partes del precio del contrato. Anticipo que es invocado por la Comunidad Autónoma como causa del beneficio económico financiero de la empresa que incumplió el plan de devolución de la citada cantidad y que se valora en 520.840,61€(folios 969-1016 del expediente)

No consta que las obras se retrasaran por la preexistencia de las líneas, en tanto, que la empresa incluso solicitó un anticipo por la buena marcha de los trabajos que le fue concedido, y a su vez dispuso del doble de la cantidad presupuestada inicialmente para el abono de la anualidad del año 2005.

QUINTO.- La segunda causa invocada como causante a del retraso de las obras estribaría en la redacción del modificado no 2 del proyecto. Ahora bien, este proyecto conllevó un incremento del precio en la cantidad de 1.125.795,92€ y un plazo de ejecución de 5 meses. La cuestión es que no solo se hizo un modificado número 2, sino también un proyecto complementario número 1, por importe de 1.199.656,18€ y un proyecto complementario no2 por importe de 441.786,17€. Es decir que finalmente la obra presupuestada en 23.961.179,76€, sufrió un incremento de 2.767.239,27€ por modificados de proyecto, que ciertamente conllevaron un aumento del plazo de ejecución pero que también pudieron ser rechazados por la empresa actora, que los aceptó y se embolsó el incremento del coste.

La Administración calcula el incremento del presupuesto en un 11,55% y añade que tuvo que pagar por el proyecto complementario número 2 un importe superior al presupuestado porque las obras se terminaron sin que hubiera culminado la tramitación del expediente administrativo de contratación.

SEXTO.- La recurrente considera como causa más importante del retraso de las obras la indisponibilidad de los terrenos por no haberse efectuado las expropiaciones necesarias para ejecutar una parte sustancial de las obras. El Director Facultativo de las obras afirma que es cierto que hasta el 11 de marzo de 2008 no se pudo disponer de algunos de los terrenos, pero que la obra nunca estuvo parada, pues se ejecutaban los trabajos en el resto de la edificación y solo se veía afectado el edificio de instalaciones, la marquesina de urgencias, y la urbanización frente a esas urgencias. Obras que se cifran económicamente en la cantidad de unos 1.872.005€ lo que equivale al 7,81% de la obra inicial total.

Consideramos necesario partir de un hecho esencial, el replanteo el artículo 129 de la Ley 2/2000 dispone que una vez "Aprobado el proyecto, y previamente a la tramitación del expediente de contratación de la obra, se procederá a efectuar el replanteo del mismo, el cual consistirá en comprobar la realidad geométrica de la misma y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución, que será requisito indispensable para la adjudicación en todos los procedimientos." Incluso en caso de adjudicación conjunta de obra y replanteo, conforme al artículo 122 del mismo texto legal la ejecución de aquella "quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por la Administración"

Como señala el TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de 9 de mayo de 2008 "la comprobación del replanteo es el primer acto material de ejecución del contrato de obras, una vez adjudicado y firmado éste, y que por esa razón de ser ya un acto de ejecución del contrato, quien debe acordarlo es la Administración contratante, a quien corresponde todo lo relativo a la dirección, impulso y ejecución del contrato, y además lo impone el precepto reseñado, que indica que es la Administración encargada de las obras la que " procederá " a efectuar la comprobación del replanteo, en presencia del contratista.

Del examen del expediente se llega a la conclusión que no existen protestas por parte del contratista por retrasos derivados de la falta de disponibilidad de los terrenos, por el contrario, la sintonía entre contratista y administración llega hasta el punto de que en el año 2005 se reajustan las anualidad primero a instancias de la Administración(para pagar menos), y posteriormente a solicitud del contratista(se paga lo previsto y un anticipo). Además, se hacen modificados y nuevas obras algunas que debieron figurar en el proyecto inicial referidas a imprevisión respecto a la cota de cimentación, cierto es que consta la indisponibilidad de una parte de



los terrenos no superior al 10%, sin embargo, ello no ha supuesto una ruptura del equilibrio económico financiero que justifique una indemnización. Así la Administración, de por sí no obtuvo un beneficio puesto que habiendo pagado un precio mayor por obtener la obra en un tiempo menor, finalmente obtuvo el resultado el hospital concluso incluso después de lo que la misma había previsto y sin la mejora de la reducción del tiempo; para la empresa contratista, tampoco consideramos que haya sufrido perjuicio alguno, téngase en cuenta que en el año 2005(en febrero) en el primer reajuste de anualidades aceptó ralentizar las obras, y esperar a que la administración obtuviera dinero para abonar la anualidad, y en cuanto la Administración lo obtuvo en noviembre de 2005 no solo le pagó la anualidad prevista, sino la posterior aduciéndose por ambas partes que se había adelantado las obras y estaban muy avanzadas. De la lectura del expediente, se desprende que el ritmo de las obras y de los pagos, se hacía de común acuerdo, y con poco reflejo en el expediente. Puesto que, si se había acordado ralentizar las obras en febrero de 2005, como es que en noviembre se habían adelantado tanto las mismas. En definitiva, la situación actual no refleja en el expediente el perjuicio que ha sufrido el contratista, ni tampoco que la finalización de la obra en el plazo superior sea imputado directamente a la Administración, no consta queja alguna durante los cuatro años de la empresa, y el exhaustivo informe pericial aportado, tampoco nos permite llegar a otra conclusión.»

