

Roj: **STS 2751/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:2751**Id Cendoj: **28079130072014100221**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **02/07/2014**Nº de Recurso: **2997/2013**

Nº de Resolución:

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

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Julio de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 2997/13 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Javier Huidobro Toscano en nombre y representación de ELSAMEX, SA contra la sentencia de fecha 24 de julio de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Navarra, en el recurso núm. 516/2008, seguido a instancias de ELSAMEX, SA contra el Acuerdo del Gobierno de Navarra de fecha 19 de Mayo de 2008, por el que se desestima el recurso de alzada interpuesto por ELSAMEX, SA contra la Orden Foral 133/2007, de 26 de Octubre de la Consejera de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones por la que se declaran responsables solidarios a BELATE, UTE y ELSAMEX, SA por las incidencias ocurridas en el túnel de Belate desde su puesta en servicio y se requiere al pago de 9.035.127,03 € en concepto de resarcimiento de los daños perjuicios y costes que tales incidencias han ocasionado a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Ha sido parte recurrida la Comunidad Foral de Navarra, representada por el Procurador de los Tribunales D. Noel de Dorremocha, Construcciones Mariezcurrena, SL representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana Lázaro Gogorza y Construcciones Lain, S.A, Auxini, S.A.- Potasa de Subiza, SA (BELATE UTE) en la actualidad constituida por Obrascón, Huarte, Laín, SA, Dragados SA y Potasas de Subiza, SA, representado por el Procurador de los Tribunales D.Felipe de Juanas Blanco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso administrativo 516/08 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, se dicto sentencia con fecha 24 de julio de 2013, que acuerda: "Que debemos desestimar como desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil ELSAMEX; S.A., frente a los acuerdos ya identificados en el encabezamiento de esta resolución al hallarlos en conformidad al Ordenamiento Jurídico. No se hace condena en costas".

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de ELSAMEX; S.A. se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

**TERCERO.-** Dicha representación procesal, por escrito presentado el 5 de noviembre de 2013 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.-** La representación procesal de la Comunidad Foral de Navarra por escrito de 23 de enero de 2014 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

La Procuradora D<sup>a</sup> Ana Lázaro Gogorza, en la representación que ostenta, por escrito de 27 de enero de 2014 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.



El Procurador D. Felipe de Juanas Blanco, en la representación que ostenta, por escrito de 3 de febrero de 2014 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

**QUINTO.**- Por providencia de 12 de marzo de 2014 se señaló para votación y fallo para el 25 de junio de 2014, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm.a. Sra. D<sup>a</sup>. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La representación procesal de ELSAMEX, SA interpone recurso de casación contra la sentencia desestimatoria de fecha 24 de julio de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Navarra, en el recurso núm. 516/2008, deducido por aquella contra el Acuerdo del Gobierno de Navarra de fecha 19 de Mayo de 2008, por el que se desestima el recurso de alzada interpuesto por ELSAMEX, SA contra la Orden Foral 133/2007, de 26 de Octubre de la Consejera de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones por la que se declaran responsables solidarios a BELATE UTE y ELSAMEX, SA por las incidencias ocurridas en el túnel de Belate desde su puesta en servicio y se requiere al pago de 9.035.127,03 € en concepto de resarcimiento de los daños perjuicios y costes que tales incidencias han ocasionado a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

Identifica la sentencia (completa en Cendoj Roj: STSJ NAV 811/2013) el acto impugnado en su PRIMER fundamento donde reseña que el objeto del pleito coincide plenamente con el acto administrativo recurrido en el recurso contencioso administrativo seguido ante la misma sala bajo el número 517/2008, ya resuelto por esta Sala en Sentencia de 9 de Marzo de 2011, ulteriormente confirmada por el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 16 de Mayo de 2012. En aquel asunto, fue recurrente BELATE, UTE.

También consigna la pretensión actora.

En el SEGUNDO refleja la oposición del Gobierno de Navarra y de las partes codemandadas en instancia, Euroestudios, Geocontrol, SA y Mariezcuerrena SL.

En el TERCERO puntualiza lo que es objeto de controversia rechazando que la actora pueda pedir en el suplico de la demanda la declaración de responsabilidad de Maeriezcuerrena, SL y Geocontrol, SA.

En el CUARTO pone de relieve la peculiar situación procesal de BELATE UTE, aquí demandada, mientras fue actora en el recurso 517/2008. Afirma que la responsabilidad de BELATE, UTE constituye cosa juzgada tras la Sentencia del Tribunal Supremo más arriba mencionada.

Rechaza en el QUINTO la caducidad del expediente de determinación de responsabilidad para lo cual, en aras al principio de unidad de doctrina, reproduce lo vertido en el FJ quinto de la Sentencia dictada en el recurso contencioso administrativo 517/2008.

En el SEXTO rechaza la recusación de los peritos actuantes en vía administrativa. Respecto a lo actuado por Geocontrol SA por cuanto el informe es anterior al inicio del expediente de determinación de responsabilidad. Y en cuanto a la Universidad Politécnica de Cataluña por ser inadmisibles su planteamiento al formular el recurso de alzada seis años después de conocer el informe y tras conocer su contenido.

En el SÉPTIMO refleja los antecedentes básicos que reputa relevantes desde la Orden Foral 657/1990, de 20 de junio al quinto desprendimiento producido el 6 de julio de 2006 así como la Sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2006, recurso de casación 6822/2003, sobre defectos constructivos en el túnel de Belate objeto de requerimiento de reparación examinados por el TSJ Navarra en sentencia de 5 de junio de 2003, recurso 6822/2003.

