

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA SALA DE LO CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVO SEDE GRANADA

SECCIÓN PRIMERA REFUERZO

AUTOS DE RECURSO DE APELACIÓN

ROLLO NÚMERO N' 1012/2017

GRANADA

SENTENCIA NUM. 858 DE 2019

Ilmo. Sr. Presidente:

Don José Antonio Santandreu Montero Ilmos. Sres. Magistrados

Don Luis Gollonet Teruel

Don Miguel Pardo Castillo (ponente)

En la ciudad de Granada, a once de abril de dos mil diecinueve.

Vistos los autos del recurso de apelación nº 1012/2017 presentado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, contra la sentencia nº 299/2017, de fecha 11 de septiembre de 2017, que dimana de los autos del procedimiento ordinario número 4/2017, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo 3 de Granada.

Interviene como parte apelante la entidad mercantil -----, que comparece bajo la representación de la procuradora Dña. ----- y asistida por el letrado D.

Es parte apelada el Ayuntamiento de -----, en cuya representación y defensa interviene el letrado del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Granada.

La cuantía del recurso es 442.655,49 euros.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos del recurso contencioso-administrativo número 4/2017, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de Granada, que tuvo por objeto la impugnación presentada por la representación legal de la entidad mercantil -----, contra la desestimación presunta de la reclamación de una indemnización formulada frente al Ayuntamiento de ----- por importe de 442.655,49 euros.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra la sentencia nº 299/2017, de fecha 11 de septiembre de 2017, que dimana de los autos del procedimiento ordinario número 4/2017, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de Granada, por la que se desestimó el recurso.

Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

TERCERO.- Concluida la tramitación de la apelación, el juzgado remitió los autos a este tribunal, cuya fecha de entrada se produjo el día 26 de octubre de 2017.

Al no haber solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones, y al no estimarlo necesario la sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

Ha actuado como magistrado ponente el Ilmo. Sr. don Miguel Pardo Castillo.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia nº 299/2017, de fecha 11 de septiembre de 2017, que dimana de los autos del procedimiento ordinario número 4/2017, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de Granada, por la que se desestimó el recurso.

SEGUNDO.- Causas de impugnación de la sentencia.

Se alza en apelación frente a la sentencia de instancia la entidad mercantil ----- y solicita su revocación alegando, en resumen, los siguientes argumentos:

Alega que la pretensión indemnizatoria debe prosperar cuando el contratista sufre perjuicios y estos no están contemplados en los modificados, como ocurre en el caso de autos. Se han tergiversado los términos de los correspondientes modificados, pues no es cierto que contemplaran los daños y perjuicios ocasionados al contratista por las paralizaciones parciales.

Las sentencias invocadas por el juzgador para justificar el fallo dispositivo versan sobre supuestos distintos, en los que se desestimó finalmente la pretensión al no haberse acreditado la causación efectiva de daños a la parte reclamante.

Finalmente, considera que el criterio seguido en la sentencia contradice el que se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1979, 21 de marzo de 1980, o en la SAN de 9 de junio de 2000.

TERCERO.- Motivos de oposición al recurso de apelación.

La representación legal del Ayuntamiento de ----- solicitó la confirmación de la sentencia de instancia y en apoyo de su posición procesal esgrimió las siguientes consideraciones:

El recurso se limita a reproducir los mismos argumentos expuestos en el escrito de demanda, y esta forma de actuar debe conllevar, según su criterio, la integra

desestimación del recurso, por cuanto desnaturaliza el objeto y finalidad del recurso de apelación.

Los hechos probados en sentencia, que se recogen en su fundamento jurídico segundo, no han sido impugnados de contrario, y, por otro lado, son los que se desprenden de los informes técnicos elaborados por los directores facultativos de la obra y las declaraciones testificales realizadas en presencia judicial.

La causa de las sucesivas paralizaciones fueron circunstancias excepcionales no imputables a la Administración, que fueron asumidas por la contratista sin reservas, y supusieron un significativo incremento en el precio del contrato.

Cita la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2012, en cuya virtud existe una vinculación el contratista a las modificaciones que se acuerden respecto de un contrato originario, como ocurre en el presente caso en que se aceptan las innovaciones contractuales que, en contemplación de las paralizaciones, constituían los modificados que incrementaron considerablemente el precio inicial del contrato.