SEGUNDO.- Contra la citada sentencia anunció recurso de casación "MAZOTTI, S.A.", "VVO CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A." y "PEDRO LUIS DARIAS, S.L.", en UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 2 de abril de 2012, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la parte recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación anunciado, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que «dicte sentencia, por la que, estimando los motivos de casación del recurso case y anule la sentencia recurrida, entre a examinar las cuestiones de fondo planteadas y resuelva, de conformidad al suplico del escrito demanda de esta parte, condenar al Servicio Canario de la Salud a indemnizar a "Hospital La Gomera UTE" con 2.554.542'87 €, más intereses legales, en concepto de los daños y perjuicios ocasionados por la demora en la ejecución de las obras objeto del contrato administrativo para la construcción del "Nuevo Hospital de la Gomera"».

CUARTO.- Comparecido el recurrido, se admitió a trámite el recurso por Providencia de 17 de octubre de 2012, concediéndose por diligencia de ordenación de 9 de enero de 2013 un plazo de treinta días al recurrido para que formalizara escrito de oposición, que tuvo entrada el día 19 de febrero de 2013, y en el que se suplicaba a la Sala que « en méritos de lo expuesto dicte Resolución confirmando la Sentencia recurrida, desestimando el Recurso de Casación interpuesto, con expresa imposición de costas al demandante se sirva tener por hechas las anteriores manifestaciones y por formulado oposición al recurso de Casación contra la mencionada, de acuerdo con lo previsto en el art. 94 de la L.J.C.A .».

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 8 de enero de 2014, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento, salvo el plazo para dictar sentencia ya que hubo que continuarse la deliberación en sucesivas sesiones.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Procurador D. Luis Fernando Pozas Osset, en representación de "MAZOTTI, S.A.", "VVO CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A." y "PEDRO LUIS DARIAS, S.L.", en UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 12 de septiembre de 2011, dictada en el recurso 629/2009 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicho recurrente contra la desestimación presunta de la reclamación administrativa de perjuicios sufridos por retrasos en la ejecución de la obra, como ya ha quedado referido en el Antecedente Primero, en el que se deja constancia en lo esencial del contenido de dicha sentencia.

El recurso de casación se funda en dos motivos, en cada uno de los cuales, a su vez, se aducen con adecuada separación infracciones legales diferenciadas.

El motivo primero, formulado «al amparo del art. 88.1c) LJCA , por haberse quebrantado las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia» , aduce dos distintas infracciones, bajo las siguientes enunciados:

«1.- Infracción del artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil » con la imputación de que la sentencia incurre en «falta de claridad y precisión, defectos que condicionan el fallo»



2.- *Infracción del artículo 120.3 de la Constitución Española , en relación con el artículo 24, también de la Constitución »*, por *«ausencia de la imprescindible motivación de que adolece la Sentencia»* .

El motivo segundo, formulado *«al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , en cuanto la resolución incurre en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia que se determina»* , aduce las infracciones siguientes:

1ª) Al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en cuanto la resolución incurre en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia que se determina.

2ª) Infracción del artículo 102.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3ª) Infracción del artículo 1101 del Código Civil , en relación con el artículo 1258 del mismo texto normativo.

El Gobierno de Canarias se opone al recurso en los términos que después se indicarán.

SEGUNDO.- El desarrollo argumental del motivo primero en cuanto a la primera de las infracciones aducidas en él prácticamente se limita -tras el enunciado de la infracción- a la transcripción del art. 218 LEC , a la afirmación de que *«La exigencia de claridad y precisión tiene por finalidad permitir un correcto y completo entendimiento de la decisión judicial, como ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala 3ª del Tribunal Supremo, doctrina jurisprudencial que se resume en su sentencia de 6 de abril de 2001 »* .

Se transcribe a continuación una parte del Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia referida (dictada en el Rec. de cas. 9433/2001), matizando después que, *«Como observamos, esa Sala de casación predica la necesidad de claridad y precisión en las resoluciones judiciales respecto de todo su contenido, incluida su fundamentación y no sólo, como alguna jurisprudencia pudo declarar en su momento, respecto de la parte dispositiva»* ; y que *« la sentencia impugnada vulnera estas reglas de precisión y claridad»* ; y que *«esta falta de claridad y de precisión ha sido no sólo determinante, sino decisiva en el fallo, llevando a la Sala de instancia a fundamentarlo en un error patente o valoración arbitraria de los hechos»* .

Y en cuanto al segundo de los contenidos del motivo (infracción art. 120.3 CE), tras afirmar *«la ausencia de la imprescindible motivación de la sentencia»* cita el contenido del art. 120.3 CE , y como desarrollo del mismo, el del art. 248.3 LOPJ y 218.2 LEC , se refiere a distintas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, de las que hace transcripción selectiva de contenidos, amplia cita jurisprudencial a la que acompaña las afirmaciones siguientes:

a) que *«la sentencia aquí impugnada resuelve desestimar el recurso contencioso-administrativo bajo una argumentación que no desciende al caso debatido y, consecuentemente, no contrasta la normativa de aplicación con las cuestiones concretas y específicas alegadas por las partes»*