Concluye en el fundamento que *"del examen del extenso y complejo expediente así como de la prueba practicada tenemos que según se desprende del pliego de prescripciones técnicas particulares que forma parte del digamos contrato de asistencia técnica suscrito entre Elsamex S.A y la administración que obra a los folios 92 y ss. del expediente, el objeto del citado contrato de asistencia técnica no era otro que la prestación de servicios de asistencia técnica y el control de calidad al Departamento de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones del Gobierno de Navarra, para la dirección de las obras mencionadas en el apartado anterior, conforme a la cláusula novena el consultor, es decir Elsamex; S.A., tiene carácter de colaborador del director de las obras, la cláusula décima describe detalladamente los trabajos a desarrollar por el consultor, y conforme al apartado primero de la citada cláusula décima corresponde al Consultor el estudio detallado de los proyectos y obras a realizar indicando en un informe al Director de las obras posibles omisiones o anomalías en los mismos, en concreto en la cláusula quinta apartado séptimo se dice que corresponde al Consultor, previo análisis de los datos de auscultación vigilar la correcta ejecución de los elementos de sostenimiento y revestimiento: hormigón*



*proyectado y malla, bulonaje (bulones placas y resinas, cerchas en las secciones que se requieran). Si las condiciones del terreno lo requieren, sigue diciendo la citada cláusula, propondrá al director de las obras reforzar las zonas ya sostenidas. Por su parte la cláusula undécima que regula la responsabilidad del consultor, este se responsabilizará completamente de la exactitud de los trabajos, ensayos, comprobaciones de mediciones y resultados que proporcione a la Propiedad, así como de la vigilancia en todo momento de la señalización, balizamiento y defensa de las obras establecidas por el Contratista".*

En el OCTAVO reproduce lo vertido en el recurso 517/2008 sobre la conformidad a derecho del Acuerdo del Gobierno de Navarra que declaraba la responsabilidad solidaria de la contratista BELATE UTE y de la asistencia técnica especializada ELSAMEX, SA en la producción de los vicios y desprendimientos del túnel de Belate.

Dedica el NOVENO a poner de manifiesto lo que dijo la Comunidad Autónoma respecto a las alegaciones de ELSAMEX, SA.

Tras ello en el DÉCIMO destaca la importancia de los informes periciales ya aportados en el recurso 517/2008 subrayando lo sostenido en los folios 914 a 2079 por la Universidad Politécnica de Cataluña a propuesta de las partes en liza acerca de la escasa atención al control de movimientos en la zona central del túnel de pizarras. Añade lo manifestado por Geocontrol, SA en los folios 8039-8222 recalcando lo dicho en el 8072 acerca de que se minusvaloró por la asistencia técnica la entidad de las pizarras negras.

En el UNDÉCIMO analiza los informes periciales realizados en vía jurisdiccional. Respecto del emitido por el Sr. Jose Antonio subraya hace valoración y no emite juicio técnico. En cuanto al de Tenada recalca su afirmación de ausencia de datos geológicos técnicos y falta de control de la evolución de las medidas de contención ejecutadas. Del emitido por el Sr. Luis Enrique no lo reputa relevante para colegir la responsabilidad del ELSAMEX, SA.

Tras ello en el DUODÉCIMO concluye "*Pues bien, a la vista de todo lo actuado cabe colegir, que, Elsamex, incurre en responsabilidad en la producción de las deficiencias acaecidas en los tunes (sic) de Belate, y ello conforme al pliego de prescripciones técnicas, los trabajos respecto de los que se aprecia deficiente vigilancia o control (los peritos los detallan exhaustivamente) correspondían a Elsamex, empresa contratada como Consultor/Asesor Técnico de la Dirección facultativa, y a la normativa de aplicación.*

*El artículo 62 de la Ley Foral 13/1986, de 14 de noviembre, de Contratos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (legislación vigente en el momento de los hechos teniendo en cuenta las fechas de adjudicación de los contratos respectivos) dispone que: "si la obra se arruina con posterioridad a la recepción definitiva por vicios ocultos de la construcción debidos a incumplimiento doloso del contrato por parte del empresario, responderá éste de los daños y perjuicios en el término de quince años.*

*Por lo tanto, para que pueda surgir la responsabilidad contractual después de la recepción definitiva de la obra se exige la concurrencia de dos requisitos objetivos: que la obra se arruine y que el vicio sea oculto; y otro requisito subjetivo: que ello sea debido a incumplimiento doloso del contrato.*

*Tal incumplimiento ha quedado acreditado y que básicamente se concretan en:*

*- En una falta de control de las convergencias en el tramo central del túnel lo que ha supuesto la instalación de una sección tipo inadecuada y en un deficiente control y seguimiento de la ejecución de la obra por parte de la UTE constructora, y tal y como se dijo en la Orden Foral recurrida, ha quedado suficientemente probado que en el tramo central del túnel donde se excavó en pizarras paleozoicas con fuerte recubrimiento se colocó el sostenimiento del tipo I y II cuando en el proyecto se establecía para esas zonas sostenimientos de tipo III y IV, todo lo cual fue debido a una ausencia de medidas de convergencia en ese tramo, puesto que de haberse llevado a cabo la auscultación se hubieran detectado movimientos del terreno y se hubiera optado por instalar un sostenimiento más intenso.*

*La empresa "Elsamex, SA" era la encargada de llevar a cabo este control de las convergencias viniendo, además, a reconocer expresamente en el recurso de alzada que, en efecto, - tal control -de convergencias en este tramo del túnel no se llevó a cabo. Y al respecto es obligado traer de nuevo a colación la cláusula 11 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del contrato de asistencia técnica a la dirección de obra que dispone: "El 4 consultor se responsabilizará completamente de la exactitud de los trabajos, ensayos, comprobaciones de mediciones y resultados que proporcione a la propiedad".*

