



Roj: **STSJ AND 8164/2019** - ECLI: **ES:TSJAND:2019:8164**

Id Cendoj: **29067330022019100267**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **13/03/2019**

Nº de Recurso: **119/2016**

Nº de Resolución: **797/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **SANTIAGO MACHO MACHO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

34

SENTENCIA N° 797/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN N° 119/2016

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOS

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Dª BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

Sección Funcional 2ª

En la ciudad de **Málaga**, a 13 de marzo de 2019.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en **Málaga** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 119/16, interpuesto por el Procurador Sr. Domingo Corpas, en nombre de SARDALLA ESPAÑOLA, S.A., defendida por el Letrado Sr. De la Iglesia Guerra, contra la sentencia 278/15, de 29 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número UNO de **Málaga** al procedimiento ordinario 701/11, compareciendo como apelado la **DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE MÁLAGA**, representada y asistida por Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. SANTIAGO MACHO MACHO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº UNO de **Málaga** dictó sentencia en el encabezamiento reseñada que desestima el recurso interpuesto por la parte ahora apelante.

SEGUNDO .- Contra la mencionada resolución, es interpuesto y sustanciado recurso de apelación con escrito del 28/10/2015, con base a los motivos que se exponen, pidiendo sentencia por la que, estimando el recurso, declare la nulidad de pleno derecho, o anule el Decreto de Presidencia nº 4.513 de 19 de septiembre de 2011, de la Excelentísima **Diputación Provincial de Málaga**, por la que se desestima el Recurso de Reposición interpuesto contra el Decreto de la Presidencia nº 3.562/2011, de 12 de julio, por el que se acuerda resolver el contrato para la ejecución de la obra OP-MAR- 1/10, así como cuantos actos posteriores relacionados con



su ejecución se hayan dictado, procediendo en este caso al reconocimiento del derecho de la recurrente a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos por tal actuación de la Excelentísima **Diputación de Málaga**, más los intereses correspondientes, ordenando su pago a la Administración Pública demandada, con expresa imposición de costas procesales a las demandadas si se opusiesen al presente.

TERCERO .- La parte apelada presentó escrito de oposición a la apelación el 9/12/15 exponiendo cuanto tiene por conveniente, para pedir dicte sentencia por la que confirme íntegramente la dictada en los presentes autos, con expresa imposición de costas de acuerdo con el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

CUARTO .- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado día trece.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº UNO de **MÁLAGA** dictó la sentencia n º 278/15, de 29 de septiembre , al procedimiento ordinario 701/11, que falla la desestimar del recurso interpuesto por la parte ahora apelante frente al Decreto de Presidencia nº 4513 de 19 de septiembre de 2011 de la **Diputación Provincial de Málaga** que desestima recurso de reposición planteado contra previo Decreto Nº 3.562/11 de 12 de julio en el que se acordaba resolver el contrato para ejecución de obra "OP MAR.-1/10 "Construcción del Sexto Vaso de Vertido (recrecimiento vasos 1 y 2) en el Centro de Residuos Sólidos Urbanos en el Complejo Medioambiental Valsequillo de Antequera", a la vez que: se ordena la incautación de la garantía constituida; se ordena la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista; y, la continuación de las obras por otro empresario, con carácter de urgencia.

SEGUNDO .-Frente a dicha resoluciiando:.-Frente a dicha sentencia la parte apelante alega, en síntesis:

- Antecedentes.-

1º.- Por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Antequera de 20 de julio de 2010, fue concedida Licencia Municipal de Obras a la **Diputación Provincial de Málaga**, demandada en este pleito ordinario, para la ejecución de la obra OP-MAR-1/ 10.- "Construcción del sexto vaso de vertido (recrecimiento vasos 1 y 2), en el Centro de Residuos Sólidos Urbanos en el Complejo Medioambiental de Valsequillo, en Antequera", con un presupuesto de ejecución material, según reza en la Licencia, de 1.165.050,65 €.