b) que *«la sentencia que nos ocupa resuelve estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Hospital La Gomera UTE" contra la desestimación presunta de la pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la demora en la ejecución de las obras del Hospital de La Gomera, al margen de toda invocación de normas del ordenamiento jurídico, excepción hecha del artículo 129 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este artículo 129 es el único precepto aplicado y cuando, por otra parte, ninguna relación guarda con el objeto del procedimiento por referirse a un acto (el replanteo de la obra) muy anterior a la ejecución de la obra que aquí nos interesa.»*

c) que *«se está conculcando la jurisprudencia constitucional que entiende que una resolución sólo puede reputarse motivada cuando facilite a las partes las razones por las cuales se adopta la decisión hecha constar en su parte dispositiva. La sentencia que nos ocupa prescinde de toda aplicación razonada del ordenamiento jurídico para soportar el fallo en conjeturas que son, además, construidas desde premisas que tienen su origen en un error patente o en una interpretación arbitraria del material obrante en el expediente administrativo, todo ello dentro de una exposición carente de precisión y de claridad que acaba derivando en incongruencia interna»*

d) que *«No puede olvidarse que a pesar de las evidencias la Sala afirma que la UTE sabía y toleró, a su riesgo y ventura, la falta de disponibilidad de los terrenos, irregularidad que no conocía ni la propia Administración, y que las obras estaban tan avanzadas que la UTE solicitó un anticipo, cuando la Dirección Facultativa (y así lo manifiesta en juicio) empezó a trabajar en junio de 2005, motivo por el cual, las certificaciones de enero de 2005 a mayo de 2005 se hicieron a cero, siendo la Administración, por imperativo de la Ley 7/2005, quien se vio obligada a modificar las anualidades, incrementando en 14.000.000 € la partida de 2005, de los cuales, más de la mitad se destinaron a anticipos a cuenta de maquinaria" y "abonos por instalaciones, equipos y acopios". En base a ello, acude a la fórmula de la motivación in aliunde que resulta fallida, por acudir a resoluciones judiciales previas que carecen de toda relación con las cuestiones debatidas.»*



Semejante error material patente, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad, según queramos clasificarlo, tiene trascendencia constitucional autónoma, por constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución »

e) y que está ausente la valoración de la prueba, practicada a instancia de "Hospital la Gomera UTE", pues «A este respecto, la Sala se limita a citar "el exhaustivo informe pericial aportado", sin hacer valoración alguna del mismo ni de la documental obrante al ramo de prueba de esta parte. La pericial es un elemento trascendental de la prueba y allí queda fijado y justificado el quantum indemnizatorio y que no ha sido objeto de tratamiento en la sentencia ya que en ésta, únicamente, se niega el derecho a la indemnización. »

TERCERO.- En su oposición al motivo primero del recurso afirma el cumplimiento de las normas reguladoras de la sentencia y afirma la motivación de la sentencia recurrida, si bien debe destacarse que en tal alegación se desborda el marco en el que se mueve el motivo, para al hilo de la defensa de la motivación de la sentencia, adentrarse en la justificación de fondo de la improcedencia de la indemnización con consideraciones que no constan en la Sentencia.

En lo atinente a la existencia de motivación de la sentencia que es el marco del motivo se afirma que:

a) que *«ciertamente, la motivación de las sentencias constituye una exigencia no solo de legalidad ordinaria, sino de base constitucional, para evitar la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Pero si tal cosa es cierta, no menos lo es que el Tribunal Supremo ha declarado con reiteración que dicho deber no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, ya que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en derecho de la decisión adoptada, criterio de razonabilidad que [...] ha de medirse caso por caso, en atención a la finalidad que con la motivación ha de lograrse, que no es sino evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y en cumplimiento de los principios de proscripción de la arbitrariedad e independencia judicial, permitir la comprensión de la resolución como acto de aplicación del ordenamiento jurídico, hacer posible su control jurisdiccional por medio del sistema de recursos y remedios extraordinarios previstos en el ordenamiento, y hacer posible también su crítica desde el punto de vista jurídico y su asimilación en el ámbito de los llamados sistemas jurídicos interno y externo»*

b) que *«la lectura de los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida permite descubrir fácilmente cuáles son las razones de hecho y de derecho en que se basa la decisión del tribunal de instancia, el cual, tras valorar los hechos y las pruebas, dejó sentado la total legalidad de la desestimación presunta de la reclamación administrativa de indemnización de daños y perjuicios formulada por la entidad recurrente»*, a lo que sigue una referencia al contenido de los distintos fundamentos de la sentencia, siendo con ocasión de esta cita, cuando se produce el desbordamiento de lo atinente a la existencia de la motivación con alegaciones referentes a la improcedencia de la indemnización pretendida.

CUARTO.- Expuestos los términos del debate concerniente al motivo primero, se impone su rechazo por las razones que siguen.

Partiendo de la base de que las Sentencias deben cumplir la exigencia de claridad y precisión, establecida en el art. 218 LEC , y la de que dicha exigencia no se limita al fallo, sino que también debe extenderse a su motivación, debe advertirse que una cosa es tal exigencia de índole formal, y otra que la fundamentación de la Sentencia en su aspecto material y sustantivo pueda ser cuestionable.

En el caso actual la sentencia, no solo es formalmente clara y precisa en su fallo, cuyo alcance no deja lugar a dudas, sino que lo es también en su fundamentación, aunque la recurrente no la comparta, discrepancia que podría ser canalizada por el cauce de otro motivo de casación diferente del art. 88.1.c) LJCA .

