

Roj: **STS 1254/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1254**Id Cendoj: **28079130072014100092**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **19/03/2014**Nº de Recurso: **4512/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Marzo de dos mil catorce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmo. Sres. anotados al margen el recurso de casación número 4512//2012, que pende ante ella de resolución, interpuesto por CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ-SANDO S.A contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 547/2010, de fecha 18 de octubre de 2012, interpuesto por la Procuradora Doña Alicia Casado Deleito actuando en representación de CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ-SANDO S.A. contra la desestimación por silencio de la reclamación presentada en fecha 28 de septiembre de 2009 ante la Comunidad de Madrid, Consejería de Transportes e Infraestructuras, Dirección General de Carreteras, en la que mostraba su disconformidad con la relación valorada realizada por la Administración de las obras ejecutadas correspondientes a la liquidación final de las denominadas " Remodelación de los Enlaces de las Carreteras M-413 y M-405 con la M-506 en Fuenlabrada Expte. 06-CO- 21.5/2005 Clave 1-E-308", reclamando en concepto de diferencia en la liquidación la cantidad de 3.998.609,79 euros IVA incluido; alegando asimismo tener derecho a la revisión de precios de esta diferencia en la liquidación lo que ascendería a 366.548,36 euros; reclamando asimismo las cantidades líquidas aprobadas y reconocidas pendientes aún de pago por importe de 1.869.045,40 euros, y los intereses devengados por demora en el pago".

Ha sido parte recurrida la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de 18 de octubre de 2012 cuya parte dispositiva establecía lo siguiente: "*FALLAMOS :Que estimando en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Doña Alicia Casado Deleito actuando en representación de CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ-SANDO S.A. contra la desestimación por silencio de la reclamación presentada en fecha 28 de septiembre de 2009 ante la Comunidad de Madrid, Consejería de Transportes e Infraestructuras, Dirección General de Carreteras, a que esta "litis" se refiere, condenamos a la Administración demandada a abonar al recurrente la cantidad de 1.869.045,40 euros, más los intereses de demora de la cantidad de 1.337.493,06 desde el 11 de octubre de 2008, de la cantidad de 183.081,53 euros desde el 12 de octubre de 2009, de la cantidad de 234.350,68 euros, desde el 11 de octubre de 2008 y de la cantidad de 114.120,11 euros desde el 13 octubre de 2009, intereses que se devengarán hasta la fecha de cobro de cada principal, siendo el tipo de interés aplicable el establecido en el artículo 7.2 de la Ley de 29 de diciembre de 2004, con desestimación expresa de los demás pedimentos de la demanda, sin hacer expresa imposición de costas*".

SEGUNDO.- Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 14 de enero de 2013, la representación de los recurrentes formaliza su escrito de interposición del presente recurso en el que alega cuantos antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente terminando por suplicar la anulación de la sentencia recurrida y que se dicte otra por la que se condene a la administración demandada a abonar a la recurrente



la cantidad de 4.678.964,41 euros, así como los intereses de demora desde 11 de octubre de 2008, hasta la fecha de su efectivo cobro, con expresa imposición en ambas instancias a la Administración de las costas procesales.

TERCERO.- El Letrado de la Comunidad de Madrid por su parte, formaliza su oposición por escrito que tiene entrada en este Tribunal en fecha 11 de julio de 2013 en el que solicita su desestimación.

CUARTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 5 marzo de 2014 en que tuvo lugar, habiéndose observado en la tramitación las disposiciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Díaz Delgado,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente alega como motivos de casación los siguientes:

1.- Con amparo en el artículo 88.1.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa : Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. En concreto se consideran infringidas las siguientes normas por vulneración del deber de motivación fáctica de la sentencia e incongruencia: los artículos 33 y 67 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el artículo 120.3 de la Constitución Española de 1978 y el artículo 218.2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil. (Liquidación en el contrato de obras) y 129 (Contenido de los Planos). El Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado, fundamentalmente en sus artículos, entre otros: artículo 74 (Medición General), 75 (Liquidación Provisional). El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir en el contrato de estas obras de: Remodelación de los enlaces de las carreteras M-413 Y M-405.