Concluye su escrito señalando que, en todo caso, la apelante no ha acreditado los daños y perjuicios que se dicen sufridos.

CUARTO.- Finalidad del recurso de apelación.

Conviene recordar, con cita de la jurisprudencia establecida, entre otras, en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993, 26 de octubre de 1998 y 15 de diciembre de 1998, que:

- a) La finalidad del recurso de apelación es la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia apelada, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia.
- b) En el recurso de apelación el tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como fundamento de su pretensión revocatoria; por lo que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que vengán ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia. La finalidad ha de ser la de demostrar que la sentencia de la que se disiente, ha incurrido en errónea aplicación de las normas, o en incongruencia, o en inaplicación de la normativa procedente; o en aportar cualesquiera otras razones que tiendan a su revocación con una base sustancial; ya que tal recurso, promotor de una segunda instancia, no tiene por objeto una mera repetición del

proceso de la primera instancia ante el tribunal "ad quem" sino una verdadera revisión de la sentencia apelada (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1997, de 15 de julio y 22 de mayo de 1996, 24 de octubre de 1995 etc.).

- c) Por otro lado, el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el juzgador de instancia. Sin embargo la facultad revisora por el tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el juzgado de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien las realizó con inmediación y por tanto dispone de una percepción directa de aquellas, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental. En este caso el tribunal "ad quem" podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba practicadas defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo.

#### QUINTO.- Análisis del fondo del asunto.

Partiendo del relato de hechos contenido en la sentencia, que no ha sido combatido en el recurso de apelación, la pretensión indemnizatoria que nos ocupa trae causa del contrato suscrito entre las partes el día 1 de octubre de 2008 para la "Rehabilitación del teatro ---- y claustro anexo, ----- de Granada". Pese a que el plazo fijado para la ejecución de las obras era de 19 meses, con un importe de 3.625.149,03 euros, hubo una primera paralización temporal de las obras el día 12 de agosto de 2009 como consecuencia de la aparición de una Cripta del siglo XVI, diversas pinturas murales y restos de un antiguo artesonado en la Capilla de Nuestra Señora del Rosario, así como distintas ornamentaciones en relieve, esgrafiados en la fachada y ventana, y la necesidad de nuevos procesos constructivos relacionados con la cimbra bajo coro y los tirantes en el arco de embocadura de la fachada norte, al margen de la aparición de una patología en la estructura de la zona norte del artesonado mudéjar.

Esta paralización dio lugar a un primer modificado del contrato el día 12 de febrero del año 2010. A continuación, fue necesaria una segunda paralización para acometer trabajos de arqueología en la zona de la escena, entre otras incidencias, lo que, de igual forma, dio lugar a un segundo modificado, que se formalizó el día 15 de diciembre de 2010. En total, como consecuencia de las dos paralizaciones parciales, la primera de 6 y la segunda de 13 meses, los trabajos se prolongaron hasta los 30 meses.

Con base en los hechos expuestos, se solicitan los daños y perjuicios ocasionados por el sobre coste derivado de la infrutilización de maquinarias, instalaciones generales y medios a auxiliares instalados en la obra, coste de las instalaciones fijas y de los medios humanos para la dirección, organización y ejecución de la obra. En particular, al amparo del artículo 102 del TRLCAP «Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquélla tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el art. 99, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél», y que, conforme a su apartado segundo «Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios

efectivamente sufridos por éste». Una redacción idéntica aparece en el artículo 203 de la Ley 30/2007, y en el art. 220 del TRLCSP.

Sentado lo anterior, debe enfatizarse que ambos modificados contemplan tanto un incremento del plazo de ejecución de la obra como de su precio, que fue íntegramente abonado. En particular, se elevó el precio en un 8,14% y 10,40%, respectivamente, lo que supuso una cantidad adicional de 300.068,61 y 376.816,16 euros, sobre el montante principal de 3.625.149,03 euros, por lo que el presupuesto total de la obra finalmente ascendió a 4.324.087,93 euros.

La parte apelante alega que la lectura de los dos modificados evidencia que no se tuvo en cuenta para la fijación del precio los sobrecostes que irrogaron a la entidad mercantil las dos paralizaciones provisionales, por lo que se trata de un perjuicio efectivo que el Ayuntamiento adeuda a la recurrente.

