



Roj: **STSJ EXT 14/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:14**

Id Cendoj: **10037330012016100014**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2016**

Nº de Recurso: **702/2014**

Nº de Resolución: **9/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAIMUNDO PRADO BERNABEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00009/2016

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los lltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S.M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N°9

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS:

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO

En Cáceres a 19 de Enero de dos mil dieciséis.-

Visto el recurso contencioso administrativo nº **702** de **2.014** , promovido por la Procuradora D^a. Vanesa Ramírez Cárdenas, en nombre y representación del recurrente **UTE GEMTRAEX-ASEMTRAEX** , siendo parte demandada la **JUNTA DE ETXREMADURA**, representado y defendido por el Sr. Letrado de la Junta de Extremadura; recurso que versa sobre: desestimación presunta por silencio, de la solicitud de liquidación presentada por la Recurrente el 29 de abril de 2014.

Cuantía 333.161,43 Euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.-

SEGUNDO.- Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entrego el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada; dado traslado de la demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.-



TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, se admitieron y practicaron todas las propuestas, obrando en los ramos separados de las partes, declarándose concluso este periodo, se pasó al de conclusiones, donde las partes evacuaron por su orden interesando cada una de ellas se dictara sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de sus escritos de demanda y de contestación a la misma.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAIMUNDO PRADO BERNABEU.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete a examen de la Sala a través de Recurso Contencioso- Administrativo, la desestimación presunta por silencio, de la solicitud de liquidación presentada por la Recurrente el 29 de abril de 2014. Asimismo se impugna, la Resolución de 15 de septiembre de 2014 del Secretario General de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo de la Junta de Extremadura, así como las dictadas en ejecución de las mismas.

SEGUNDO.- Además de la nulidad de las resoluciones, a las que nos referimos en el anterior Fundamento. La Recurrente insta en su Suplico, que se fije como liquidación a su favor, la cantidad de 333161, 43 euros, que integran la devolución de los avales que se dicen indebidamente incautados, así como una serie de activos y combustible descritos en las actuaciones y que se adquirieron por la UTE, para la mejora de la prestación del servicio, distintos a los comprometidos en el contrato.

La Administración se opone en cuanto al fondo y además alega inadmisibilidad en relación, al acto presunto, al sostener que tal acto no existe, por haber sido expresamente resuelto.

Damos por acreditados los hechos objetivos que dimanar del expediente y de las actuaciones y así, fechas de las resoluciones, organismos que las han dictado, contenido extrínseco de las actas emitidas, de los Pliegos contractuales, de las facturas, de los escritos y sus fechas, etc. En realidad, más que una discrepancia fáctica, en este asunto, aunque también es cierto que existen divergencias a las que luego nos referiremos, lo que late es una estricta cuestión jurídico- interpretativa a la luz de los datos y el material probatorio existente.

Comenzando por el tema de la inadmisión planteada al amparo del art 51 c) de la LJCA . Debe indicarse que la misma no debe ser estimada. Ya de por sí, la argumentación administrativa es algo confusa. No obstante, no se comprende muy bien, el porqué no puede impugnarse una solicitud instada al amparo del art 25 de la LJCA . De una parte, entendemos que no es de aplicación al supuesto el art 47 de la LCAP y por otra, la UTE recurrente si ha planteado recurso frente al acto expreso que acuerda determinar la existencia de una serie de desperfectos existentes en los Centros, así como la incautación de las garantías, con lo que de ello se deriva. No existe óbice legal, para que la Recurrente, una vez entregados los bienes y producida la recepción, como así sostiene, inste la liquidación o en puridad, reclame por la existencia de un enriquecimiento injusto que se dice producido al mantener en su poder diversos activos y combustible descritos en las actuaciones y que se adquirieron por la UTE, para la mejora de la prestación del servicio, distintos a los comprometidos en el contrato. Esa solicitud, no tuvo respuesta en el plazo al que se refiere el art 110, por lo que la entendemos recurrible. Derivado de lo anterior y con base en esa discrepancia, la Administración dicta "a posteriori" un acto expreso, en el que no sólo, no entiende que adeuda cantidad alguna a la UTE, sino que por el contrario, se observaron una serie de desperfectos que al no ser subsanados por la Contratista, determinan la incautación de los avales y el futuro reintegro en consonancia con la ejecución subsidiaria que ha debido producirse. En realidad, ambos actos, pueden ser objeto de Recurso al ser independientes jurídicamente aunque sea cierto que a efectos prácticos, los dos actos aparecen íntimamente ligados.