*Si bien es cierto, como se ha reconocido anteriormente, que la dirección de obra tenía entre sus funciones el seguimiento, vigilancia, fiscalización y control de las obras, es igualmente cierto que tales funciones, teniendo la complejidad y envergadura de las obras a ejecutar, las ejerció a través de la asistencia técnica contratada, que de otra manera no tendría ningún sentido. Y como también quedó dicho, tal asistencia técnica estaba formada por un equipo multidisciplinar de diez personas entre las que destacaban un Ingeniero de Caminos Canales y Puertos,*



*un Ingeniero Técnico de Obras Públicas, un Ingeniero Técnico Topógrafo,, un Geólogo, un Jefe de laboratorio, así como una oficina técnica especializada en geotecnia, que tal equipo multidisciplinar tenía, obviamente, unos conocimientos técnicos y de la propia obra superiores al del director de la obra (tal y como indicó en la prueba testifical don Armando , de la empresa "Elsamex, SA. "). Ante la falta de recursos de la Administración, la misma acude a la contratación de una empresa con un equipo multidisciplinar para que apoye y colabore por entero con la dirección de obra, de manera que si bien a ésta le corresponde adoptar las decisiones, lo hace basándose en las informaciones y propuestas realizadas por la asistencia, siguiendo en la mayoría de los casos sus propuestas".*

En el DECIMOTERCERO afirma "Por último y en lo que respecta a la aducida desproporción al exigirse a la Asistencia Técnica una responsabilidad solidaria, no se aprecia vulneración del Artículo 219 Ley Contratos Administraciones Públicas , R.D. Legislativo 2/2000, vigente en el momento de iniciarse expediente de determinación pero no a la fecha de adjudicación del contrato aplicable a defectos o errores de proyecto, en todo caso.

*En relación con la parte o porcentaje de responsabilidad que deba recaer en cada una de las partes responsables, como se manifestó en la Orden Foral impugnada, la responsabilidad no puede individualizarse en cada una de ellas debiendo ser exigida con carácter solidario tal y como se hizo, puesto que, al amparo de una jurisprudencia consolidada y unánime, cuando no sea posible deslindar las cuotas de responsabilidad en que hayan podido incurrir los sujetos intervinientes, la responsabilidad por vicios ocultos ruinógenos les podrá ser exigida a todos ellos con carácter solidario, al amparo del artículo 1591 del Código Civil , artículo que por el juego de la supletoriedad de este cuerpo normativo respecto de la contratación administrativa es aplicable al presente recurso (sentencias, entre otras de 3 y 26 de septiembre de 2003, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictadas en autos de los recursos, nº 677/2002 y 909/2002 , respectivamente".*

Finalmente en el DECIMOCUARTO tampoco estima el petitium subsidiario de declarar la responsabilidad de otros intervinientes.

**SEGUNDO.-** Antes de mostrar su oposición a los motivos del recurso pide su inadmisión la Comunidad Foral de Navarra en razón de haber resuelto la Sala un asunto sustancialmente igual, art. 93.2. c) LJCA .

Invoca en tal sentido el contenido de los FJ Quinto y Sexto de la Sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2012 recaída en el recurso de casación 2456/2011 que desestima el recurso formulado por BELATE, UTE contra la sentencia de 9 de marzo de 2011 dictada en el recurso contencioso administrativo 517/2008 . Aquella confirma la Orden foral 113/2007 y el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 19 de mayo de 2008 declarando a BELATE, UTE y a otra entidad (la aquí recurrente) responsables solidarios de las incidencias ocurridas en el Túnel de Belate, desde su puesta en servicio, requiriendo al pago de 9.035.127,03 euros.

Con ser cierta la existencia de tal sentencia también lo es que alguno de los motivos son autónomos respecto a la sentencia anterior por lo que no procede su rechazo en este fase.

Por lo mismo tampoco procede, en esta fase, aceptar la inadmisión del recurso por carencia de fundamento.

**TERCERO.-** 1. Un primer motivo al amparo del art. 88. 1. c) LJCA aduce infracción de los arts. 5.4 de la LOPJ , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio causada por la infracción de los arts. 124.1 y 343.1 de la LEC , los arts. 219.3 ° y 219 . 100 de la LOPJ y el art. 124.3.18 de la LEC , al no haber estimado la Sentencia la recusación formulada contra dos peritos intervinientes en el procedimiento, lo que supone una violación del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva sin indefensión, previsto en el art. 24.1 de la CE .

Aduce que ha planteado reiteradamente desde la vía administrativa (recurso de alzada) la recusación de los peritos GEO CONTROL, SA y UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE CATALUNYA por falta de imparcialidad y al amparo de lo dispuesto en los artículos 124. 1 y 343.1 de la LEC , los artículos 219.3 ° y 219.10° de la LOPJ y el artículo 124.3.18 de la LEC . Dice que esta recusación fue rechazada en la resolución recurrida y se volvió a formular en el escrito de demanda, reproduciéndose nuevamente en el escrito de conclusiones.

Expone que, la Sentencia rechaza la recusación por cuestiones formales, que suponen la indebida aplicación de los preceptos citados ( arts. 124.1 y 343.1 de la LEC , arts. 219.3 ° y 219.10° de la LOPJ y art. 124.3.18 de la LEC ), ocasionando indefensión con la consiguiente violación del art. 24. 1 de la Constitución . Dice que tanto la resolución administrativa impugnada, como la Sentencia que ahora se recurre en casación se fundamentan en los informes emitidos por los peritos recusados.

