



Roj: **SJCA 1471/2013 - ECLI:ES:JCA:2013:1471**

Id Cendoj: **43148450022013100023**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Tarragona**

Sección: **2**

Fecha: **09/09/2013**

Nº de Recurso: **100/2011**

Nº de Resolución: **240/2013**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CELIA APARICIO MINGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado Contencioso Administrativo 2 Tarragona

Recurso ordinario : 100/2011

Parte actora : TRANSCORNEJO, S.A.

Representante de la parte actora : IMMACULADA AMELA RAFALES

JOAN MIQUEL NADAL MALÉ

Parte demandada : AJUNTAMENT DE REUS

Representante de la parte demandada : M^a JOSEPA MARTINEZ BASTIDA

ISABEL MIRÓ GERO

SENTENCIA 240/2013

En Tarragona, a 9 de septiembre de 2013

Visto por mí, Celia Aparicio Mínguez (Magistrada Juez Titular del Juzgado Contencioso Administrativo número dos de los de Tarragona y su partido) el presente **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 100/2011** en los que han sido partes, como demandante TRANSCORNEJO SA (representada por la procuradora Sra. Amela Rafales y asistida por el letrado Sr. Nadal Malé) y como demandado el AYUNTAMIENTO DE REUS (representado por la procuradora Sra. Martínez Bastida y asistida por la letrada Sra. Miró Gero), procede dictar la presente Sentencia sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el citado particular se formuló escrito de interposición de recurso contencioso administrativo contra la resolución de referencia, con la solicitud de que se recabara el expediente administrativo y se le pusiera de manifiesto para formular demanda. Admitido el recurso y recabado el expediente con emplazamiento del demandado, formuló el actor tras vista de aquél demanda en que invocó los hechos y fundamentos jurídicos que estimó oportunos, interesando que, tras la práctica de las pruebas que se solicitaren, se dictase sentencia en la que se declarara la nulidad del acto recurrido.

SEGUNDO .- Dado traslado de la misma al demandado, contestó éste oponiéndose con alegación de los hechos y fundamentos jurídicos que estimó oportunos, y terminando con la solicitud de que se desestimara el recurso y se dictara sentencia por la que declarando ser conforme a derecho el acto recurrido, se le absolviera de las pretensiones en su contra formuladas, imponiéndose al demandante las costas causadas en el procedimiento.

TERCERO .- Abierto el juicio a prueba y previa declaración de pertinencia, se llevó a cabo la propuesta por las partes, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Presentados por las partes los correspondientes escritos de conclusiones, han quedado los autos vistos para Sentencia.



QUINTO .- En la sustanciación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El objeto del procedimiento es el acuerdo del Ayuntamiento de Reus de 10 de diciembre de 2010 que desestimó la reclamación económica efectuada por el recurrente por importe de 196.236'18 euros en concepto de exceso de obra dimanante del contrato de obra suscrito entre las partes el día 27 de abril de 2009 para la construcción del Polideportivo del CEIP Ciutat de Reus al amparo de los arts. 6 y 106 de la Ley 30/2007 de Contratos de Sector Público .

Estima el recurrente que la resolución no es ajustada a derecho por cuanto en la construcción del polideportivo se hicieron obras a mayores no contempladas en el proyecto inicial y un aumento de mediciones según la factura aportada como documento número 1 de la demanda y que deben ser abonadas por el Ayuntamiento para no incurrir en enriquecimiento injusto.

El Ayuntamiento demandado solicita la desestimación íntegra de la demanda en base al informe emitido el día 21 de octubre de 2010 por la Dirección Facultativa y entiende que las obras a mayores realizadas son consecuencia de defectos y errores de ejecución de la obra.

En cuanto a la petición de inadmisibilidad de la demanda formulada en la contestación ha quedado sin objeto dado el auto de 22 de septiembre de 2011 (folio 235 del procedimiento administrativo) y la diligencia de ordenación de 6 de octubre de 2011 acordando el desglose de la demanda y su documentación para su unión al Procedimiento Ordinario núm. 54/2011 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona por la confusión reconocida por el recurrente.

SEGUNDO .- Debemos partir del hecho de que el contrato de obra se rige, en cuanto a sus efectos, consecuencias y obligaciones para las partes, por el propio contrato celebrado (en cuanto a sus pliegos de condiciones generales y particulares) y por la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por Ley 30/2007, de 30 de octubre. El Pliego de Cláusulas administrativas constituye en todo caso la ley del contrato, con fuerza vinculante para las partes contratantes y así lo expresa el TS en sentencia de 9 de julio de 1988 : *"la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables, son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración, como "ley primordial del contrato", resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego"*.

El art. 213 LCSP señala que *"1. Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieran al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia. 2. Cuando las instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes"* .