El 26 de julio de 2010 fue levantada Acta de Replanteo Previo, de la que resulta que " se ha podido comprobar la viabilidad del proyecto ", siendo autorizado un gasto por importe de 1.406.080,67 €.

2º.- Por Decreto nº 4.560/2010, de 5 de agosto de 2010, fueron aprobados el Proyecto, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y convocado el Procedimiento Abierto para la contratación de la obra mencionada en el ordinal anterior y objeto del presente Recurso Contencioso Administrativo, ascendiendo el presupuesto a 1.406.080,67 €, IVA incluido, según se ha expuesto, Pliego del que debemos destacar lo dispuesto en su Cláusula 3ª:

3.1.- *<Revestirán carácter contractual el presente Pliego, Memoria, Planos, Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, Cuadros de precios, Programa, Estudio de Seguridad y Salud o Básico, en su caso,> demás documentos del proyecto. En caso de discordancia entre el presente Pliego cualquiera de los restantes documentos contractuales, prevalecerá este Pliego y sus Anexos, en el que se contienen los derechos y obligaciones de los licitadores y del adjudicatario.*

3.2.- *En caso de discrepancia entre los documentos del Proyecto se atenderá al orden de prelación que establezca el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares que forma parte del mismo .Y en su defecto, el orden será el siguiente: Pliego, Presupuesto, Planos y Memoria '*

3º.- Presentada mi mandante a la licitación convocada y requerida, en relación con una eventual baja desproporcionada, fue enviado detallado informe, que justificaba convenientemente el importe ofertado, por lo que fue emitido Dictamen por la Jefa del Servicio de Contratación, con fecha de 23 de septiembre de 2010, en el sentido siguiente:

"La empresa hace referencia a todos los precios del presupuesto y justifica la baja en base a disminuir los gastos generales, beneficio industrial y costes indirectos por una parte y por otra la subcontrata con distintas empresa de las que presenta la oferta de ésta s".

Es decir, la recurrente justificó esa baja, precisamente, en prescindir del beneficio industrial y los costes indirectos, sin que ello afectase a la viabilidad del proyecto, tal y como éste se en con traba concebido en ese



momento, por lo que el Informe de la Jefa del Servicio concluyó que procedía la adjudicación a mi representada, que lo fue por Decreto de la Presidencia de 17 de noviembre de 2010, suscribiéndose el correspondiente Contrato Administrativo el 30 de noviembre de 2010, por un importe total de 819.323,21 f (694.341,70 € + 124.981,51 € de IVA) y seis meses de duración.

El día 16 de diciembre de 2010, fue aprobado el Plan de Seguridad y Salud presentado por SARDALLA ESPAÑOLA y el 20 de diciembre de 2010, tuvo lugar el Acta de Comprobación del Replanteo:

4º.- Iniciada la ejecución de la obra, en el primer capítulo del proyecto, por mi representada fueron observadas serias deficiencias en el mismo que afectaban a su viabilidad, por lo que el 4 de febrero de 2011, apenas iniciada la obra, en contra de lo que se manifiesta en la Sentencia que se recurre y según se puede comprobar al folio 281 del expediente, fue presentada ante la **Diputación** escrito del Jefe de Obra, D. Moises , poniendo en conocimiento del órgano de contratación la existencia de graves errores de medición, que habrían provocado un incremento del coste superior al 10% del presupuesto de adjudicación, solicitando que se estudiara conjuntamente la posibilidad de modificación del contrato, quedando a la espera de la **Diputación** para ver las alternativas posibles, según se expresa en el mismo, disponiendo la recurrente de los medios humanos y materiales necesarios para poder ejecutar la obra con éxito.

Ello resulta de suma relevancia, a la vista de lo resuelto en la Sentencia que se recurre, que ha efectuado una errónea valoración de la prueba practicada en la Instancia, puesto que tan pronto como la apelante, iniciada la ejecución de la obra, observó el defecto, y sin que existiese problema alguno en cuanto al plazo de ejecución, solicitó a la Administración contratante, Dirección Facultativa de la obra, que incoase el procedimiento normativamente establecido para la resolución del grave defecto observado en el Proyecto realizado por éstos.