Arguye que se ha privado a la parte de una facultad procesal (la de recusación) que, de haber sido debidamente atendida (estimándose la recusación y expulsándose del procedimiento los dictámenes elaborados por los peritos recusados), hubiera determinado un fallo de contenido bien distinto.

1.1. La defensa del Gobierno de Navarra muestra su oposición al motivo.

Denuncia, en primer lugar que si bien se trata de un motivo articulado al amparo de la letra c) no pide el efecto consagrado en el art. 95.2. c) LJCA .

Rechaza la vulneración del art. 24 CE en atención a lo razonado en el fundamento sexto de la sentencia.

Refuta el quebranto de los preceptos de la LEC esgrimidos también por lo argumentado en el fundamento sexto de la sentencia.

Añade que el art. 219 LOPJ resulta ajeno a la argumentación utilizada.

Recalca que la recurrente pese a no ser proponente de la prueba cuestionada en sede administrativa solicitó la ampliación del objeto sin alegar nada respecto a los "peritos" así como que formuló la recusación una vez conocido el informe y el acto administrativo que declara su responsabilidad.

1.2. La defensa de las empresas que constituye BELATE, UTE también muestran su rechazo.

Pone de relieve que no plantea una recusación judicial sino administrativa. Destaca que el art. 124 LEC no admite otra recusación que la de los peritos designados judicialmente.

1.3. La defensa de Construcciones Mariezcurrena SL y Geocontrol SA pide la desestimación del recurso.

Destaca que la recurrente las ha traído al proceso sin soporte argumental alguno pues se limitaron a proyectar las reparaciones y ejecutar las obras consecuentes sin participación alguna en las obras originarias causantes de los desperfectos controvertidos.

2. Un motivo segundo (subsidiario del motivo primero) al amparo de lo dispuesto en el artículo 88. 1.c) de la LJCA y en el art. 5.4 de la LOPJ por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio causada por la infracción de los arts. 343.1.2 °, 343.1.3 °, 343.1.5 °, 344.2 y 348, todos de la LEC (normas rectoras de garantías procesales), al contener la Sentencia una valoración de las pruebas arbitraria e irrazonable, que no ha tenido en cuenta las tachas formuladas en contra de dos peritos que intervinieron en el procedimiento, lo que supone una violación del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, art. 24.1 de la CE .

En caso de no estimarse el recurso por el motivo anterior, plantea, como motivo subsidiario, el de la infracción de los arts. 343.1.2 °, 343.1.3 °, 343.1.5 °, 344.2 y 348 de la LEC , habida cuenta de que los motivos de recusación esgrimidos debían haber sido objeto de valoración por parte del tribunal "a quo" en la Sentencia recurrida, como circunstancias constitutivas de "tacha ", al calibrar el valor probatorio de los informes periciales elaborados por los peritos GEOCONTROL, SA y UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE CATALUNYA.

Razona que, al valorar el contenido de esos informes periciales (véanse los FF.JJ 10° y siguientes de la Sentencia recurrida), ninguna alusión se hace a las tachas formuladas, que comprometían la imparcialidad de los peritos, lo que supone hacer una valoración de los informes contraria a la legalidad (véase, en especial, el art. 344.2 de la LEC ) que considera arbitraria e irrazonable y, por ende, contraria a la tutela judicial efectiva sin indefensión protegido por el art. 24.1 de la Constitución .

2.1. La defensa del Gobierno de Navarra no acepta el motivo.

También aquí recalca, en primer lugar que si bien se trata de un motivo articulado al amparo de la letra c) no pide el efecto consagrado en el art. 95.2. c) LJCA .

Tras reproducir el contenido del art. 343.1 LEC y del art. 348 LEC niega que la sentencia tenga que atender a "tacha" de "peritos".

Insiste en que el informe cuestionado solo tenía por objeto determinar las posibles causas de los daños acaecidos en el túnel y su mejora.

2.2. La defensa de las empresas que constituye BELATE, UTE también muestran su oposición.

Arguye que la demanda en su momento formulada no contiene tacha alguna la cual se valora por providencia, artículo 344.2 de la LEC ,aquí inexistente.

3. Un motivo tercero al amparo de lo dispuesto en el artículo 88. 1.c) de la LJCA y en el art. 5.4 de la LOPJ , por violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas previsto en el art. 24.2 CE y del derecho a que los procedimientos sean resueltos en un plazo razonable al que alude el art. 6.1 del CEDH .

Arguye que como ha mantenido durante todo el procedimiento, la duración del expediente administrativo del que trae causa el proceso contencioso- administrativo (seis años y medio) es absolutamente irrazonable, habida cuenta, entre otros extremos, de que la Administración tardó en recabar un informe pericial sobre un túnel más del doble del tiempo que se empleó en la construcción del propio túnel sobre el que se realizaba la pericia.

Todo ello supone la violación de los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas y a obtener una resolución dentro de un plazo razonable, que proclaman el artículo 24.2 de la Constitución y el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), reflejada, entre otras en sus Sentencias TEDH, 5 de 13 de julio de 2006 (rec. 38037/2002); TEDH, 2º, de 5 de junio de 2007 (rec. 26323/2004); o TEDHA, la, de 20 de marzo de 2008 (rec.. 391120/2003).

3.1. La defensa del Gobierno de Navarra muestra su oposición al motivo.

También aquí recalca que si bien se trata de un motivo articulado al amparo de la letra c) no pide el efecto consagrado en el art. 95.2. c) LJCA .

