

procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación de acto objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron estos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 12 de febrero de 2.020.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Pilar Maldonado Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la mercantil [REDACTED] [REDACTED] interpone el presente recurso de apelación contra sentencia nº 173, de 18 de septiembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 26 de los de Madrid en el procedimiento ordinario 46/2017, deducido contra la resolución desestimatoria presunta de la reclamación formulada el 26 de septiembre de 2016 al Ayuntamiento de Majadahonda solicitando el pago de 217.738,87 euros, IVA incluido, más intereses moratorios, correspondientes a trabajos extracontractuales no contratados ni proyectados, pero si ejecutados con conocimiento y aprobación del Ayuntamiento, por importe de 167.465,08 euros, IVA incluido, y al daño emergente derivado de la paralización o suspensión parcial de la obra, por causas ajenas a la recurrente, por importe de 50.273,79 euros, sin IVA.

Asimismo se impugna el acuerdo de 24 de septiembre de 2018 de la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Majadahonda, por el que se aprobó la liquidación del contrato, por importe de 0,00 euros y se acordó la devolución de la garantía definitiva, por importe de 26.517,59 euros, únicamente en lo relativo a la liquidación del contrato.

La sentencia estima parcialmente el recurso y anula las resoluciones impugnadas, condenando al Ayuntamiento de Majadahonda a abonar a la recurrente la cantidad de 101.480,84 euros, más IVA, en concepto de trabajos extracontractuales ejecutados por la recurrente para la obra Proyecto de Ejecución de Nuevo Parque Colón, más los intereses devengados hasta el cobro efectivo de dicha suma y 37.976,02 euros, más IVA en concepto de sobrecostes derivados de paralizaciones parciales de la obra durante su ejecución, por causas ajenas a la recurrente.

El Juzgador de la instancia, tras analizar detalladamente en su fundamento de derecho sexto las numerosas testificales practicadas y en su fundamento de derecho séptimo la voluminosa documental aportada por ██████████, en donde se recogen las actas de visita a la obra, que transcribe resumidamente, llega a la conclusión de que las testificales más fiables son las de D. ██████████ ██████████, Jefe de Servicio de Servicios, Jardines y Limpieza del Ayuntamiento de Majadahonda hasta el 30 de mayo de 2017 y D. ██████████ ██████████, empleado de ██████████, que ofrecieron suficientes datos y explicaciones avalados por las sucesivas actas de obra, de cuya lectura resulta claro que la propiedad impuso innumerables actuaciones fuera de proyecto, que no fueron incluidas en un proyecto modificado y que encarecieron el importe final de la obra ejecutada. Por otro lado se adoptaron decisiones que ralentizaron los trabajos, como la paralización de la obra hasta saber lo que se debía hacer con el arbolado existente en el parque.

Además se ha practicado prueba pericial por un perito insaculado por el Juzgado para dirimir las cuestiones suscitadas; informe revestido de objetividad e imparcialidad que obviamente no se puede pedir a las partes por lo que se ha de estar al citado informe, según el cual los nuevos trabajos y unidades incorporados en la ejecución del Nuevo Parque Colón ascienden a la cantidad de 101.480,84 euros, sin IVA. Por otro lado señala el dictamen pericial que ha existido un desfase temporal de 23 días, repartiendo los sobrecostes al 50% y calculando el importe neto de los sobrecostes por ralentización / aceleración en 37.976,02 euros y aplicando el 50% a la contratista y el otro 50% al Ayuntamiento, le otorga al contratista la cantidad es de 18.988,01 euros, sin IVA. El juzgador de la instancia,

respecto al apartado de sobrecostes por ralentización/aceleración considera que de la prueba practicada resulta claramente imputable al Ayuntamiento de Majadahonda el citado sobre coste, y en consecuencia, otorga a la contratista la totalidad cantidad establecida por el perito por sobrecostes, es decir, 37.976,02 euros, más IVA.

SEGUNDO.- Pretende el recurrente se revoque parcialmente la sentencia impugnada y en consecuencia, se estimen las pretensiones de fondo en el sentido de condenar al Ayuntamiento de Majadahonda a abonarle la cantidad de 162.554,20 euros, IVA incluido, en concepto de trabajos ejecutados fuera de proyecto y contrato, más los intereses de demora devengados y que se devenguen hasta el cobro efectivo de dicha suma, más la cantidad de 50.273,79 euros, IVA incluido, en concepto de daños y perjuicios por paralización de la obra por causas ajenas, alegando, en síntesis, error en la valoración de la prueba, con base a que el importe reclamado y que no se le ha reconocido en el fallo impugnado, se fundamenta en que la sentencia ha asumido el criterio del perito judicial que ha intervenido en la causa, y se basa única y exclusivamente, en la aplicación de la baja contractual a los dos conceptos reclamados y reconocidos, trabajos extracontractuales, por un lado, e indemnización de daños y perjuicios por paralización de la obra, por otro, entendiendo que el órgano judicial debió haberse apartado del citado dictamen en el extremo relativo a la aplicación del porcentaje de baja contractual a los trabajos no contractuales, por cuanto que el porcentaje de baja contractual no se aplica por ministerio de la ley, sino que depende de la voluntad del contratista, es decir, lo que oferte para un proyecto concreto (no para cualquier otro trabajo que la propiedad exija), por lo que no tiene sentido aplicar la baja ofertada a cualquier otro trabajo nuevo que no venga recogido en el proyecto contratado, por lo que una vez eliminado el citado porcentaje de baja, la cantidad a reconocer por trabajos extracontractuales asciende a 162.554,20 euros.