Pues bien, dichas graves deficiencias comprobadas, consistían en lo siguiente:

1º.- Que la zona inicialmente prevista para las excavaciones, o bien tiene un espesor insuficiente de tierra apta para la realización de la obra, o bien está a una distancia muy superior a la prevista. En definitiva, 107.731 m³ de excavación carga y transporte a lugar de empleo, siendo valorado en un importe, incluyendo excavación de roca y otros supuestos, en 333.966 €, en porcentaje del 33,26%. Acudiendo al Proyecto, (folio 10 de la memoria y capítulo 1 del presupuesto).

2º.- Que existe una deficiencia en la medición del tubo de drenaje de diámetro 2.500 mm, previsto en el proyecto, puesto que se contemplaba un único tubo, cuando lo cierto es que el mismo debía ser doble, de modo que siendo el precio de ejecución material de 789,32, ello suponía un incremento en el presupuesto de ejecución material del proyecto del 19,94%.

5º.- En contestación a tal escrito, el 22 de febrero de 2011, fue remitido Burofax por parte del Jefe de la Unidad Técnica de R.S.U., D. Onesimo , Autor del Proyecto, notificado el 23 de febrero a mi poderdante, que en esencia manifestaba lo siguiente (folio 282):

' En este punto nº 1 se especifica: ni el espesor es insuficiente, no hay roca, ni tampoco están lejos del recinto según se expresa en el cuadro de precios".

En cuanto al nº 2 dice: Que existe una deficiencia en la medición del tubo de drenaje de diámetro 2.500 mm: contemplado en el proyecto; efectivamente hay un error en la medición que afecta al presupuesto de licitación del proyecto, pero está correcto en los planos y en la memoria del mismo.

En las conversaciones mantenidas con D. Jesús Manuel y D. Moises ambos pertenecientes a su empresa SARDALLA ESPAÑOLA, SA . se ha reconocido el error cometido y se ha intentado llegar a un acuerdo para poder iniciar los trámites para la autorización de hacer una modificación del proyecto, pero tras reiteradas e indistintas veces de reunión ha sido imposible llegar al mismo. motivado por la cantidad que reclaman. muy superior a la que nosotros consideramos "

En definitiva, en contra de lo que se manifiesta en la Sentencia que se recurre, ante una propuesta de mi mandante absolutamente conciliadora, de diálogo y de mutuo acuerdo en la solución de un desequilibrio económico manifiesto en la primera de las partidas de la ejecución de la obra y nada más dar comienzo a la misma, imputable exclusivamente a la Administración

contratante, según ha sido constatado en fase de prueba que el Juez de Instancia no ha entrado a valorar, como consecuencia de un error en el Proyecto y en el presupuesto asumido por la **Diputación** de **Málaga**, mi representada fue requerida para iniciar los trabajos en el plazo de cinco días, sin que por parte del órgano de contratación, ni por la Dirección Facultativa se diese solución alguna las deficiencias de Proyecto comprobadas.



Según se ha acreditado, las obras habían dado comienzo tras la firma del acta de replanteo, realizando catas en el terreno en las distintas zonas indicadas por la Dirección Facultativa y trabajos de limpieza del cauce del arroyo donde iban instalados posteriormente los tubos.

6º.- A medio de escrito presentado ante la **Diputación de Málaga** el 24 de febrero de 2011, con entrada en la misma el 1 de marzo de 2011 (folios 286 a 291) y, por tanto, dentro del plazo de cinco días concedido, se solicitó la modificación del contrato, la suspensión cautelar de la obra y la apertura de expediente de resolución de incidencias, por el grave desequilibrio económico ocasionado al contratista por los errores de medición y del proyecto, reconocidos por la propia **Diputación**, y la necesidad de modificación del contrato no imputable al contratista, con un enriquecimiento injusto de la Administración, aportando al efecto, Informe del Ingeniero de Caminos Canales y Puertos, D. Moises, que concluye que las deficiencias en el Proyecto suponen, nada menos, que un incremento del 30,15% sobre el presupuesto de adjudicación (folios 292 a 296).