2.- Con amparo en el artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa : Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Concretamente, se consideran infringidos, por inaplicación de los mismos: El 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, en su versión vigente la fecha de adjudicación del contrato, de obras que nos ocupa, fundamentalmente en sus artículos 14 (Precio de los contratos), 99 (Pago del precio), 103 y siguientes (Revisión de precios), 124 (Contenido de los proyectos), 147 (Recepción y plazo de garantía). El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, fundamentalmente en sus artículos 166 (Medición general y certificación final de las obras), 169 con la M-506 en FUENLABRADA. EXPTE. 06-CO-21.5/2005, fundamentalmente en sus cláusulas: 31 (Revisión de precios), 40 (Recepción de la Obra), 41 (Medición general y certificación final) y 42 (Plazo de garantía y liquidación).

3.- Con amparo en el artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa : Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. En concreto: Los artículos 1285, 1286 y 1288 del Código Civil , de aplicación supletoria, ya que la Sentencia ha alcanzado, con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, una interpretación manifiestamente ilógica, arbitraria e ilegal de la Cláusula 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el contrato.

4.- Con amparo en el artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa : Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. En concreto, el motivo lo referimos a: Infracción de la doctrina del enriquecimiento sin causa, ya que la falta de pago de las obras realmente ejecutadas por mi mandante, conforme al Proyecto, ha supuesto un enriquecimiento sin causa para la Administración que, no ha sido apreciado en la Sentencia.

5.- Con amparo en el artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa : Infracción de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. En concreto, las Sentencias del Tribunal Supremo de Sala 3ª, sec. 7ª, S 15-12-2011, rec. 4643/2008 , que, resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 julio 2008 , alegada por la recurrente y que también cita las siguientes: Tribunal Supremo Sala 3ª, Sec. 4ª, S. 25-10-2005, rec. 3570/2003, sec. 7ª, S. 9-10-2000, rec. 2459/1995 , S. 26-2-1999, rec. 9375/1992 .

SEGUNDO.- La sentencia recurrida en el fundamento de derecho quinto sostiene lo siguiente:

"Finalmente el recurrente reclama la cantidad de 4.286.065,30 euros (IVA al 16 incluido) más la de 392.899,11 euros en concepto de su revisión de precios, por diferencias de medición entre la realizada por la Dirección



Facultativa y consignada en la certificación liquidación y la que el recurrente alega como realmente ejecutada en relación con las unidades nº 4.01.16 y nº 4.02.16 " Kg de acero B-500 S" y de la unidad nº 4.01.38 y nº 4.02.38 "Kg de fabricación, suministro y montaje de la estructura de acero S355J2G1W, aportando un informe pericial sobre medición de acero estructural del tablero de los viaductos 1 y 2 proyectados en el Proyecto Modificado nº 2 de Remodelación de los Enlaces de las carreteras M-413 y M-405 con la M-506 en Fuenlabrada que concluye en que existe una diferencia en valor de 4.286.065,30 euros (IVA al 16% incluido) entre el importe considerado en la certificación liquidación y la realizada en el informe pericial.

La pretensión no puede prosperar.