Tales documentos obran en los folios 88 y siguientes del expediente administrativo, y en la cláusula cuarta, con idéntica redacción en ambos modificados, se señaló lo siguiente «el plazo de ejecución del presente contrato, teniendo en cuenta el incremento presupuestario y las paralizaciones parciales habidas en las obras por causas ajenas a la contrata», y se establece un plazo de 27 meses en el primer documento, y de 30 meses en el segundo.

La doctrina jurisprudencial aplicable se encuentra resumida, entre otras, en la STS Sala 3, *sec. 7*, S 10-12-2014, *rec. 3993/2013*, que razona lo siguiente «El planteamiento del recurso de casación que ha quedado expuesto pone de manifiesto que la principal cuestión que ha de resolver esta Sala es la siguiente: si la aceptación por el contratista de un "modificado" en un contrato administrativo de obra significa para él una renuncia a la indemnización de los daños que pueda haber sufrido en las paralizaciones que hayan precedido a dicha novación contractual ; o, dicho de otro modo, si el nuevo y superior precio de la obra reconocido en el "modificado" comprende no sólo los aumentos de obra contemplados en el mismo, sino también la reparación de los daños sufridos como consecuencia de aquellas paralizaciones anteriores que sólo sean imputables a la Administración.

La respuesta a dicha cuestión siempre ha de ser casuística, con atención a las singulares circunstancias que hayan rodeado a la ejecución de la concreta obra de que se trate y, por tal razón, habrá de tener en cuenta tanto los términos del documento que haya formalizado la modificación contractual como dichas circunstancias; y entre dichas circunstancias será especialmente decisivo constatar a quien son imputables las paralizaciones y si hay hechos coetáneos o posteriores a la modificación del contrato que, pese al silencio de este, pongan de manifiesto la voluntad conjunta de ambas partes de zanjar con el "modificado" todas las consecuencias del contrato (artículo 1282 del Código civil)».

Y la STS Sala 3<sup>a</sup>, *sec. 4<sup>a</sup>*, S 21-12-2016, n<sup>o</sup> 2715/2016, *rec. 684/2015* explica que “recuerda que, según mantiene la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la conformidad del contratista a los modificados y a la liquidación del contrato no excluye la posibilidad de admitir que proceda resarcirle por los daños y perjuicios que sufra en la ejecución

de la obra por causas que no le sean imputables. [...] Y que tal posibilidad dependerá de las particulares circunstancias que se den en cada caso».

Partiendo de las anteriores premisas, obra en los autos judiciales la propuesta técnica de proyecto modificado elaborada por la Dirección General de Vivienda y Arquitectura de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, en la que se explica que el modificado se encuentra motivado por causas técnicas imprevistas que aparecieron en el transcurso de la rehabilitación del edificio, entre las que se encuentran la aparición de una patología en la estructura de la zona norte del artesonado mudéjar, que obligó a buscar soluciones constructivas que fueron aprobadas por la Comisión Provincial de Patrimonio de Granada, al tratarse de un edificio catalogado y protegido patrimonialmente. Se enfatiza que el contratista adjudicatario de las obras presentó su conformidad al documento elaborado.

Consta, por otro lado, el informe elaborado por la dirección facultativa de las obras, con fecha de 21 de abril de 2017, en la que con expresa referencia al primer proyecto modificado (que aparece en los folios 488 y siguientes del expediente administrativo) se señala que en una obra de estas características, sobre un edificio del siglo XVI, catalogado y protegido patrimonialmente, era previsible que aparecieran elementos no detectados durante la redacción del proyecto inicial.

En cuanto a las causas de la segunda paralización, como figura en la memoria del segundo proyecto modificado, se indica que son múltiples los factores que la ocasionaron, pero se centra la principal causa en la necesidad de demoler y trasladar un centro de transformación de propiedad municipal, situado dentro de la parcela del nuevo teatro, y que debido a los trámites y permisos requeridos por la empresa suministradora (----), hasta el mes de enero de 2010 no se pudo llevar a cabo. Añade que el segundo proyecto modificado tiene por objeto resolver la cimentación y estructura de la zona del escenario del teatro, situado sobre los restos encontrados y atendiendo a las consideraciones técnicas que se describen en el mismo.