3.2. La defensa de las empresas que constituye BELATE, UTE también rechazan el motivo.

Si lo que se plantea es "caducidad" de la vía administrativa tenía que haberse articulado al amparo de la letra d) por lo que debe inadmitirse.

Y si lo que se plantea es la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas recuerda que el art. 24.2 CE se refiere a la vía judicial y no a la administrativa, por lo que debe desestimarse.

4. Un motivo cuarto (complementario del motivo 3º) al amparo de lo dispuesto en los artículos 88. 1. d) y 86.4 de la LJCA, por infracción del art. 62. 1. a) de la Ley 30/ 1992, dado que la resolución administrativa impugnada era nula de pleno Derecho por haberse dictado con violación de derechos fundamentales invocados en el motivo anterior.

A su entender la violación de los derechos fundamentales reseñados en el motivo anterior (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y derecho a una resolución dentro de un plazo razonable, previstos en el art. 24.2 de la CE y en el art. 6.1. del CEDH) convierte a la resolución administrativa de la que trae causa el proceso en un acto administrativo nulo de pleno Derecho, de conformidad con lo preceptuado en el art. 62. 1. a) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAPPAC y así debió haberlo declarado la Sentencia que ahora se recurre en casación.

Mantiene que, la infracción del citado art. 66. 1.a) de la LRJAPPAC determinante del fallo.

4.1. La defensa del Gobierno de Navarra manifiesta su oposición al motivo dado que la violación denunciada no concurre.

4.2. La defensa de las empresas que constituye BELATE, UTE también muestra su oposición.

Pone de relieve que no cabe complementar un motivo por vicios *in procedendo* con otros *in iudicando*.

Insiste que se denuncian vicios de la fase administrativa y no judicial.

5. Un motivo quinto al amparo de los artículos 88. 1. d) y 86.4 de la LJCA, por infracción del art. 42.5 de la LRJAPPAC, por cuanto el procedimiento administrativo fue suspendido por causas no previstas en este precepto.

Entiende que la Sentencia infringe lo dispuesto en el art. 42.5 de la LRJAPPAC, en lo que se refiere a la primera suspensión acordada en el expediente administrativo entre el 21 de mayo de 2001 y el 15 de julio de 2001 (ambos incluidos), por cuanto la causa de suspensión invocada en la resolución de suspensión no aparece recogida en el precepto citado. Y en la misma infracción del art. 42.5 de la LRJAPPAC incurre la segunda suspensión, acordada por la instructora entre el 28 de julio de 2001, inclusive, y la fecha en que se incorporan al expediente los resultados de la prueba pericial, esto es, el 27 de agosto de 2007.

Considera que las infracciones denunciadas son determinantes del fallo, toda vez que, como se dirá en el motivo siguiente, siendo legalmente improcedentes las suspensiones acordadas, éstas no debieron haber evitado la caducidad del expediente administrativo, de conformidad con los arts. 42.3, 44.2 y 92 de la LRJAPPAC y, por tanto, la Sentencia ahora recurrida debería haber estimado la demanda contencioso-administrativa.

5.1. La defensa del Gobierno de Navarra declara su oposición al motivo dado que la violación denunciada no concurre como prolijante desarrolla al oponerse al sexto.

5. 2. La defensa de las empresas que constituye BELATE, UTE también lo refutan.

6. Un motivo sexto (complementario del motivo 5.º). al amparo de los artículos 88. 1.d) y 86.4 de la LJCA, por infracción de los arts. 42.3, 44.2 y 92.1 de la LRJAPPAC, dado que la Sentencia recurrida debió haber declarado la caducidad del expediente administrativo.



Defiende que si las suspensiones del expediente administrativo fueron contrarias al ordenamiento jurídico, el cómputo de tiempo transcurrido durante la tramitación del expediente administrativo superó con creces el plazo máximo de tres meses previsto en el art. 42.3 de la LRJAPPAC, lo que debió haber determinado el archivo del expediente por caducidad, de conformidad con los arts. 44.2 y 92.1 de la misma LRJAPPAC.

Al no declarar tal caducidad la sentencia infringe los arts. 42.3, 44.2 y 92.1 de la LRJAPPAC.

Argumenta que, de haberse respetado lo que esas normas preceptúan, el fallo de la Sentencia de instancia hubiera sido diametralmente opuesto.

6.1. La defensa del Gobierno de Navarra relata su oposición al motivo dado que la violación denunciada no concurre como prolijamente expone de los distintos tiempos procesales.

Destaca que se cuestiona la excesiva duración del procedimiento administrativo lo que fue contestado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el procedimiento ordinario 517/2008. Sentencia que fue confirmada en casación por esta Sala el 16 de mayo de 2012, respecto al mismo acto administrativo cuestionado en instancia lo que aquí reproduce en el quinto de la aquí impugnada.

Añade que el ingente volumen ocupado por la prueba practicada en el expediente administrativo evidencian las dificultades del procedimiento con suspensión de plazos debidamente comunicados a las partes.

6.2. La defensa de las empresas que constituye BELATE, UTE también rechaza la caducidad poniendo de relieve los plazos de ampliación.

Subraya que,

- a) El procedimiento se suspende el 20/04/2001, cuando únicamente habían transcurrido un mes y 14 días desde su iniciación el día 6/03/2001.
- b) El 21/11/2001 se amplía el plazo de resolución del procedimiento.
- c) La suspensión surte sus efectos -según hemos visto- hasta que se entrega el informe pericial (27/08/2007).
- d) Desde la entrega del informe pericial 27/08/2007 hasta que se notifica la resolución, 8/11/2007, únicamente transcurren 2 meses y 12 días.