En los fundamentos cuarto a sexto de la sentencia resulta inequívocamente expresada la razón por la que se rechaza la procedencia de la indemnización solicitada por el retraso examinado en cada uno de ellos.

Puede hablarse de imprecisión y de falta de claridad de la sentencia, como vicios contrarios a la exigible precisión y claridad, cuando los razonamientos de la sentencia puedan suscitar dudas sobre el sentido de la respuesta estimatoria o desestimatoria del planteamiento de la parte; pero el hecho de que la razón de la respuesta pueda no compartirse por la parte, podrá, en su caso, como ya hemos dicho, dar oportunidad a otro motivo de impugnación de fondo, no a la impugnación por la infracción formal que se alega.

Y lo mismo puede decirse en referencia a la denunciada ausencia de motivación, que en este caso no es apreciable.

Es incuestionable la exigencia de motivación de las sentencias (art. 120.3 CE), constantemente proclamada en la jurisprudencia que la parte recurrente cita, pero también en este punto debe afirmarse que una cosa es



la motivación de la sentencia, y otra que la motivación expresada en ella pueda ser cuestionable desde un punto de vista de su adecuación al derecho. Aunque la motivación de una Sentencia pudiera, en su caso, ser considerada errónea, no por ello podría negarse su existencia.

La Sentencia 57/2003 del Tribunal Constitucional a la que puede reconducirse la cita de las demás sentencias aludidas en el motivo, de la que en el motivo se transcribe un pasaje clave de su Fundamento Jurídico 4, fija con claridad los términos de lo que es la exigencia de motivación. Y en ese marco debe afirmarse que las razones expresadas en los fundamentos cuarto a sexto de la Sentencia podrán discutirse, en su caso, por la parte, en cuanto a su acierto o desacierto en la aplicación de la norma que dicha parte ha invocado como fundamento de su pretensión indemnizatoria, lo que es algo diferente de la falta de motivación; pero no pueden tacharse de arbitrarias, ni manifiestamente irrazonables, ni fuente de un error patente, sin que quepa duda tampoco de que tal razonamiento, aunque no se haga cita en él de concretos pasajes legales, se esté desarrollando en el marco de aplicación de la normativa jurídica citada por la parte recurrente, y como respuesta a tal planteamiento, no pudiendo así sostener que la respuesta judicial que la sentencia implica está situada al margen del derecho y constituya una simple decisión sin otro asidero que la exclusiva voluntad de la Sala sentenciadora, que tal sería la arbitrariedad.

La mayor o menor calidad técnica de la sentencia y a tal aspecto puede reconducirse la alegación de la recurrente sobre la falta de cita de preceptos legales, es algo diferente de la falta de motivación o de la falta de respuesta en derecho.

No es aceptable por otra parte la alusión al "error material patente" que se afirma en un pasaje del motivo, y que no se precisa, sin embargo en él, en qué consiste., cual sería exigible, de haber existido. No se indica en dicho pasaje ninguna afirmación de hecho de la sentencia que pudiera considerarse manifiestamente errónea, y que, a la vez sea el soporte de un razonamiento jurídico desestimatorio, sino simplemente se refleja, (por cierto sin coincidencia literal con lo que se afirma que dice la sentencia) un juicio de valor sobre el comportamiento del recurrente.

Finalmente en cuanto a la alusión en la falta de valoración de la prueba, como elemento determinante de la falta de motivación, tampoco es aceptable, pues para aceptar un planteamiento tal ha de estarse a las circunstancias de cada caso, pudiendo ser aceptable el planteamiento de la parte cuando el fondo del debate gravite sobre hechos y la fijación de éstos en la sentencia dependa de la apreciación de la prueba; pero en el caso actual en realidad no ha existido debate sobre los hechos, sino sobre la base de hechos no desvirtuados: el retraso en el inicio de las obras, el retraso en la tramitación del modificado nº 1 y el retraso derivado de la indisponibilidad de los espacios por retraso en la tramitación de las expropiaciones, lo que se cuestiona es si los retrasos derivados provocados por tales causas han producido perjuicios efectivos.

En esas circunstancias las alusiones de la Sentencia al expediente y a los informes obrantes en él bastan para satisfacer las exigencias que la recurrente considera incumplidas.

Cosa diferente sería si, de haberse admitido la procedencia de la indemnización, hubiera debido descenderse al análisis de los concretos perjuicios reclamados, en donde la justificación de la apreciación de la prueba debiera haber tenido otra lectura.

Se impone por todo lo expuesto la desestimación del primer motivo de casación.

QUINTO.- El segundo motivo de casación, cuyo enunciado sintético se indicó en el Fundamento Primero, aduce, como se indicó, en sendos apartados diferenciados, tres infracciones distintas.

Analizaremos por separado lo atinente a cada uno de dichos apartados.

