



Roj: **STSJ CL 1282/2012 - ECLI:ES:TSJCL:2012:1282**

Id Cendoj: **47186330012012100146**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2012**

Nº de Recurso: **85/2011**

Nº de Resolución: **432/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JESUS BARTOLOME REINO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00432/2012**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**VALLADOLID**

N56820

C/ ANGUSTIAS S/N

N.I.G: 47186 33 3 2011 0100516

Procedimiento: RECURSO DE APELACION 0000085 /2011

Sobre: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De AYUNTAMIENTO DE DUEÑAS (PALENCIA)

Representación D. JOSE MIGUEL RAMOS POLO

Contra HORMIGONES SALDAÑA, S.A.

Representación D. JUAN ANTONIO DE BENITO GUTIERREZ

**SENTENCIA Nº 432**

**ILMO. SR. PRESIDENTE:**

DON ANTONIO J. FONSECA HERRERO RAIMUNDO

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

DON JESÚS BARTOLOMÉ REINO MARTÍNEZ

DON SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

En la ciudad de Valladolid, a seis de marzo de dos mil doce.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, formada por los Magistrados expresados más arriba, ha visto el presente rollo de apelación registrado con el número 85/2011; en el cual son partes:

-Como apelante: el AYUNTAMIENTO DE DUEÑAS (PALENCIA), representado por el Procurador Sr. Ramos Polo y defendido por el Abogado Sr. García Cantera.



-Como apelada: la entidad mercantil HORMIGONES SALDAÑA S.A., representada por el Procurador Sr. de Benito Gutiérrez y defendida por la Abogada Sra. Lalanda Sanmiguel.

Siendo la resolución impugnada la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- administrativo de Palencia, en el Procedimiento Ordinario número 122/2010 .

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero** .- El Magistrado del expresado Juzgado dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa HORMIGONES SALDAÑA S.A., declaro no ser conforme a derecho, en lo aquí debatido, el Acuerdo nº 4 de 28 de enero de 2010 adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Dueñas, desestimator del recurso de reposición formulado el 21 de diciembre de 2009 contra la Resolución de 26 de noviembre de 2009 sobre imposición de una penalización por importe de 113.972,04 euros por demora en la ejecución de la obra de "EDIFICACIÓN DE 20 VPO, CONVENIDAS CON EL AYUNTAMIENTO Y URBANIZACIÓN DEL ENTORNO", que se anula por su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

No se hace especial imposición de las costas procesales".

**Segundo** .- Contra la referida resolución ejercitó recurso de apelación la parte demandada, que es el Ayuntamiento de Dueñas, quien con tal objeto presentó escrito en el que exponía los correspondientes motivos de impugnación y en el suplico del mismo postulaba lo siguiente: "... se dicte sentencia por la que se estime este recurso y se revoque la de instancia; desestimando en consecuencia el recurso contencioso-administrativo formulado de adverso. Con expresa imposición de costas a quien se oponga".

Admitido a trámite el recurso y concedido el traslado a las demás partes, por la parte demandante, Hormigones Saldaña S.A., se presentó escrito de alegaciones en oposición al mismo y en el que en su suplico pedía: "... dicte sentencia en su día rechazando íntegramente el recurso interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE DUEÑAS y confirmando en todos sus extremos la dictada en autos, con expresa condena en las costas de esta instancia a la recurrente y todo lo demás que en derecho corresponda".

El Juzgado elevó las actuaciones originales y el expediente administrativo a esta Sala.

**Tercero** .-Formado rollo y acusado recibo al órgano judicial remitente se turnó la ponencia al Ilustrísimo Señor Magistrado Don JESÚS BARTOLOMÉ REINO MARTÍNEZ.

En segunda instancia se personaron el Ayuntamiento de Dueñas y la entidad Hormigones Saldaña representados por sus Procuradores Sres. Ramos Polo y de Benito Gutiérrez.