Es decir, en total, han transcurrido tres meses y 26 días, cuando -una vez adoptada la ampliación de plazo-, el procedimiento podía resolverse en 4 meses y quince días.

7. Un motivo séptimo al amparo de los artículos 68. 1. d) y 86.4 de la LJCA, por infracción del art. 1591 del CC y de la jurisprudencia dictada en su interpretación, en relación con los arts. 1281 y 1282 del CC, dado que la hipotética responsabilidad de la recurrente en el proceso constructivo no se habría determinado correctamente

Expone que el art. 1591 del CC regula la responsabilidad del contratista en caso de ruina de su edificio, y la del Arquitecto en el mismo caso.

Adiciona que la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, reflejada, entre otras, en las Sentencias de 10 Jun. 2011, dictada en el rec. 1014/2008 ó de 26 de marzo y 10 de septiembre de 30 Abril 2008, dictada en el rec. 1092/2001; ha interpretado lo dispuesto en el precepto citado para determinar la responsabilidad de todos los intervinientes en el proceso constructivo y la responsabilidad solidaria de los mismos en el caso de imposibilidad material de discernir la responsabilidad concreta de cada uno de ellos. La Sentencia que se pretende recurrir confirma la responsabilidad solidaria de dos de los intervinientes en el proceso constructivo: La Constructora (BELATE UTE) y la Asistencia Técnica a la Dirección de Obra (ELSAMEX) y exime de toda responsabilidad a la Dirección de Obra, (el propio Gobierno de Navarra), al Proyectista (EUROESTUDIOS, SA y el propio Gobierno de Navarra) y a las empresas que realizaron proyectos de reparación integral de túnel (GEOCONTROL SA) y que los ejecutaron materialmente (CONSTRUCCIONES MARIEZCURRENA SA). Aduce que tras la ejecución de los proyectos de reparación integral del túnel, se produjeron desprendimientos en el mismo, a pesar de lo cual, se ha desechado cualquier responsabilidad de estas entidades.

La inaplicación del precepto y jurisprudencia citadas, además de lo dispuesto en los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, relativas a la interpretación de los contratos, ha dado lugar a que se ignoren las funciones contractuales establecidas de la Asistencia Técnica (ELSAMEX SA), y de la Dirección de Obra (Gobierno de Navarra), del Proyectista (EUROESTUDIOS SA) y de los demás intervinientes en el proceso constructivo del Túnel de Belate.

7.1. La defensa del Gobierno de Navarra declara su oposición al motivo que no cuestiona la valoración de la prueba lo que le priva de sustancia.



Se opone conjuntamente al séptimo y al octavo manifestando que la actuación de la recurrente se caracteriza porque geológica y geotécnicamente la Asistencia Técnica carece de suficiente conocimiento del terreno atravesado.

Insiste en el sustento probatorio de la afirmación de la sentencia que imputa responsabilidad a la recurrente.

7.2. La defensa de las empresas que constituye BELATE UTE pone de relieve que solicita lo mismo que solicitaron ellas en el recurso de casación 2456/2011, motivo quinto, que fue desestimado por Sentencia, firme, de 16 de mayo de 2012.

8. Un motivo octavo al amparo de lo dispuesto en los artículos 88. 1. d) y 86.4 de la LJCA, por infracción de los arts. 1101 y 1102 del CC y de la jurisprudencia dictada en su interpretación, dado que no incurrió en incumplimiento doloso durante el proceso constructivo.

La Sentencia infringe lo establecido en los arts. 1101 y 1102 del CC, relativos a la responsabilidad por dolo, así como la jurisprudencia del TS relativa al concepto de dolo, reflejada, entre otras en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 26 Mar. 2009, dictada en el rec. 223/2005 ó de 30 Nov. 1999, dictada en el rec. 865/1995 y las que en ellas se citan.

8.1. La defensa del Gobierno de Navarra también aquí destaca que no se cuestiona la valoración de la prueba por lo que priva al mismo de sustancia alguna ya que la sentencia lo que hace es valorar la actuación probatoria.

Rechaza que los desprendimientos se deban a las reparaciones de Mariezcurrena, SA.

8.2. La defensa de BELATE UTE sostiene que tampoco puede ser estimado.

Arguye que la STS de 16 de mayo de 2012 tuvo ocasión de pronunciarse sobre el dolo de BELATE UTE, confirmando la apreciación que -de dicho dolo- había efectuado la sentencia de instancia. Sostiene que, si existe dolo de la constructora, con mayor motivo lo existe de la Asistencia Técnica, que es la que propició a la Constructora las instrucciones necesarias para ejecutar la obra, siendo tales instrucciones seguidas por parte de la constructora. Máxime cuando existe reconocimiento explícito de tal incumplimiento por parte de ELSAMEX, SA.

Adiciona el contenido del FJ 12 de la sentencia sobre que si la asistencia técnica incumplió el Pliego no hay duda de su responsabilidad dolosa conforme al art. 62 de la Ley foral 13/1986, 14 de noviembre.

**TERCERO** .- Antes de examinar los distintos motivos del recurso procede reproducir el Sexto de la Sentencia de 16 de mayo de 2012 dadas las múltiples referencias que han hecho las partes recurridas, incluyendo la recurrente en aquella, la constructora BELATE UTE.