El desarrollo argumental del primero de ellos, en el que se aduce la vulneración del art. 129 RD Legislativo 2/2000 y del art. 140.4 del RD 1098/2001 en relación con el art. 142 del Real Decreto Legislativo 2/2000 en esencia consiste en lo siguiente:

a) Que el art. 129 citado no guarda relación con el objeto del pleito y que el precepto que debió aplicarse es el del art. 140.4 del RD 1098/2011, en el que se establece que *"el acta de comprobación del replanteo formará parte íntegramente del contrato a efectos de su exigibilidad"*.

b) Que en el acta de comprobación del replanteo levantada con fecha 30 de diciembre de 2004, se indica lo siguiente:

«c) Es plena posición y real la disposición de los terrenos según acredita la documentación pertinente.

d) No existe obstáculo en otro supuesto del proyecto aprobado que pueda afectar al cumplimiento del contrato (...)



c) Que «la falta de disposición de los terrenos que tuvieron que ser posteriormente objeto de expropiación, así como la existencia de líneas de alta tensión y de telefonía, supone una contravención del contrato por parte de la Administración, por incumplimiento del acta de comprobación del replanteo», sin que la referencia que hace la sentencia recurrida a otra del mismo Tribunal valga para solventar la cuestión pues los casos son distintos.

d) Que el 24 de octubre de 2006 el Servicio Canario de Salud ordenando la suspensión de las obras del nuevo hospital, y aunque el art. 102. del RD legislativo dispone que si la Administración ordenase la suspensión del contrato se levantaría acta en la que se consignarían las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel, y en este caso dicho acta nunca llegó a formalizarse, incumpliendo al respecto lo dispuesto en el art. 103.1 del Reglamento de la Ley de Contratos, la Administración no puede escudarse en la falta de declaración formal de suspensión para eludir la obligación de reparación de los daños y perjuicios causados al contratista, remitiéndose al efecto al dictamen del Consejo de Estado nº 791/1998, de 21 de marzo.

e) Que en el caso que nos ocupa «desde el 24 de octubre de 2006 al 11 de marzo de 2008 la obra estuvo suspendida, a pesar de que no se levantase el acta de suspensión prevista en el art. 102.1 de la Ley de Contrato, por lo que la Administración debe responder de los daños y perjuicios causados. Y en el mismo supuesto se hallan los 5 meses (de enero a Junio de 2005) en que no se ejecutó obra por no constar con Dirección Facultativa, amen de la inaptitud de los terrenos por la presencia de líneas de telefonía y media tensión, circunstancia ésta última que imposibilitó la instalación de las gruas-torre hasta diciembre de 2005.

En definitiva [se dice], la Sala a quo vulnera por omisión en su aplicación el artículo 140.4 del Real Decreto 1098/2001 y el artículo 142 del Real Decreto legislativo 2/2000, en la medida en que se concreta la integración del acta de comprobación del replanteo en el contrato, acto inicial de la ejecución del contrato administrativo de obras, siendo desde entonces exigible como ley entre partes, sin perjuicio de la suspensión producida desde el 24 de octubre de 2006 al 11 de marzo de 2008» .

El Gobierno de Canarias al oponerse al recurso en lo atinente al primer apartado del motivo que analizamos, comienza refiriéndose a lo dispuesto en el art. 129 del Real Decreto legislativo 2/2000, y a lo dispuesto en el art. 139 del RD 1098/2001, así como en el RD legislativo 2/2000, afirmando:

a) que «ello quiere decir que aunque se trata de un acto de la Administración competente, el contratista puede formular reserva con los efectos que se le asigna, o sea, que una vez celebrado el contrato, se procede, en presencia del contratista, con toda lógica a comprobar el replanteo hecho, antes de la contratación, por la Administración por sí sola, pudiendo advertirse el cuidado que el Reglamento de contratación pone en que no quede resquicio alguno para la indeterminación de la posibilidad, de la viabilidad de a la obra misma sobre el terreno, y esto tiene que ser así porque con este acto de carácter preparatorio se trata nada más y nada menos que de comprobar la viabilidad del proyecto que define la obra que se iba a contratar» .

b) que «lo que manifiesta la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Canarias es que no hubo reservas ni protestas por parte del contratista ni por parte del director de la obra por lo que no se produjo la suspensión de las mismas de la que pudiera derivarse una indemnización de daños y perjuicios por aplicación del art. 102 de la LCAP. No consta en el expediente de la Administración haya dictado orden de suspensión alguna.

No se ha infringido por la Sala lo dispuesto en el art. 140.4 del Real Decreto 1058/2001, de 12 de octubre, puesto que el acta de comprobación de replanteo de las obras de construcción del Nuevo Hospital de la Gomera consta que el contratista manifiesta su plena conformidad con la comprobación realizada, no manifestando reserva alguna sobre esos extremos ni sobre ningún otro que pueda afectar al cumplimiento del contrato, siendo el acto de comprobación del replanteo el momento idóneo para formular por el contratista los reparos sobre la viabilidad del proyecto»

SEXTO.- Expuestos los términos del debate en cuanto al primer apartado del motivo segundo, ha de hacerse como primera observación la de que la alegada infracción de los arts. 140.4 del RD 1098/2001 y 142 RD Legislativo 2/2000, constituye una cuestión nueva no alegada en la instancia y por tanto de inaceptable planteamiento en casación, lo que por sí solo basta para el rechazo de la impugnación contenida en ese primer apartado del motivo.