TERCERO.- Como ya expresábamos, no se pone en duda, los datos esenciales referentes a la existencia de contrato de gestión de servicio público, el acta de recepción elaborada el 30 de diciembre de 2013, la inspección que se efectúa en enero de 2014, el requerimiento que realiza la Administración tras encontrar los defectos y desperfectos a los que se refieren las actuaciones así como tampoco los diversos actos posteriores referidos a la valoración de aquellos ni a la ejecución de los avales.

El planteamiento de la Recurrente es sencillo. Indica que puesto que la Administración recibió a conformidad las instalaciones, resolviéndose el contrato. Es procedente que le liquide y entregue, aquellas mercancías y activos a los que no venía obligada y que la Administración quedó en su poder para dar continuidad al servicio y a la nueva adjudicataria. No se discute por la Junta, el importe de los mismos. Asimismo se indica, que no participó ni se le dio esa posibilidad en el examen de los desperfectos y material inservible o dañado, prueba de ello es que no aparece la firma del representante. Igualmente alega cuestiones relativas a su situación como empresa en concurso y la aplicación del art 55 de la LC .



Por su parte, la Junta manifiesta que no es cierto que se recepcionase a conformidad como indica la contratista, sino que en la propia acta se hacía constar expresamente: "a expensas de ser minuciosamente cotejadas". Igualmente, se indica que si el representante no firmó fue porque no quiso, que fue avisado y que en todo caso, los desperfectos a los que se refieren los anexos por motivos obvios, no han podido causarse por los posteriores adjudicatarios, al tratarse de defectos causados por el tiempo. Consecuencia de lo anterior y del hecho de no subsanar los mismos en el plazo del requerimiento realizado, es la incautación de las garantías y la fijación de los gastos que se han producido a consecuencia de la ejecución subsidiaria. Así las cosas, en realidad no se discute a la aplicación del art 164 del RD I 2/2000 ni preceptos concordantes, lo que las partes divergen es en la propia interpretación de los hechos y su prueba. Nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de Noviembre de 1999, ya manifestaba que: "A la vista de las posiciones contrarias que mantienen las litigantes sobre la realidad de las obras verdaderamente ejecutadas, debemos partir de la doctrina que considera que dentro del proceso judicial a las partes corresponde la iniciativa de la prueba, rigiendo el principio civil de que el que afirma es el que debe probar los hechos, de acuerdo con al Art. 1214 del Código Civil, que establece que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opondrá". Así pues, corresponde a la Recurrente acreditar que el contrato se extinguió y que le es debido el saldo positivo que reclama. Por su parte a la Junta como Administración contratante, le corresponde probar que existieron desperfectos, que el contrato no se cumplió por una de las partes y que por tanto es procedente incautar la garantía. Asimismo debe probar el valor y cuantía de los desperfectos que se dicen causados por la UTE. En definitiva, cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (Ss. TS. Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29/enero y 19/Febrero/1990, 13/Enero, 23/mayo y 19/Septiembre/1997, 21/Septiembre/1998), y ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Ss. TS de 29/Enero y 19/Febrero/1990 y 2/Noviembre/1992, entre otras). Como en su momento señaló el TC: "cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en litigio la obligación de colaborar con los Tribunales en el curso del Proceso (art. 118 C. E.), conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad".