*" **SEXTO**.- El tercer y cuarto motivos plantean, respectivamente ambos al amparo del artículo 88.1.d) LJCA, la infracción del artículo 154 párrafo segundo del RCE y 43 del Decreto 3854/1970, que contiene la descripción del Pliego General de cláusulas aplicables a los contratos de Obras Públicas y la infracción del artículo 28 de la Orden de 8 de marzo de 1972, artículo 1591 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad solidaria de todos los partícipes de las obras. En ambos casos se cuestiona, en realidad y sobre una pretendida infracción de normativa aplicable, la valoración llevada a cabo por la sentencia de instancia del material probatorio aportado al proceso en la instancia, a los efectos de determinar la responsabilidad contractual de la U.T.E. por los desperfectos advertidos en la obra final; responsabilidad contractual que en la sentencia aquí recurrida (de forma coincidente a lo acordado en el acto administrativo impugnado) se entendió que sí recaía sobre la constructora, como decimos, y sobre otra entidad que desempeñaba la asistencia técnica de la dirección facultativa (altamente especializada) (el subrayado es nuestro) en virtud de contrato de asistencia suscrito con la Administración foral. La Sala de instancia ha actuado correctamente en este supuesto de apreciación y valoración de las pruebas practicadas, a cuya resultas, declaró la disconformidad (sic. si bien tras el Auto de 3 de julio de 2012 de esta Sala y Sección debería entenderse "conformidad") a derecho de la resolución recurrida.*

*Es conocida la jurisprudencia que impide al Tribunal de casación sustituir al órgano de instancia autor de la sentencia impugnada en la valoración de la prueba, salvo que dicha valoración haya sido combatida expresamente por una posible infracción de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución española o de las concretas normas que regulan el valor de los elementos probatorios, que no es el caso.*

**CUARTO** .- Como bien objetan las defensas del Gobierno de Navarra y de Belate UTE los tres primeros motivos articulados al amparo de la letra c) son deficientes en su articulación por distintas razones.

Los dictámenes periciales cuya valoración se discute no fueron practicados en sede judicial por lo que, difícilmente, pueden examinarse al amparo de preceptos de las leyes procesales que taxativamente establecen que "sólo podrán ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente", art. 343.1 LEC.





Las tachas de peritos en el juicio o en la vista por las razones consignadas en el art. 343LEC han de realizarse en los tiempos (procesales) allí establecidos que ninguna relación tienen con los del procedimiento administrativo.

Todo el cuestionamiento se dirige hacia dictámenes practicados en sede administrativa que constituyen el sustrato del acto impugnado en instancia lo cual obtuvo respuesta en la sentencia impugnada sin que, por tanto, tengan cabida en los motivos aducidos que imputan quebranto de las garantías de la sentencia.

Como dijimos en nuestra Sentencia de 30 de noviembre de 2010, recurso de casación 1867/2009 " *La imparcialidad de los peritos constituye una de las garantías esenciales del proceso, integrada en el derecho fundamental a un juicio justo, art. 24.1 CE*

*Por ello la Ley prevé la posibilidad de recusar al perito o efectuar, en su caso, tacha, mas obviamente con anterioridad a la rendición del dictamen, no una vez practicado aquel y tras el pronunciamiento de la sentencia, salvo que fueren conocidas las causas con posterioridad .*

.../...

*No cabe una tacha a posteriori del perito procesal, ya que los datos ahora enumerados en el recurso de casación (obtenidos vía internet) se encontraban ya al alcance del recurrente en los momentos procesales anteriores al dictado de la sentencia de instancia por lo que debía haberse actuado conforme al art. 125.3 LEC .*

*A mayor abundamiento acontece que al hilo de un motivo procedimental el recurrente está discutiendo el contenido del dictamen pericial y la valoración que del mismo ha efectuado la Sala lo que no cabe al amparo de un motivo amparado en la letra c) del art. 88. 1. LJCA sino con apoyo en la letra d) del meritado precepto . "*

Finalmente ha de subrayarse que la eventual recusación en vía administrativa se determina en el art. 29 LRJAPAC, mientras la instrucción del procedimiento, prueba, se encuentra regulada en los arts. 80-81 y los informes en los arts. 82 y 83, todos de la LRJAPAC.

No prospera el primero.

**QUINTO.-** En el segundo se cuestiona la valoración de la prueba, que reputa arbitraria e irrazonable, al amparo de un pretendido rechazo de "tacha" de testigos.

Ya hemos reflejado que los dictámenes cuestionados no fueron practicados en sede jurisdiccional por lo que no resultan aplicables los preceptos invocados.

Y cualquier referencia a la valoración de la prueba, no obstante las limitaciones de su acceso al recurso de casación, debe articularse al amparo de la letra d) del art. 88. 1 LJCA .

Recordemos en tal sentido la Sentencia de 15 de junio de 2011, recurso de casación 401/2008 con cita de jurisprudencia anterior acerca de que el recurso de casación no es el camino adecuado para revisar la apreciación de la prueba realizada por los jueces de instancia ni para alterar el relato fáctico contenido en la sentencia por los mismos dictada, salvo "*que se sostenga y se demuestre invocando el motivo de la letra d) del artículo 88, apartado 1, de la Ley 29/1998 , la infracción de algún precepto que discipline la apreciación de pruebas tasadas o que esa valoración resulta arbitraria o ilógica*".

Tampoco se acoge.

**SEXTO.-** También el tercero evidencia palmarias deficiencias entremezclando dilación del procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria -administrativo y del proceso- judicial- encaminado a enjuiciar aquella declaración.

Respecto del procedimiento administrativo obviamente no tiene encaje en el art. 24. 2 CE , referido al proceso judicial, tal cual objeta la parte recurrida.

El art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de diciembre de 1950 hace referencia a un tribunal independiente e imparcial, y ulterior sentencia, naturaleza no comprendida en la fase administrativa previa.

Y en cuanto al proceso judicial no muestra un retardo palmario ya que engarza ambos tiempos sin deslindar.