De hecho, puede apreciarse en el folio 322 del Expediente Administrativo, la zona de actuación del contrato y en el folio siguiente, las catas efectuadas en dicha zona, resultando la imposibilidad de extraer tierra de ningún sitio, de modo que en todas las catas aparece basura de antiguos vertidos, bajo 30 cm de cobertura de tierra vegetal, lo que el Juzgador de instancia no ha tenido en cuenta.

Por la Dirección Facultativa se propuso que fuesen efectuadas catas en otras zonas distintas de la de actuación del contrato, según se refiere en el folio 325, resultando que en las señaladas sólo existía roca, por lo que no resultaba viable su extracción, o materiales inapropiados para la ejecución del terraplén.

7º.- Pues bien, obviando los precitados, problemas, ante la propuesta conciliadora de la demandante, de diálogo y de mutuo acuerdo en la solución de un desequilibrio económico injusto, sin dar respuesta a la misma, a medio de Decreto de la Presidencia nº 2.334, de 28 de abril de 2011, fue iniciado por la **Diputación de Málaga** expediente de resolución contractual, otorgando a la recurrente diez días naturales para la formulación de alegaciones.

De hecho, el informe emitido por los redactores del Proyecto, que consta a los folios 299 a 301, evidencia que la unidad de obra correspondiente al movimiento de tierras, sería viable aplicando al precio del proyecto por ellos realizado, el 13% de gastos generales y el 6% del beneficio industrial, lo que supondría, según dichos técnicos redactores, un incremento del 23%. Obviamente, desconoce este informe que el presupuesto y el descompuesto de precios, deben ser considerados "a origen". De hecho, si a éstos le aplicásemos el IVA, el incremento sería aún mayor. En definitiva, su argumento resulta, cuando menos, "desafortunado", puesto que los Gastos Generales, como dichos técnicos debieran saber, responden a otros conceptos distintos.

Pues bien, el expediente se inicia, según se expresa en el mismo, por *"la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista"* y *"al incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales"*.

Comunicado a SARDALLA ESPAÑOLA el inicio del expediente de resolución contractual, por ésta se formuló expresa oposición al mismo, acompañando reportaje fotográfico en el que puede apreciarse el comienzo de los trabajos, según se ha expuesto.

Emitido Informe por D. Onesimo, uno de los autores del Proyecto, se reconoce ya una desviación en el presupuesto del 13,8545%, desviación que fue realmente muy superior, volviendo a insistir en el peregrino razonamiento según el cual, añadiendo Gastos Generales y Beneficio Industrial, las partidas cuestionadas serían viables, cuando es lo cierto que las mediciones, en Proyecto, deben realizarse a origen, ya que los Gastos Generales (luz de obra, casetas para los obreros, señalización, agua de obra, etc) y el Beneficio Industrial, responden a otros conceptos que no son los de ejecución material

De lo que no cabe duda es de que el mismo reconoce las deficiencias del Proyecto puestas de manifiesto por la apelante.

Por Decreto de la Presidencia de 12 de julio de 2011, se acordó resolver el contrato, incautando el aval por importe de 34.718 € y proceder, en su caso, a la comprobación, medición y liquidación ejecutadas, que hasta el momento no ha tenido lugar.

Formulado Recurso de Reposición por la actora contra el aludido Decreto de la **Diputación de Málaga**, el mismo fue desestimado por el Decreto de Presidencia nº 4.513 de 19 de septiembre de 2011, contra el que se dirige el presente Recurso Jurisdiccional.