Y dentro del pliego de condiciones generales, a los efectos que nos interesan, señala el art. 26 que *"tots els treballs s'executaran amb estricta subjecció al Projecte, a les modificacions que prèviament hagin estat aprovades i a les ordres i instruccions que sota la responsabilitat de la Direcció Facultativa i per escrit, entreguin l'Arquitecte o l'Aparellador o Arquitecte Tècnic al Constructor..."* y el art. 76 del pliego dispone que *"no s'admetran millores d'obra, només en el cas que l'Arquitecte- director hagi manar per escrit l'execució de treballs nous o que millorin la qualitat dels contractats, així com la dels materials i aparells previstos en el contracte. Tampoc s'admetran augments d'obra en les unitats contractades, excepte en cas d'error en les medicions del Projecte, a no ser que l'Arquitecte-Director ordeni, també per escrit, l'ampliació de les contractades. En tots aquestes casos serà condició indispensable que ambdues parts contractants, abans de la seva execució o utilització, convinguin per escrit els imports total de les unitats millorades, els preus dels nous materials o aparells ordenats utilitzar i els augments que totes aquestes millores o augments d'obra suposin sobre l'import de les unitats contractades. Se seguirà el mateix criteri i procediment, quan l'Arquitecte-Director introdueixi innovacions que suposin una reducció apreciable en els imports de les unitats d'obra contractades"* .

El Tribunal Supremo tiene reiteradamente dicho, entre otras, en sentencias de 20 de diciembre de 1983 , 24 de enero de 1984 , y más recientemente, 26 de febrero de 1999 y 9 y 16 de octubre del 2000 , que el exceso en la ejecución de la obra, efectivamente realizada y entregada a la Administración, como consecuencia de actos de la propia Administración o de la Dirección facultativa, produce un enriquecimiento para la Administración y un



consiguiente empobrecimiento para la empresa contratista, que impone a esta la obligación de pagar el coste de dichas obras, en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto aplicable a los contratos administrativos, como corrección al principio de inalterabilidad. Así la jurisprudencia de la Sala Tercera (SSTS 20 de octubre de 1986 , 26 de febrero de 1991 y 23 de abril del 2002) ha reconocido que la obligación de pago por parte de la Administración implica el importe también de aquellas obras, que tengan carácter accesorio o complementario, no incluido en el proyecto, durante el curso de las obras principales, si se estima conveniente ejecutar. Pero la jurisprudencia, en los supuestos en los que ha considerado su utilización, ha puesto de manifiesto que, para ello, era necesario que el exceso de obra que había de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes de la Administración. Así se ha aplicado dicho principio siempre que las órdenes procediesen de quien para el contratista tuviera apariencia de efectiva potestad, en el supuesto en que había sido prevista por las partes contratantes la necesidad de obras no incluidas en el proyecto, cuando ha habido órdenes de la Administración, aunque tengan vicios de forma. Por el contrario, no procede aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto cuando la ampliación de la obra se deba a decisión unilateral imputable a la empresa contratista, ya que de otro modo, la extensión de las obras, su posible ampliación y el derecho a su cobro dependería exclusivamente de la contratista, en contra del principio de inalterabilidad de los contratos por voluntad de una sola de las partes. De forma similar las SSTS de 28 de enero del 2000 y 10 de julio del 2002 afirman que constituye regla general que el cumplimiento y efectos de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de las obras que excedan en cantidad o calidad de las que expresamente fueron convenidas, cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización. De la misma manera el artículo 155 del Reglamento General de Contratación del Estado ordenaba que los empresarios que ejecuten modificaciones no autorizadas, con conocimiento de su irregularidad, no tendrán derecho al abono de las mismas.

TERCERO .- Siguiendo esta misma argumentación cabe poner de relieve los problemas que la ejecución del proyecto de construcción del polideportivo ha supuesto y que han reconocido ambas partes aunque por motivos diferentes. El recurrente estima que los cambios, mejoras y aumentos de medición se produjeron como consecuencia de los errores del proyecto (algo que por otro lado no pusieron de manifiesto en el momento de la propuesta de su oferta ni en el momento de la notificación de la adjudicación mediante decreto de 17 de abril de 2009 ni en el momento de la firma del contrato) mientras que la propiedad, a través del informe de la dirección facultativa (folios 320 y siguientes del expediente), entiende que existen multitud de defectos de ejecución que son la causa de que tuvieran que realizarse trabajos a mayores que ahora reclama, recalando problemas de seguimiento de la ejecución de la obra y de sus condiciones de calidad.

Lo que queda claro del informe del perito judicial (sin perjuicio del análisis que se efectuará más adelante) es que en la ejecución del polideportivo hay materiales que no coinciden con los proyectados y que las mediciones de otros de los ejecutados son también superiores a lo proyectado. Y también que a pesar de que en el pliego de condiciones generales se especificara la necesidad de un consentimiento no sólo expreso sino por escrito, la Dirección Facultativa (a pesar de las reticencias por la forma de ejecución, del retraso en la entrega de documentación o de los problemas de comunicación con la Dirección de obra) ha ido aceptando tácitamente todo lo que en la obra se realizaba. Y prueba de ellos son las certificaciones de obra, tanto las firmadas que en un principio examinó el perito judicial como las aportadas posteriores por la dirección ejecutiva y que no están firmadas, puesto que se procedió a la recepción de la obra. Es decir, ninguna reclamación se ha procedido a realizar pro el Ayuntamiento por las obras, ni por la mala ejecución o defectos que pudieran haber aparecido por el uso del polideportivo durante el período de garantía ni por el exceso de obra o por partidas que no coincidan con el proyecto.