Por providencia dictada al efecto se declaró concluso el presente recurso sin celebración de trámite de vista oral o de conclusiones escritas, con señalamiento de votación y fallo para el día dos de marzo del año en curso.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero** .-La sentencia recurrida llega a una conclusión estimatoria de la pretensión deducida por la sociedad anónima demandante-apelada, quien fue adjudataria de un contrato de obra y sancionada por retraso en su ejecución, afirmando a modo de conclusión final en el último párrafo del fundamento del derecho IV lo siguiente: " *Así las cosas, sólo queda corroborar que - habiendo quedado extendida el 4 de octubre de 2007 el acta de recepción a plena conformidad- el 23 de noviembre de 2009 carecía de sentido incoar expediente para la imposición de las penalidades previstas en el artículo 95.3 T.R.L.C.A.P., porque el contrato de obra formalizado el 13 de diciembre de 2004 ya se había ejecutado en su totalidad, habiéndose tolerado -desde el 7 de diciembre de 2006- por la Administración recurrida la continuación de los trabajos sin hacer objeción de ningún tipo, pese a constarle que la conclusión de los mismos estaba prevista para el 30 de noviembre de 2006, momento éste en que el Ayuntamiento de Dueñas pudo: o bien resolver el contrato, o bien imponer las penalidades que ahora se pretenden fijando un nuevo plazo ampliatorio para la conclusión de las obras. No lo hizo así, permitiendo la continuidad de la ejecución constructiva hasta su total finalización (ora el 5 de marzo de 2007 ora el 4 de octubre de 2007), de modo que, incluso entregadas las viviendas en el primer semestre de 2008, la penalidad a imponer con base en el precepto citado se encuentra huérfana de funcionalidad* ".

Contra esa resolución y en el recurso de apelación el ayuntamiento demandado argumenta que la misma incurre en una incorrecta aplicación de las normas jurídicas y jurisprudencia que a tal fin cita, haciendo valer las sentencias de esta Sección 1ª de 30 de octubre de 2009 y de 23 de julio de 2010 ; también aduce que existió una demora en la ejecución de la obra y que la misma únicamente debe ser imputada a la contratista, resaltando diversos aspectos del expediente administrativo de contratación y reparando en unas testificales.



**Segundo** .-El asunto principal debatido en segunda instancia es el de la posible extemporaneidad en la penalización impuesta a la sociedad contratista, demandante y apelada una vez terminada la obra de edificación de viviendas, esto es y desde otro sentido, si jurídicamente es viable aquella penalización cuando ha mediado la recepción de la obra.

Y dando respuesta a esa cuestión la Sala se remite a varias resoluciones que dan una solución favorable a la tesis mantenida por el demandado-apelante, siendo las sentencias de la Sección 1ª de 30 de octubre de 2009 (Procedimiento Ordinario 1018/2006 ; fundamento de derecho segundo), de 23 de julio de 2010 (Procedimiento Ordinario 217/2007 ; fundamento de derecho segundo), de 21 de junio de 2011 (Procedimiento Ordinario 1822/2008; fundamento de derecho segundo ) y de 7 de octubre del 2011 (Procedimiento Ordinario 1903/2008 ; fundamento de derecho segundo). En todas ellas se admite la posibilidad negada por la sentencia apelada y como criterio quedó sentado el siguiente: " *Es muy dudoso que la potestad de la Administración contratante para penalizar una demora en el plazo de ejecución deba ser ejercitada dentro del marco temporal de realización de la obra, pues aquella no deja de ser una alternativa a la resolución del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 95.3 a 6 del RDL 2/2000, de 16 de junio , y aunque persigue el objetivo de compeler a la contratista al cumplimiento de su obligación principal, no es menos cierto que es un derecho de la Administración que puede ejercitar al momento de conceder la prórroga o antes de la terminación del contrato, concepto este último distinto al de conclusión de la obra y que va más allá de la fecha de esta. Por lo demás, ni aquel artículo ni los artículos 98 a 100 del RD 1098/2001, de 12 de octubre , imponen necesariamente una solución de la índole que propone la parte demandante y cuando el artículo 99 de ese reglamento trata de la efectividad de las penalidades establece dos posibilidades: sobre las certificaciones de obra (pagos parciales) o sobre la garantía de conformidad con el artículo 43.2 del RDL 2/2000 , es decir, cuando no se dedujeron de las certificaciones. En cualquier caso, no existe apoyo legal o reglamentario para establecer un plazo de caducidad del derecho a penalizar por razón de la demora, lo que impide hablar de preclusión. "*

Por tanto, la resolución judicial impugnada incurre en una aplicación indebida de aquellos preceptos legal y reglamentarios de acuerdo con la interpretación que de los mismos ha efectuado este órgano jurisdiccional.