En todo caso la alegada infracción pudiera haber operado si la sentencia, al desestimar la pretensión indemnizatoria de la recurrente, hubiera negado la virtualidad de las dilaciones derivadas de las causas referidas en el recurso por el hecho de que la contratista en el acta de comprobación del reglamento no hubiese hecho reserva alguna; pero la realidad es que la ratio decidendi inicial de la sentencia no se asienta en tal clave, sino, por lo que hace a la dilación de los cinco meses, en que en la anualidad en que se incluyen esos meses (año 2005) la obra programada para ella se ejecutó incluso con exceso, y se percibió todo lo presupuestado para dicha anualidad; y en cuanto a la dilación derivada de la falta de las expropiaciones, en que la dilación



de las expropiaciones no supuso paralización de la obra, que se siguió realizando en terrenos no afectados por tal causa, afectó solo a una parte de los terrenos. En tales circunstancias de infracción de los preceptos alegados en el motivo carece de base.

Es indudable la indebida aplicación del art. 129 RD legislativo 2/2000, pues, como se argumenta en el motivo, se refiere a un replanteo previo al contrato; y en tal sentido la falta de reservas de la parte en que se alude a la sentencia y a cuyo efecto se alude al precepto, nada tiene que ver con el dicho precepto; pero se trata de una errónea indicación de un precepto, que no opera en la sentencia en realidad como clave de la decisión, de modo que la afirmación de su improcedente alusión en la sentencia, al ser su cita puramente secundaria, no desvirtúa las verdaderas razones determinantes de la decisión desestimatoria.

Se debe rechazar por ello la impugnación contenida en el primer apartado del motivo.

SÉPTIMO.- En el desarrollo argumental del segundo apartado del motivo segundo, en el que se invocó la vulneración del art. 102.2 RD legislativo 2/2000, se dice que son tres las suspensiones que se han operado durante la vigencia del contrato.

«a) Durante los meses de enero a junio de 2006, por falta de Dirección Facultativa y por la presencia de telefonía y media tensión.

b) Desde el día 24 de octubre de 2006 al 11 de marzo de 2008, por la falta de disponibilidad de los terrenos pendientes de expropiación.

c) Desde el 8 de enero de 2008 durante 3 meses, por acta de suspensión durante la tramitación del "modificado nº 2 del precepto"» .

Se afirma que *«Respecto de estas suspensiones del contrato la Sala sólo se pronuncia respecto de aquella que cuenta con acta de suspensión, es decir, la suspensión del contrato durante la tramitación del llamado "modificado nº 2 del proyecto". Así entiende que no son indemnizables los daños y perjuicios causados, bajo el argumento de que el modificado del proyecto supuso un incremento del precio y en el plazo de ejecución. Faltaría más, es una consecuencia del ejercicio del ius variandi de la Administración la correspondiente exigencia del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, mediante la correlativa alteración del precio y del plazo de ejecución.*

Nada dice de la suspensión por razón de la expropiación de los terrenos por falta de Dirección Facultativa y por la presencia de telefonía y media tensión, ya que no las considera como tal, en flagrante contravención de la doctrina del Consejo de Estado y de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, como supra se constató.

Como decimos, la Sala reitera la omisión en la aplicación de normas del ordenamiento jurídico aplicables, como el artículo 102.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos que contiene una obligación indemnizatoria constituida ex lege desde el momento en el que la Administración contratante acuerda, en ejercicio del ius variandi, suspender el contrato.».

En su oposición al apartado segundo del motivo el Gobierno de Canarias, niega la vulneración del art. 102.2 del Real Decreto legislativo 2/2000 *«puesto que, para que surja la obligación de la Administración de indemnizar los daños y perjuicios al contratista se requiere que exista acta de suspensión y que los daños sean reales y efectivos, pues comprende sólo los "efectivamente sufridos" por el contratista, siendo necesario que conste producido un real y concreto resultado lesivo (no supuesto, ni hipotético, ni potencial) requiriendo la apreciación de ese resultado lesivo la prueba efectiva de que, como consecuencia de esa actuación imputable a la Administración, el contratista reclamante ha sufrido un real quebranto en su esfera patrimonial que no tenía la obligación de soportar, prueba cuya carga incumbe al contratista que invoca haber experimentado dicho resultado lesivo»*

Se afirma que en el año 2005 no hubo suspensión de las obras, remitiéndose al respecto al Informe de la Dirección Facultativa de la obra de 31 de marzo de 2010, obrante en los folios 940 a 968 del Expediente, negando así que se den los requisitos *«los requisitos previstos en la normativa de aplicación para considerar que el retraso en el inicio de la ejecución de la obra pueda generar el derecho a reclamar daños y perjuicios, primero porque no se acordó la suspensión de las obras, ni siquiera fue solicitada por el contratista, y segundo porque en ningún momento se generaron daños y perjuicios efectivos toda vez que el propio contratista manifiesta que en la anualidad de 2005 la obra se encontraba tan adelantada que se había superado el volumen de obra ejecutada que se había previsto».*

Se afirma a continuación que *«La Sentencia de instancia sólo se refiere a la suspensión del contrato durante la tramitación del modificado nº 2 por que fue la única suspensión que tuvo lugar, ahora bien, no genera el derecho a percibir indemnización al no haberse producido daños y perjuicios derivados de la misma»*



Se detalla la petición de la Dirección facultativa de la obra de la suspensión temporal en las zonas afectadas por el modificado y la orden de la Consejería de Sanidad de 19 de diciembre de 2007 de suspensión temporal parcial de obras en las zonas descritas en la petición de la Dirección Facultativa por un plazo de tres meses «*Levantándose acta de suspensión temporal parcial de la obra (folios 207 y 208) en el que consta el plazo de ejecución de la obra de 42 meses (del 31-12-04 al 31-05-08) y la fecha del acuerdo de suspensión el 21 de diciembre de 2007. Consta en el expediente Acta de medición de las unidades que no se pueden ejecutar hasta la contratación del Modificado nº 2, con un total de 43.250,85 (folios 211 a 215 del expediente)*».