Todo ello sin perjuicio de que tampoco tal cuestión tiene encaje en la letra c), sino en su caso sería en la letra d), del art. 88.1 LJCA y, en todo caso, por funcionamiento anormal de la administración de justicia, aquí no invocada.

**SÉPTIMO .-** Esta Sala en sus Sentencias de 29 de octubre de 2010 , recurso de casación 516/2009 , de 8 de febrero de 2011 , recurso de casación, 14 de junio de 2011 , recurso de casación 2179/2007 ha recordado lo vertido por la Sección primera de la Sala en el ATS 28 de enero de 2010 , rec. casación 483/2008, FJ. 2º, con



cita de otros anteriores (Autos de 11 de mayo de 2006 -RC 1295/2003- y 4 de junio de 2009 -RC 6386/2008) sobre , que resulta inapropiado fundar una misma infracción, simultáneamente, por dos de los subapartados del artículo 88.1 de la LJCA , que tipifican motivos de casación de diferente naturaleza y significación.

Aquí no se realiza simultáneamente sino de forma alternativa. Mas como certeramente arguye la recurrida BELATE UTE, el motivo cuarto es análogo al tercero salvo que uno se articula por la letra c) y el otro por la d).

No se produce la nulidad prevista en el art. 62.1. a) LRJAPPAC.

Ciertamente el derecho consagrado en el art. 24.2, CE tutela judicial efectiva, es susceptible de amparo jurisdiccional.

Sin embargo, mas aquí no se vislumbra limitación alguna a tal derecho.

Así la sociedad recurrente pudo presentar el oportuno recurso contencioso administrativo y ulterior recurso de casación, sin que el reconocimiento constitucional de un derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas pueda extenderse al procedimiento administrativo ni a la resolución administrativa en que finaliza.

No prospera el cuarto motivo.

**OCTAVO.-** Quinto y sexto motivo pueden ser examinados conjuntamente en razón del engarce de la pretendida caducidad del expediente administrativo con la suspensión del procedimiento administrativo.

La caducidad del expediente no constituyó un motivo autónomo de impugnación en el recurso de casación 2456/2011 fallado por Sentencia de 16 de mayo de 2012 si bien fue examinado en la misma como se deduce de la reproducción en el Fundamento quinto de la aquí impugnada de lo vertido en el quinto de la dictada en el recurso contencioso-administrativo 517/2008.

No prosperan los motivos por la técnica casacional utilizada.

Es condición primordial del recurso de casación que se combatan los razonamientos de la sentencia impugnada y no los argumentos del acto administrativo de que trae causa ( Sentencia de 21 de junio de 2010, rec casación 4940/2008 ).

No cabe en un recurso de casación combatir el acto administrativo de instancia reproduciendo los argumentos de la demanda en lugar de atacar la sentencia .

Debe insistirse en que es esencial no reproducir los argumentos esgrimidos en instancia ( STS de 21 de marzo de 2011, rec casación 3656/2009 , STS 23 de mayo de 2012 , rec. casación 4206/2009) por cuanto lo que debe discutirse son los razonamientos de la sentencia objeto de recurso de casación.

En el motivo quinto el recurrente se limita en los folios 33,34,35 y 36 del recurso de casación a la reproducción casi literal de los folios 2,3,4,5 y 6 del escrito de demanda, limitándose al final del folio 37 y encabezamiento del 38 a criticar que la Sala de instancia reproduzca lo vertido en la Sentencia anterior, la dictada en el recurso 517/2008 . Mas sin atacar, en debida forma los razonamientos de la sentencia sobre la complejidad del expediente que determinó la suspensión del plazo para resolver mientras se practicaba la prueba pericial.

Otro tanto en el motivo sexto en que viene a copiar en los folios 39 a 42 del escrito de interposición del recurso de casación los folios 6,7,9 y 10 del escrito de formalización de la demanda.

**NOVENO.-** Sobre los motivos Séptimo y Octavo también cabe enjuiciamiento conjunto para concluir en su desestimación.

A la anterior conclusión se llega en atención a lo vertido en la precedente Sentencia de 16 de mayo de 2012 , FJ Sexto más arriba reproducido, sobre el mismo Acuerdo objeto de impugnación en instancia.

Tal cual ha puesto de manifiesto BELATE UTE, condenada en la precitada Sentencia al pago solidario con la aquí recurrente, devino firme la declaración de la existencia de dolo de la empresa constructora y, por ende, de la empresa que le prestó la Asistencia técnica.

Se pretende, en realidad, una revisión de la prueba sin articularla conforme a las escasas circunstancias que hacen posible su examen en casación (por todas STS 10 julio 2013, rec. casación 1515/2012 FJ Sexto).

Además olvida que no cabe en sede casacional ante el Tribunal Supremo la invocación de la interpretación de una determinada Ley foral navarra .

El Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías jurisdiccionales ( art. 123 CE ). Mas ello debe ser complementado con el hecho de que los Tribunales Superiores de Justicia culminaran en cada Comunidad Autónoma ( art. 152.1 , 2 y art. 70 LOPJ ) la organización



judicial ,lo cual ha conducido a la introducción del recurso de casación autonómico ( art. 99 LJCA ) fundado en infracción de normas legales o reglamentarias de la Comunidad Autónoma de que se trate.

**DÉCIMO.-** Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 6000 euros (2000 euros a cada parte recurrida aquí) sin mención de las de instancia.

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

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

#### **FALLAMOS**

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de ELSAMEX, SA contra la sentencia desestimatoria de fecha 24 de julio de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Navarra, en el recurso núm. 516/2008 . En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

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