7º.- Por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de los de **Málaga**, dictada el 29 de septiembre de 2015, se desestimó el Recurso formulado por mi poderdante, confirmando el acto recurrido en todos sus términos, contra la que se formula el presente Recurso de Apelación - que la decisión judicial recurrida es errónea y contraria a la legalidad de aplicación, en cuanto desestima el Recurso formulado por

esta parte, por lo que, obviamente, no puede ser válidamente mantenida en Derecho, al haber incurrido en una errónea valoración de la prueba y en una incorrecta interpretación del Ordenamiento Jurídico de aplicación.

-Entiende esta parte que la Sentencia que ahora apelamos ha incurrido en una valoración de la prueba ilógica, irracional, infundada y arbitraria, fundando la desestimación del Recurso, según se reconoce expresamente en el Fundamento de Derecho Tercero, en "la prueba de presunciones", que le lleva a considerar un "fraude de ley" la conducta de mi poderdante, cuando ésta actuó en todo momento, en aras de la solución del problema planteado por el deficiente proyecto de la Administración Pública demandada, error que no sólo es evidenciado por esta parte, sino reconocido por el Jefe de la Unidad Técnica de la **Diputación de Málaga** al folio 282 del expediente Administrativo al menos en lo referente a la medición del tubo, en su informe de 22 de febrero de 2011, esto es, pocos días después a la solicitud de mi mandante para la solución de las incidencias detectadas.

En este sentido, lo irrazonable en la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez de Instancia, le lleva a afirmar en el mismo Fundamento de Derecho Tercero que los postulados de la apelante se fundamentaban en el "error de elección del tubo de drenaje de diámetro 2500 contemplado en el Proyecto", cuando es lo cierto que el error no lo era en la elección, sino que en dicho Proyecto se contemplaba un único tubo, cuando el mismo debía ser doble. Tal afirmación hecha a la ligera por el Juez de Instancia, sea dicho con el máximo de los respetos y en términos de defensa, evidencia la valoración errónea de la prueba, puesto que estamos hablando de un tubo de 2 metros y medio de diámetro (para que nos hagamos una idea de su envergadura, en el que entra una persona de pie), no de una canalización ligera, con el impacto que ello tiene en la medición.

Así, según se ha mencionado precedentemente, la obra adjudicada a la demandante consistía en la ejecución de un sexto vaso de vertido, recreciendo los ya existentes nº 1 y 2 y zonas adyacentes, que fueron presellados con cobertura de tierras, en el Centro de Residuos Sólidos Urbanos en el Complejo Medioambiental de Valsequillo, en Antequera.

Según menciona la Sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho Tercero:

"a plicando los criterios probatorios de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/ 2000 y en concreto la prueba de presunciones considera este juzgador que la parte actora incurrió consciente y al tiempo deliberadamente en un fraude de Ley apoyando al tiempo en un abuso de derecho en aras de su interés particular y por ello en las siguientes razones. (...) Sin embargo lo anteriormente expuesto no puede obviar que, a dichas fechas habían transcurrido dos de los seis meses de ejecución previstos y pactados en contrato (cláusula 6. 1 del contrato contenida en el folio 13, en relación con el folio 27 -documento nº 5) y que la recurrente no había realizado apenas parte del trabajo pactado cuyo presupuesto de ejecución 1.406.080,67 euros pues presentó, solo al tiempo de la demanda pero nunca antes pues no consta en el expediente administrativo, una factura por trabajos realizados en dichos dos meses de tan solo 2,358,31 euros (documento n 1 de la demanda) "

Pues bien, la mencionada valoración llevada a cabo por el Juez de Instancia resulta, cuando menos errónea y desconoce la dinámica de los contratos de obra y de las certificaciones.