Pues bien, sentado lo anterior y a la luz del material probatorio existente en el expediente, la anterior distribución probatoria, debe ser puesta en conexión con la denominada "teoría de la facilidad probatoria". De lo que dispone el art 110 de la LCAP en relación con el art 33 del Clausulado y concordantes, resulta a juicio de la Sala, esclarecedor que si se firma un acta recepcionando los bienes y en dicha acta se determina que los mismos se encuentran en un estado adecuado, sin ausencias reseñables y adjuntando anexos donde no aparecen deficiencias, no resulta de recibo, que un mes después se constaten deficiencias de tal calado que ascienden a más de 60000 euros. Si a lo anterior se añade las facultades de inspección que posee la Administración y el propio contenido de la cláusula 33 del Pliego, donde se faculta a la Administración para adoptar aquellas disposiciones necesarias en el año anterior, con el fin de que se entreguen en condiciones los bienes, la conclusión no debe ser otra, que con el documento firmado en diciembre, la Administración recepcionó los bienes a su conformidad. La palabra "minuciosamente" debe entenderse en cuestiones muy concretas que no se aprecian a simple vista, pero no puede ser utilizada, ya que ello supondría un abuso, para añadir defectos que como se observa en el anexo, son perfectamente constatables de manera visual incluso para cualquier profano. Si la Administración hubiera actuado conforme al Pliego, podría haber detectado con mucha antelación esos defectos, pero insistimos, no es actuar de acuerdo a la buena fe, exponer que los elementos y obras se encuentran en estado adecuado, recepcionar las mismas, adjudicar la contratación a otra empresa y posteriormente descubrir unos desperfectos notables, que provocan la incautación de avales. A lo anterior, debe añadirse que no hay constancia formal y ello habría sido de fácil prueba, que el representante de la empresa fue notificado expresamente para comprobar las instalaciones "a posteriori". No consta su firma, ni su presencia real. Derivado de lo anterior, se deducen dos consecuencias jurídicas importantes. La primera es que no procede aplicar el art 43 e incautar las garantías, como lo hizo la Administración, al entender que de acuerdo al art 164 del RDL 2/2000 no se entregaron las obras de manera adecuada al revertir y finalizar el contrato, por lo que tales actos los actos posteriores que derivaron en una ejecución subsidiaria, deben ser anulados. Asimismo, como segunda conclusión, no debe serle otorgada la razón a la Recurrente en su reclamación total. No nos encontramos ante un supuesto de enriquecimiento sin causa. La Sentencia de 14 octubre 2015, realiza un análisis de los supuestos, entre los que puede encontrarse el de Autos. La Sentencia de 28 de abril de 2008, recurso para unificación de doctrina 299/2005, recuerda la jurisprudencia sobre el enriquecimiento sin causa y así en la Sentencia de 21 de marzo de 1991 se afirma que "el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las



formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara". La Junta no se ha hecho propietaria de esos elementos y si se encontraban en las instalaciones es porque la propia parte así lo entendió, ese a no venir obligada por los pliegos. Así por tanto, la Recurrente podrá exigir autorización para retirar los mismos o accionar de la manera que crea oportuna, pero la Sala, no entiende que se trata de una obligación pecuniaria de la Administración. Consecuencia de todo ello es la estimación parcial del Recurso. No procede entrar en consideraciones sobre cuestiones concursales, ajenas a esta jurisdicción y que corresponden al Juez del Concurso.

CUARTO.- De conformidad al art 139 de la LJCA , no procede efectuar imposición en costas.

Vistos los artículos que se citan y los demás de general y pertinente aplicación.-

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española:

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el Recurso interpuesto la Procuradora D^a. Vanesa Ramírez Cárdenas, en nombre y representación del recurrente UTE GEMTRAEX-ASEMTRAEX anulamos las resoluciones a las que se refiere el primer fundamento y en su consecuencia, declaramos la obligación declarando la Obligación de la Administración a abonar a la UTE la cuantía incautada, excluyendo activos y combustible más en su momento, los intereses de demora. Ello con imposición en costas a la Administración recurrida.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio junto con el expediente administrativo al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.