También existe error en la valoración de la prueba por asunción del criterio del dictamen pericial consistente en aplicar la baja contractual ofertada también al perjuicio patrimonial sufrido a causa de la paralización o ralentización de la obra, afirmando que el artículo 220.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, habilita al

contratista para reclamar en caso de suspensión o paralización de la obra, de los daños y perjuicios efectivamente sufridos, sin merma ni reducción alguna y sin que se refiera al precio del contrato. El porcentaje de baja es un concepto que se aplica, exclusivamente, al precio de adjudicación de la obra, lo que nada tiene que ver con el resarcimiento de daños y perjuicios sufrido por la contrata por la ralentización en la ejecución de la obra, por lo que se le debe reconocer la totalidad del daño patrimonial por cuantía de 50.273,79 euros.

TERCERO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Majadahonda se opone al recurso de apelación planteado de contrario, argumentando que entiende el apelante que el Juzgador de la instancia se tenía que haber apartado del dictamen pericial en cuanto al porcentaje contractual de baja ofertado y sin embargo esa misma postura es la realizada por la propia contratista, como se deduce de los documentos obrantes en autos, al aceptar sin reparo alguno la certificación nº 4 de liquidación del contrato, en la cual se recoge el exceso de obra realizada con la baja ofrecida por la contratista. La factura presentada por [REDACTED] y que motivó la citada certificación aplica a las unidades ejecutadas al margen del proyecto la baja ofertada de 24,4610394%. Por tanto, existe un consentimiento previo expreso de la contratista para la aplicación de la baja a las unidades ejecutadas en exceso.

Por otro lado aduce que lo que [REDACTED] considera daños por ralentización o aceleración, encaja claramente en los gastos que debió asumir en la ejecución del contrato a su riesgo y ventura. La organización de los medios materiales y humanos con la rebaja temporal ofrecida por la propia [REDACTED] no puede serle repercutida íntegramente al Ayuntamiento, como así advirtió el propio perito judicial, que aplicó un criterio prudente para evitar un enriquecimiento injusto por parte de Pacsa.

CUARTO.- Este Tribunal no aprecia error en la valoración de la prueba por parte del juzgador en la instancia, a quien corresponde dicha valoración con arreglo a criterios de sana crítica.

Debe recordarse que el Juez a quo ha de valorar los medios de prueba, salvo las excepciones legalmente previstas (artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) "según las reglas de la sana crítica" - artículos 316.2 , 326, último párrafo, 334, 348 y 376 LEC -, lo que implica que, en principio, ha de respetarse la valoración efectuada por el Juez, máxime dada la inmediación en la práctica de la prueba, siempre que no sea manifiestamente ilógica, irracional, arbitraria o absurda, o cuando conculque principios generales del Derecho, sin que esté permitido sustituir la lógica o la sana crítica del Juzgador por la de la parte (STS de 19/11/99 , 22/01/00 , 05/02/00 , entre otras). Por eso, aun cuando la apelación transmite al Tribunal "ad quem" la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas a través del recurso, cuando lo cuestionado es la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso, se viene manteniendo que "en la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso, debe primar el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de instancia sobre el juicio hermenéutico, subjetivo y parcial de la parte apelante, de modo que es preciso acreditar una equivocación clara y evidente en el juicio valorativo del órgano jurisdiccional para acoger este motivo de apelación, sin que sea suficiente una mera discordancia del juicio valorativo de la prueba practicada determinante de la decisión recurrida".

En el presente caso, como hemos razonado, el juez de instancia ha examinado con todo detalle los medios de prueba aportados y las circunstancias concurrentes en el caso y ha estimado parcialmente el recurso. El informe pericial ha sido ratificado a presencia judicial y de las partes, con observancia de los principios de inmediación, oralidad y contradicción. El art. 348 de la LEC establece que el tribunal ha de valorar los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, por lo que una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, como aquí es de ver, el órgano judicial debe afrontar su valoración conforme al patrón de la lógica y la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia.

Conforme expresa, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 320/2016 de 17 mayo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) la jurisprudencia entiende que

en la valoración de la prueba por medio de dictamen de peritos se vulneran las reglas de la sana crítica:

1º.-Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. STS 17 de junio de 1996.