En los folios 425 y siguientes del expediente administrativo figuran los documentos relativos a la tramitación de las modificaciones del contrato, y en el folio 437 aparece el segundo informe al modificado en el que por el arquitecto de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda se concluye que todas las incidencias descritas no han sido previsibles, y que la más importante es la patología aparecida en el ala norte de la cubierta, que ha requerido para su reparación del desmontaje de la misma. Los folios 451 y siguientes contienen el informe a la propuesta técnica del segundo proyecto modificado, donde tras describir el Nuevo diseño de zona de escena, se concretan las actuaciones y nuevos procesos constructivos que deben acometerse, entre las que relaciona la modificación de la cubierta de la capilla y del proceso constructivo del macizado de los dos grandes arcos de la sala, así como la ejecución de un aljibe.

En definitiva, las dos paralizaciones fueron motivadas por causas no imputables a la Administración demandada, vinculadas al surgimiento de circunstancias completamente imprevistas o derivadas de la antigüedad y valor cultural e histórico del edificio donde se realizaron. Ello provocó que fuera necesaria la búsqueda de

soluciones técnicas a los distintos problemas que no pudieron ser previstos en el momento de la redacción del proyecto inicial, y que fueron íntegramente asumidas, sin ningún tipo de objeción o reparo, por parte de la entidad mercantil cuando suscribió los dos modificados.

Aunque asiste la razón a la parte apelante respecto de que en los modificados no se contiene una expresa referencia a que con el notable incremento del precio de las obras —<que implicó que el precio final se elevase de 3.625.149,03 a 4.324.087,93 euros— se estaba compensando, igualmente, la demora en la ejecución de las obras ocasionada por las paralizaciones provisionales, debe destacarse, atendiendo a los criterios expuestos en las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente transcritas: por un lado, que las obras se paralizaron por circunstancias excepcionales no imputables a la Administración contratante; por otro, que en cada caso se buscaron soluciones arquitectónicas para dar respuesta a los nuevos problemas, que fueron asumidos por la contratista sin realizar ningún tipo de reserva de acciones dirigidas a resarcirse por unos hipotéticos daños ocasionados por la demora en la ejecución de las obras; asimismo, no existen actos coetáneos o posteriores por parte de la entidad mercantil que revelasen su voluntad de ser compensada por la dilación de las obras, sino que, muy al contrario, las obras concluyeron el día 14 de mayo de 2011 y la reclamación no se produjo hasta el día 12 de septiembre de 2016, esto es, cuando habían transcurrido más de 5 años; finalmente, que a consecuencia de las sucesivas modificaciones, la entidad mercantil recibió finalmente un precio superior en casi 700.000 euros al que inicialmente fue objeto de adjudicación.

La conjunta valoración de las circunstancias expuestas pone de manifiesto el acierto del criterio seguido por la sentencia de instancia, que, en síntesis, considera que la casuística ponderación de los hechos expuestos permite afirmar la improcedencia de la indemnización solicitada conforme a los parámetros indicados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Finalmente, respecto de la hipotética contradicción de la tesis mantenida por la sentencia de instancia con otras sentencias que se citan en el recurso de apelación, por lo expuesto anteriormente es evidente que no es posible dar una solución maximalista o de general aplicación a todos los supuestos, sino que es preciso un análisis “caso por caso”, se insiste, conforme a los criterios definidos jurisprudencialmente.

Por cuanto antecede, el recurso de apelación será íntegramente desestimado.

SEXTO.- Costas.

De conformidad con el artículo 139.2 de la LJCA, se impone a la apelante el abono de las costas procesales, si bien la sala, haciendo uso de la facultad que le otorga el art. 139.4 de la Ley Jurisdiccional, limita su importe, atendidas las circunstancias del caso, a la cantidad de 1.000 euros, únicamente en relación con los honorarios del letrado.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de apelación interpuesto por

la representación legal de la entidad mercantil -----, frente a la sentencia n\* 299/2017, de fecha 11 de septiembre de 2017, que dimana de los autos del procedimiento ordinario número 4/2017, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso- administrativo número 3 de Granada.

Se impone a la apelante el abono de las costas procesales causadas en esta alzada, con el límite indicado en el último fundamento de derecho.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y una vez firme, devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

-----

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