**Segundo** .-Sobre la demora o el retraso en la ejecución de una obra el planteamiento de este Tribunal es el recogido en el fundamento de derecho 2º de su sentencia de 19 de noviembre de 2010 que decidió el Recurso de Apelación 25/2010 y en donde figura lo siguiente: " *El artículo 95 del RDL 2/2000 , previa sanción del efecto vinculatorio del plazo total y de los parciales de ejecución para el contratista, establece en su apartado 3 que de mediar demora en la ejecución por causas imputables al mismo la Administración contratante tiene la opción de resolver el contrato o de imponer penalidades a aquel. Desarrollan esa disposición legal los artículos 98 y 99 del RD 1098/2001 (reglamento de contratación), insistiendo el primero de los expresados en el condicionante de causas imputables al contratista.*

*Esos últimos términos han de ser interpretados de acuerdo con las particularidades de cada caso litigioso pero teniendo presentes unos parámetros jurídicos generales, así y en primer lugar el principio de riesgo y ventura que sanciona el artículo 98 del RDL 2/2000 ; en segundo lugar y dentro del ámbito específico del contrato de obra la fuerza mayor prevista en el artículo 144 de aquel RDL que ha dado lugar a múltiples pronunciamientos de la Sala 3ª del Tribunal Supremo siendo uno de ellos, a título de ejemplo, la sentencia de la Sección 7ª de 2 de junio de 1999 (fundamentos de derecho 3º y 4º) que hace una tarea de síntesis de otras resoluciones precedentes; en tercer lugar, lo que se ha venido en llamar dificultades sobrevenidas que exceden de las obligaciones típicas del contratista, explicadas en el fundamento jurídico 2º de la sentencia de la misma Sección de 20 de marzo de 2002 , y en cuarto lugar, las penalizaciones injustificadas o improcedentes a propósito de aprobar un modificado del proyecto inicial, siendo tratado un supuesto de estas características en la sentencia de la misma Sección de 28 de junio de 2002 . "*

De acuerdo con las posibilidades que ofrece el planteamiento precedente y contrastando las mismas con lo sucedido en el caso de este recurso de apelación, la resultante a obtener será que en pruridad no ha concurrido una fuerza mayor, o unas dificultades sobrevenidas o una penalización improcedente; ello obedece a que la petición de prórroga de ejecución data de 21 de noviembre de 2006 cuando la fecha de terminación del contrato prevista era anterior (mes de octubre de el indicado año), cuando la misma realmente surgió por circunstancias que ya eran conocidas o debían ser conocidas por la contratista bastante antes de aquella fecha, tal como anteriormente había ocurrido con la existencia de un tendido eléctrico que dio lugar a una suspensión de la obra según acta existente al folio 5 del expediente administrativo de contratación: incompatibilidad de la obra con servicios de suministro existentes o existencia de un manantial de aguas subterráneas. Estas incidencias y con la diligencia exigible a la contratista para confeccionar el plan de la obra, podían ser solventadas sin necesidad de acudir de manera extemporánea y al final de la obra a una solicitud de una prórroga de ejecución.

Entonces, la penalización de 113.972,04 euros también es procedente desde la perspectiva ofrecida por la causa del retraso.



**Tercero** .-Los considerandos jurídicos procedentes permiten que pueda prosperar el actual recurso de apelación y que de acuerdo con las disposiciones contractuales ya citadas y los artículos 68.1.b ) y 70.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 la pretensión de la sociedad anónima demandante tenga que ser rechazada.

**Cuarto** .-El pronunciamiento sobre las costas causadas en la presente apelación resultará de la aplicación de los artículos 68.2 y 139.2 de la Ley 29/1998 ; sin que a los efectos requeridos por la segunda de esas normas procesales este Tribunal aprecie mala fe o temeridad en la conducta de las partes.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación;

#### **FALLAMOS:**

Que estimando el Recurso de Apelación 85/2011 ejercitado por el Ayuntamiento de Dueñas contra la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010, dictada en el Procedimiento Ordinario 122/2010 sustanciado en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Palencia ; debemos revocar y revocamos esa resolución. En su lugar, desestimamos la pretensión deducida por la Sociedad Anónima Hormigones Saldaña en el referido procedimiento contra los actos locales por ella impugnados.

No se hace condena especial en costas de esta apelación.

Con testimonio de la presente sentencia y atento oficio serán devueltas las actuaciones originales a su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, que no puede ser objeto de recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en ella se expresa en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.