2º.-Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1996.

3º.-Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: STS 7 de enero de 1.991 (/109).

4º.- Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo, Cuando los razonamientos del tribunal en tomo a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad. STS 11 de abril de 1998.

5º.-Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios: STS 13 de julio de 1995 (/6002).

6º.- Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes lleven al absurdo. STS 15 de junio de 1988.

En el caso presente no concurren ninguna de tales circunstancias y la valoración de la prueba y conclusiones que alcanza la Sentencia apelada en absoluto puede ser tachada de ilógica, irracional o que conduzca a resultados inverosímiles.

QUINTO.- En efecto, consta en la sentencia apelada que el plazo de ejecución de la obra era de 2,9 meses que fue ampliado hasta 3,5 meses y que el proceso de ejecución de la obra finalizó sin tramitación de proyecto modificado y sin aprobación de ninguna contraprestación económica para sufragar los nuevos trabajos ordenados.

El Tribunal Supremo tiene reiteradamente dicho, entre otras, en sentencias de 20 de Julio de 2005 y 2 de Octubre de 2006 así como esta Sala y Sección (Sentencia de 11 de diciembre de 2010 resolviendo el recurso de apelación 473/2010) 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 aquella 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 se 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. 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.

En el caso debatido el exceso de obra sobre el proyecto inicial está reconocido por el Juzgador de la Instancia y no es objeto de debate. Lo único que se plantea es si a esas obras accesorias o complementarias se les debe aplicar la baja ofertada por el contratista para el contrato principal

El artículo 234 del Real Decreto Legislativo 3/2011, en su apartado segundo dispone que *“cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista, por plazo mínimo de 3 días hábiles. Si éste no*

aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlos con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente”.

En el caso enjuiciado la Administración no ha seguido dicha tramitación, por lo que no existiendo norma directamente aplicable a la cuestión planteada, este Tribunal considera lógico y razonable estar a lo acordado por el perito en su dictamen, esto es, aplicar la baja ofertada por el contratista para ejecutar el contrato a aquellas unidades no contempladas en el proyecto pero directamente relacionadas con la obra y que fueron realizadas conjuntamente y dentro del plazo de terminación de las obras, ya que, como se dice en el informe pericial los precios empleados se consideran indirectamente sujetos a las condiciones contractuales, por lo que es apropiado aplicarles la misma baja que existe en el proyecto.

Si bien es cierto que el porcentaje de baja depende de la oferta del contratista para un determinado contrato, sin que las normas contractuales establezcan la aplicación de un determinado porcentaje, sin embargo, no debemos olvidar que la obra, donde se han realizado esas actuaciones complementarias fuera de proyecto, es la misma y el plazo de ejecución idéntico y que la Administración ha omitido fijar los precios aplicables, sin que el contratista hubiera opuesto reparo alguno a su ejecución mientras que dichos precios no fueran fijados. Por lo que, es lógico y coherente aplicar a dichas obras complementarias el mismo porcentaje de baja que para la obra principal de la que forma parte, máxime teniendo en consideración el escaso tiempo previsto para la ejecución de la obra, en la que, por tanto, ni siquiera, existía la posibilidad de aplicar revisión de precios.

Por el contrario, procede estimar la pretensión de que la cantidad reconocida por daños como consecuencia de la paralización o ralentización de la obra, no se le aplique el porcentaje de baja ofertada por el contratista para ejecutar la obra, porque, como acertadamente dice el apelante, se le han de abonar los daños y perjuicios efectivamente sufridos, sin que sobre dicha cantidad se pueda aplicar reducción o merma alguna.

En consecuencia con lo razonado procede estimar parcialmente el recurso de apelación, debiendo la cantidad por sobrecostes derivados de paralizaciones ser

50.273, 79 euros, en lugar de los 37.976,02 reconocidos en la sentencia apelada; desestimando el resto de los pedimentos.

SEXTO.- No procede hacer expresa imposición de las costas de este recurso, conforme a lo prevenido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil [REDACTED], revocando parcialmente la sentencia nº 173, de 18 de septiembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 26 de los de Madrid en el procedimiento ordinario 46/2017, en lo relativo la cantidad por sobrecostes derivados de paralizaciones, que en lugar de los 37.976,02 euros reconocidos en la sentencia apelada, deben ser 50.273,79 euros; desestimando el resto de los pedimentos; sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000-85-0981-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo “concepto” del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85-981-19 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- La extiendo yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy se entrega la anterior sentencia debidamente firmada por los Magistrados que la dictan, se publica la misma mediante firma de la presente conforme a lo establecido en el art. 204 de la LEC y se procede a su notificación a las partes. Así mismo llévese el original al archivo para sentencias, dejándose testimonio suficiente en autos, de lo que doy fe.

Madrid, 13 de febrero de 2.020