En cuanto al informe del perito judicial, extenso y muy minucioso, ha procedido a examinar una por una las partidas reclamadas por Transcornejo S.L. aportada como documento número 1 de la demanda y, en términos generales, está de acuerdo los precios y mediciones que en el mismo se encuentran respecto de su trabajo de comprobación *in situ* en el polideportivo. La parte demandada entiende que este informe está repleto de incorrecciones por cuanto hace mediciones teóricas y no reales de los materiales que no se ven, que sólo ha realizado una cata para comprobar por ejemplo el cubicaje del tot-u o que muchas de sus conclusiones se basan simplemente en la documentación aportada por el recurrente sin tener en cuenta que no hay órdenes por escrito o modificaciones del proyecto aceptadas por la propiedad. Sin embargo, respecto de las actas 18 a 32 que no están firmadas olvida la parte demandada que contemplan manifestaciones de ambas partes y que sustituyeron en la obra en concreto al libro de órdenes. Es decir, no es que no sean vinculantes para las partes como alega el Ayuntamiento sino que lo reflejado en las mismas se corresponde con lo ocurrido con la ejecución de la obra cuya recepción fue aceptada por la propiedad sin pega alguna, incluso aunque haya quedado acreditado que las mejoras que se propusieron por Transcornejo en cuanto a las sillas con respaldo, los marcadores o la colocación de pavimento Sportflex en la pista exterior que no se han realizado (lo que



tendría que ser objeto de la oportuna reclamación). Por lo tanto, aun admitiendo que parte de las mediciones son teóricas (como no puede ser de otro modo teniendo en cuenta el tipo de trabajo a realizar), lo que es cierto es que se procedió a la comprobación de las facturas emitidas a nombre de Transcornejo para el polideportivo y que las mediciones a mayores no han sido calificadas como desproporcionadas o desmesuradas por el perito judicial Sr. Leon , por lo que no cabe sino concluir que el hecho que originalmente se pactase un precio alzado no impide la posibilidad de modificaciones ulteriores que alteren o aumentan la obra, debiendo efectuarse el pago según la obra ejecutada, puesto que existe una aceptación tácita de la mismas.

Sin embargo admitiendo en términos generales la validez a efectos probatorios del informe pericial Don. Leon es preciso realizar algunas precisiones. En la valoración de la diferencia de obra ejecutada pero no certificada, no es posible que algunas partidas peritadas den como consecuencia una cantidad mayor que la solicitada por el recurrente porque se incurriría en incongruencia extrapetita, debiendo reducirse la cantidad por las partidas exclusivamente a lo reclamado. Por otro lado, respecto del hormigón HM-20 colocado por el contratista ha quedado acreditado que no era el adecuado y que además era el contrario al previsto en el proyecto (el HA-25) por lo que ninguna cantidad a mayores podrá cobrarse por tal concepto o partida. Teniendo en cuenta esos datos procede reducir la cantidad fijada por el perito como diferencia de obra realizada y no certificada a 109.070,01 euros , a la que sumará la cantidad pendiente derivada de órdenes de ejecución con exceso de obra de 6.935'02 euros, lo que hace un total de 116.005,03 euros que deberá ser objeto de abono por el Ayuntamiento de Reus a Transcornejo S.A.

CUARTO .- En aplicación del art. 139 LJCA , que recoge el principio de vencimiento en materia de costas, y habiéndose estimado parcialmente la demanda, no procede condenar a ninguna de las partes al abono de las costas ocasionadas en el procedimiento.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Debo estimar y estimo parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de TRANSCORNEJO S.A. contra acuerdo del Ayuntamiento de Reus de 10 de diciembre de 2010 que desestimó la reclamación económica efectuada por el recurrente en concepto de exceso de obra dimanante del contrato de obra suscrito entre las partes el día 27 de abril de 2009 para la construcción del Polideportivo del CEIP Ciutat de Reus al amparo de los arts. 6 y 106 de la Ley 30/2007 de Contratos de Sector Público , que dejo sin efecto condenando a la parte demandada a que abone a la recurrente la cantidad de ciento dieciséis mil cinco euros con tres céntimos (116.005,03 euros).

Notifíquese esta resolución a las partes, indicándoles que no es firme, y que contra la misma cabe la interposición de **recurso de apelación** , de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la LJCA . previo depósito en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, abierta en BANESTO núm. 4222 0000 85 0100 11 de la suma de 50 euros, salvo que la parte esté exenta de tal consignación.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su constancia en autos, llevando el original al Libro de las de su clase.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

La Magistrada Juez

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue dada, leída y publicada por el Juez que la autoriza en el mismo día de su fecha. Doy fe.