En primer lugar hemos de señalar que pese a que se ha practicado prueba pericial, no lo ha sido por perito designado judicialmente lo que dota a la pericia de mayor objetividad y fiabilidad, sino por peritos designados por la actora y que en el expediente administrativo obra la relación valorada de las obras realizada por la Dirección Facultativa de las mismas que contradice el mencionado informe pericial. En segundo lugar ha de tenerse en cuenta que, aún en el supuesto de que la recurrente hubiera realmente ejecutado mayor número de unidades de las previstas en el proyecto, no tratándose de unidades nuevas no previstas en proyecto sino de exceso de medición, no tendría derecho a su cobro por cuanto que tal como dispone el artículo 49.5 del Texto Refundido de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, "los contratos se ajustarán al contenido de los Pliegos Particulares, cuyas cláusulas se consideran como parte integrante de los respectivos contratos" y en el caso presente la Cláusula 30 del Pliego de Condiciones Particulares disponía que " Solo se abonará al contratista la obra que realice conforme a los documentos del Proyecto y, en su caso, a las órdenes recibidas por escrito el director de la obra. Por consiguiente, no podrá servir de base para reclamaciones de ningún género el número de unidades de obra realizadas no consignadas en el proyecto. " Pues bien, además de haber prestado el recurrente su conformidad con el proyecto, con el acta de replanteo y con las dos modificaciones realizadas y de haberse comprometido a ejecutar el contrato con estricta sujeción al Proyecto aprobado por la Administración y haber aceptado la totalidad de las unidades recogidas en los Modificados nº 1 y nº 2, no consta que en el caso presente el supuesto incremento de unidades ejecutadas respondiera a órdenes del Director de la obra, no habiendo aportado la recurrente prueba alguna al respecto incluido el libro de órdenes, situación en la que ni con fundamento en las cláusulas del contrato ni con fundamento en la doctrina del enriquecimiento sin causa podría el recurrente tener derecho a lo que reclama, debiendo de recordarse que la jurisprudencia ha sido clara al establecer los supuestos en que la institución podía apreciarse, y por lo que al presente caso interesa, la aplicación de la doctrina exige que el empobrecido, que realiza la prestación, no haya actuado unilateralmente, sino que lo haya hecho como mínimo siguiendo órdenes de quien en la Administración tenga apariencia de tener legitimación para contratar y obligar con sus actos a la Administración. Así es reiterada la jurisprudencia que ordena abonar al contratista obras ejecutadas fuera de proyecto ordenadas por el Director de la obra, que, en este punto, representa a la Administración contratante, al proceder las órdenes de quien para el contratista tuviera apariencia de efectiva potestad (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1983, de 20 de octubre de 1986 y de 28 de enero de 2000 entre muchas otras) y lo ha rechazado en supuestos en que no fue así y en que la reclamante tenía que conocer por ejemplo que no se daban los requisitos para acometer unas obras, y lo hizo a su riesgo y ventura, así la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 15 noviembre 2000 rechaza el cobro de unas obras ejecutadas fuera del proyecto de urbanización no aprobadas por la Administración porque " la entidad autora de las obras de urbanización parcial, dada la envergadura, importancia y experiencia de esa entidad mercantil, conocía perfectamente que la realización de tales obras no podía verificarse sin la previa aprobación de los instrumentos urbanísticos idóneos para las mismas, por lo que en aplicación a este caso concreto de dicho principio de riesgo y ventura, nos lleva a la conclusión, que a efectos indemnizatorios derivados del enriquecimiento sin causa, sólo deben ser tenidas en cuenta las obras realizadas, de hecho, conforme a lo establecido en el Proyecto de Urbanización aprobado posteriormente a la realización de las mismas".

Por su parte las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de abril de 1999 y 1 de marzo de 2000 establecieron que no cabe proteger a quien enriquece a otro contra su voluntad, no cabiendo la institución cuando el supuesto enriquecido no la ha querido y le es impuesto".

TERCERO.- Sostiene la recurrente como primer motivo de casación que la sentencia recurrida incurre en quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. En concreto se consideran infringidas las siguientes normas por vulneración del deber de motivación fáctica de la sentencia e incongruencia; los artículos 33 y 67 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el artículo 120.3 de la Constitución Española de 1978 y el artículo 218.2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil.

En efecto, el recurrente le imputa de un lado la ausencia formal y sustantiva de un relato fáctico, así como un rechazo frontal de la prueba pericial aportada y realizada de conformidad con lo establecido en la Ley de



Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria, y en cuya realización las partes contrarias pudieron realizar las alegaciones y reparos que hubieran tenido por conveniente, e incluso proponer prueba pericial contradictoria con el contenido de aquella, simplemente por entender que dicha prueba no es una auténtica prueba pericial, al ser de parte. Ciertamente este razonamiento pudiera ser tenido en cuenta en relación con la comparación de otro tipo de pruebas, pero no puede descalificarse a priori el valor de la prueba pericial, previsto en una norma con rango legal, aun cuando razonablemente el juzgador pueda llegar a cuestionar su valor con arreglo a las reglas de la sana crítica. Aquí no hay sana crítica, sino rechazo de la misma dada su aportación por la parte que la propuso, aun cuando se diga que contradice lo dicho por el Director Facultativo al hacer la medición.