Se añade que «*El periodo comprendido entre el 19.12.2007 y el 12.8.2008, motivado por la demora en la contratación del proyecto modificado nº 2, provocando la suspensión parcial de la obra decretada por el órgano de contratación. En dicho periodo se aprecia una reducción del ritmo de ejecución de la obra a 372.441€. Ahora bien, no es menos cierto que dicho período coincide temporalmente con el de ejecución del proyecto complementario nº 1, y que a la fecha de firma del contrato modificado, agosto de 2008, ya se había ejecutado la práctica totalidad del presupuesto de ejecución material del proyecto original, por lo que toda la obra ejecutada entre agosto y diciembre de 2008 debe entenderse afecta exclusivamente a la ejecución del proyecto modificado nº 2, y que supuso para el contratista un beneficio derivado del mencionado incremento sobre el precio inicial del contrato.*

Se procedió a una modificación contractual, modificación que obtuvo el conforme de la parte actora y con solicitud de prórroga del plazo de ejecución de las obras por parte del contratista, por tanto, nos hallamos no ante un supuesto de los contemplados en el art. 102 invocado sino del art. 146.1» , que transcribe.

Tras aludir al consentimiento del modificado por parte del contratista sin protesta y a su ejecución sin que «se haya planteado la inconveniencia de la suspensión de las obras o la inconveniencia de la redacción de un nuevo proyecto de modificado», hace referencia al informe de la Dirección Facultativa de la obra (folios 960 a 968 del expediente) en el que se dice que consta que «*el modificado, que afectaba al 4,698% de la obra principal y que llevaba implícito un aumento de plazo de dos meses debido al incremento económico, pudo realizarse dentro del plazo previsto final de 31 de diciembre de 2008 y no supuso un retraso añadido*»

Se refiere por último la argumentación de oposición al apartado segundo del motivo al alegado «*retraso de la obra derivado de la no disposición de los terrenos que no habían sido expropiados*» y afirma al respecto:

a) que en el periodo de 24-10-2006 a 11-3-2008 en que se dilató la expropiación de los terrenos «*la obra nunca estuvo parada por dicha causa, pues del examen de las certificaciones de obras emitidas en dicho período se constata que el trámite de expropiación de una parte de los terrenos no supuso en modo alguno una reducción en el ritmo de ejecución de la obra, pues ésta se ejecutó a un promedio mensual de 621.369€, pues a pesar de no estar disponibles todos los terrenos, sí que se disponía de la mayor parte de los mismos, lo que permitió a la UTE ir ejecutando gran parte de la obra a la par que la Administración culminaba la expropiación de los terrenos*»

b) que «*el retraso en la expropiación de terrenos sólo afectó a la parcela donde estaba previsto ubicar el edificio de instalaciones, sin que la obra nunca se viera paralizada totalmente, estimando la Dirección Facultativa las obras afectadas en 1.872.005 €, importe éste equivalente al 7,81% de la obra inicial total*»

c) Que la interpretación del art. 102.2, cuya aplicación se solicita de contrario es incorrecta puesto que «*el precepto no regula una indemnización automática en casos de suspensión del contrato puesto que [...] no toda la suspensión de la ejecución de la obra comporta la indemnización de daños y perjuicios por la Administración, siendo necesario que conste producido un real y concreto resultado lesivo (no supuesto, ni hipotético, ni potencial), requiriendo la apreciación de ese resultado lesivo la prueba efectiva de que, como consecuencia de esa actuación imputable a la Administración, el contratista reclamante ha sufrido un real quebrando en su esfera patrimonial que no tenía la obligación de soportar*» .

d) y como conclusión que «*No procede la indemnización, porque sí hubo ese inicial retraso y otro posterior, el contratista los consintió, produciéndose hasta tres ajustes de anualidades, tres modificados, dos complementarios y con el establecimiento de los correspondientes ajustes tanto de anualidades, cuanto de incremento del precio inicial, la empresa contratista solicitó prórroga del plazo de ejecución de las obras contratadas de nueve meses, se asumió por la empresa la dilación de las obras, sin efectuar protesta en tales momentos ni en el momento de la modificación del proyecto original, al que prestó su total conformidad*» .

Centra por último la oposición al motivo en impugnar la valoración de los daños y perjuicios que reclama el recurrente.

OCTAVO.- A la vista de los planteamientos cruzados respecto del segundo apartado del motivo, se impone la desestimación de la alegada vulneración del art. 102.2 RD Legislativo 2/2000 .



Debemos dar en este punto la razón al Gobierno de Canarias en la que consideramos clave de su planteamiento sobre el sentido del art. 102.2 RD legislativo 2/2000, que no impone de modo automático una indemnización por la suspensión, sino que ésta debe referirse a "los daños y perjuicios efectivamente sufridos" por el contratista, lo que conlleva la necesidad de acreditar dichos daños y perjuicio efectivos, acreditación que entendemos, con la sentencia recurrida y con la tesis de oposición al motivo, que no ha producido en este caso.