Por otra parte, como sostiene la recurrente la sentencia incurre en incongruencia, pues a veces en su razonamiento parece admitir que la cuestión principal es de medición, conforme a lo que se deduce de los planos, del material empleado, mientras que en otros lugares de la sentencia se refiere a unidades de obra. Como sostiene la recurrente, la pericial que aporta se basa en la medición de dicho material basada en los Planos del Proyecto Modificado aprobado por la Administración. De las actuaciones se desprende y así debemos integrar la prueba, que el contratista no consta que haya prestado conformidad a la relación valorada de las obras realizada por la Administración y que cuando recibió la certificación final sin reflejar la medición ejecutada y contenida en los Planos del Proyecto reclamo mediante escrito de fecha 7 de noviembre de 2008, manifestando su disconformidad y reclamando se procediese a la medición con participación del contratista, conforme a la cláusula 41 del pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la Obra y en base a lo dispuesto en el artículo 166 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 74 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado, reiterando dicha petición por escrito de entrada de 8 de mayo de 2009 y 31 de agosto del mismo año, y recibida en 18 de septiembre de 2009 la relación valorada de las obras ejecutadas correspondientes a la Liquidación, reiteró su petición mediante escrito de 28 de septiembre.

En consecuencia, procede acoger este motivo de casación, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 92.5 de la LJCA dictar otra sentencia, de conformidad con lo planteado por las partes en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- En consecuencia, tratándose de un problema de medición de la obra realmente ejecutada, conforme a los planos del proyecto, medición que de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 30 y 41 debería haberse realizado con la presencia del contratista, habiéndolo así solicitado éste reiteradamente, y habiendo probado el contratista en el proceso correspondiente mediante la prueba pericial aportada de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la realidad del material empleado procede, de conformidad con los preceptos alegados como infringidos en el resto de los motivos de casación, antes citados, relacionados con la obligación del pago de la obra realmente ejecutada de conformidad con los planos, y en relación con el enriquecimiento injusto de que se vería beneficiada en su caso la Administración recurrida, estimar el recurso contencioso-administrativo y condenar a la Administración demandada a abonar a la recurrente la cantidad de 3.998.609,79 euros IVA incluido; alegando asimismo tener derecho a la revisión de precios de esta diferencia en la liquidación lo que ascendería a 366.548,36 euros; reclamando asimismo las cantidades líquidas aprobadas y reconocidas pendientes aún de pago por importe de 1.869.045,40 euros, y los intereses devengados por demora en el pago".

QUINTO.- No procede la imposición de las costas procesales a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la ley jurisdiccional.

FALLAMOS

1.- Ha lugar al recurso de casación número 4512//2012, interpuesto CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ-SANDO S.A contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 547/2010, de fecha 18 de octubre de 2012, que anulamos.

2.- Ha lugar a estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña Alicia Casado Deleito actuando en representación de CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ-SANDO S.A. contra la desestimación por silencio de la reclamación presentada en fecha 28 de septiembre de 2009 ante la Comunidad de Madrid, Consejería de Transportes e Infraestructuras, Dirección General de Carreteras, en la que mostraba su disconformidad con la relación valorada realizada por la Administración de las obras ejecutadas correspondientes a la liquidación final de las denominadas " Remodelación de los Enlaces de las Carreteras M-413 y M-405 con la M-506 en Fuenlabrada Expte. 06-CO- 21.5/2005 Clave 1- E-308", y condenamos a la demandada a abonar a la recurrente la cantidad de 3.998.609,79 euros IVA incluido; alegando asimismo tener derecho a la revisión de precios de esta diferencia en la liquidación lo que ascendería a 366.548,36 euros;



reclamando asimismo las cantidades líquidas aprobadas y reconocidas pendientes aún de pago por importe de 1.869.045,40 euros, y los intereses devengados por demora en el pago.

3.- No ha lugar a la condena en las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