Partiendo de las bases del planteamiento del recurrente de la existencia de tres causas de dilación en el periodo de ejecución de la obra inicialmente pactado en el contrato, dicho planteamiento consiste en una globalización temporal del periodo de retraso derivado de dichas tres causas, que, habida cuenta de que en el contrato el plazo pactado era de 29 meses, que culminaban el 31 de mayo de 2007, abarcaría desde Junio de 2007 a 31 de diciembre de 2008, lo que dan los 19 meses de retraso que se toman como base de cálculo de la indemnización pretendida.

Se trata así de una suma total de retrasos, no individualizados respecto de los concretos espacios temporales concernidos por la correspondiente causa de cada retraso.

Ello sentado, si se aprecia que alguno o algunos de los sumando de dicha suma temporal global no es aceptable, no lo será por ello la suma global.

En el caso presente el primero de los sumandos temporales resulta claramente inaceptable, pues, habida cuenta de que la parte de obra pactada para la anualidad de 2005, en cuya anualidad se integran los cinco primeros meses del contrato, se ejecutó en su totalidad y se cobró según lo pactado, el retraso en el inicio de la obra, (que, por lo demás no dio lugar a protesta alguna del contratista, cual, en su caso procediera, lo que indica que lo consintió) resulta inoperante para poder fundar en él un incumplimiento del art. 102.2 RD Legislativo 2/2000 y una causa de producción de unos daños y perjuicios efectivos.

Algo parecido ocurre con el segundo de los sumandos, el referente a las dilaciones de la ejecución de la obra por dilaciones en los procedimientos de expropiación.

Para que el planteamiento de la recurrente pudiera aceptarse, en los términos en que lo plantea, dicha causa de dilación debiera haber afectado a la totalidad de la obra; pero no fue ese el caso, como se razona en la sentencia y en la oposición al motivo, sino que solo afectó a una parte de la obra, permitiendo que los trabajos continuaran en el resto del espacio disponible.

Resulta así inaceptable incluir ese sumando en la suma temporal global sobre la que se basa la imputación de retraso en cuanto presupuesto de la indemnización solicitada.

Si se eliminan de esa suma global los dos factores de retraso analizados y además se considera que el segundo modificado, en su dimensión temporal no está incluido en el periodo inicialmente pactado, sino que tiene una dimensión temporal propia, en cuyo espacio temporal además hubo una expresa petición de la contratista de ampliación del plazo en nueve meses, con la que se llegó a la fecha final de diciembre de 2008, la dilación derivada de la tramitación de ese modificado no resulta tampoco incluíble en los términos de la globalidad del planteamiento del recurrente.

Rechazado, pues, el planteamiento temporal de globalidad, resulta ya inaceptable la reclamación de perjuicios que se asienta sobre ella, que responde en realidad a cálculos teóricos, y no a una demostración efectiva de daños causados.

Ese rechazo global cierra el paso a la posible discusión sobre la procedencia de las diversas partidas de la indemnización pedida.

NOVENO.- El desarrollo argumental del tercero de los apartados del motivo, en el que se alega la vulneración del art. 1101 en relación con el 1248 del Código Civil , que se plantea con carácter subsidiario para el caso de que entendiéramos que *«la falta de disponibilidad de los terrenos no conllevó, ex art. 102.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 , la suspensión del contrato con la consiguiente obligación del Servicio Canario de la Salud al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al contratista»* , y respecto del que la parte recurrida en su oposición no ha hecho consideración alguna, es en realidad reiteración del alegato incluido en el apartado primero del motivo sobre el contenido del acta de comprobación del replanteo como parte del contexto, y la falta de disponibilidad del terreno en contra de lo indicado en dicha acta de replanteo.

Sobre esa base las alusiones a lo dispuesto en los arts. 1091 , 1101 y 1258 del Código Civil , no son sino una alternativa normativa al art. 102.2 RD legislativo 2/2000, inoperante para poder demostrar la existencia efectiva de daños y perjuicios indemnizables, dato este clave tanto para la aplicación del art. 102.2 citado, como ya hemos razonado, como para la de los artículos del Código Civil referidos, preceptos por otra parte no indicados en el debate de instancia y no considerados ni aplicados en la sentencia, lo que veda, como cuestión nueva, su invocación en casación como motivo de la misma.



Se impone así la desestimación de este último contenido del motivo segundo del recurso, y por ende la del recurso.

DÉCIMO.- La consecuencia de todo lo expuesto debe ser la desestimación del recurso, con imposición de las costas del mismo al recurrente por exigencias de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA , si bien ejercitando la facultad establecida en el apartado 3 del propio artículo, se fija como límite máximo por todas las costas el de 6.000€. €

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación interpuesto el Procurador de los Tribunales Don Luis Fernando Pozas Osset, en representación de "**MAZOTTI, S.A.**", "**VVO CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A.**" y "**PEDRO LUIS DARIAS, S.L.**", en **UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS**, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con Sede en las Palmas de Gran Canaria (Sección Primera) de 12 de septiembre de 2011 , dictada en el recurso ordinario número 629/2009, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos del último fundamento de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.