Así, del propio interrogatorio de la Administración, esta parte ha acreditado con el control de entradas y salidas del recinto en Antequera de la **Diputación de Málaga** donde tenían que ejecutarse las obras, las numerosas entradas y salidas de operarios de SARDESA y de ALEJASA, para la ejecución de la obra del vaso nuevo, según reza el control de entrada, al menos el 3, 4, 5, 7, 10, 11, 12, 13, 18, 20 de enero de 2011. Lo que no puede desconocerse es que la factura no puede constar en el expediente administrativo, puesto que no se trataba de una certificación de obra, sino de una factura de un subcontratista que obedece a una relación jurídico privada entre las dos partes.

Pero es que, además de las dos unidades objeto de controversia, la primera de las es la Unidad 1.02, correspondiente con la segunda unidad a ejecutar en el proyecto, sobre un total de 100 unidades divididas en 11 capítulos, que se trataba del " *Relleno extendido y apisonado a cielo abierto, de tierra: propias excavadas en el recinto y transportadas al lugar de empleo por medios mecánicos, en tongadas de 30 cm. de espesor, hasta conseguir un grado de compactación del 98% del proctor modificado, incluso regado de las mismas y refino de taludes, y con p.p. de medios auxiliares* ', que se trata de una actividad. crítica, o lo que es lo mismo, mientras esa unidad no se ejecute las siguientes partidas son irrealizables, puesto que dependen de la ejecución de aquélla para proceder a su inicio.

O, dicho de otro modo, si nos encontrásemos con la ejecución del edificio, resulta obvio que, existiendo un problema de cimientos, no puede seguirse su ejecución sin previa solución, con la ejecución de los forjados o de la cubierta.

Pero es que, en este extremo, el Juez de Instancia debería haber advertido que la unidad precedente, la 1.01, tenía un presupuesto de ejecución de 3.034 €, y se trataba, precisamente, del desbroce y limpieza superficial del terreno, limpieza que, justamente, se encuentra incluida entre los conceptos de la factura emitida.



En este sentido, el interrogatorio de la Administración deja perfecta y meridianamente claro que en las primeras certificaciones de obra emitidas por "SERGIO PÉREZ LÓPEZ", las obras ejecutadas correspondieron al "Movimiento de tierras y obras complementarias", justo dónde el error del Proyecto de la **Diputación** era palmario.

Afirma, igualmente, el Juez de Instancia que " *es más que presumible que, sabedora la recurrente de la negativa de la administración a aceptar la cuestión del lugar de la excavación (. .)* ' Pues bien, nuevamente incurre en un error en la valoración de la prueba, puesto que el "lugar de la excavación" estaba predeterminado en el Proyecto.

Pues bien, iniciados los trabajos de excavación y realizadas las catas correspondientes por mi representada, es cuando se revela que en el lugar proyectado no existían las tierras que se mencionaban en el Proyecto.

Así, el punto 3.3 de la Memoria, hacia referencia a trabajos de acondicionamiento sobre los vasos 1 y 2 y las zonas adyacentes, con la finalidad de realizar el sexto vaso.

Si se observa la imagen, Google Earth, se puede apreciar que los trazados de color rojo, delimitan la superficie, de los vasos 1 y 2, y de la zona adyacente, zona de actuación, según el Proyecto que tenía que ejecutar la actora (de hecho todos y cada uno de los planos que existen en proyecto acotan el ámbito de actuación a la misma): (...)

Los trazados de color Amarillo, delimitan la superficie, propiedad de la **Diputación Provincial de Málaga**.

Según el Proyecto inicial, debían extraerse tierras de la Zona de Actuación (39.700 más 20.075 m³) y a continuación, utilizar las mismas para formar los diques y el fondo de vaso, que requerían esa cantidad de tierras.

Por ello, en contra de lo que erróneamente manifiesta el Juez de Instancia, la contratista informó al órgano de contratación que lo que obra en su Proyecto es erróneo e inviable, puesto que en la zona señalada para efectuar el acopio de tierras, éstas llanamente no existen, siendo responsabilidad del órgano de contratación la veracidad de lo que se recoge en su Proyecto.

Por ello, descartada la zona de "excavación" por inadecuada, ello motivó que en el procedimiento de licitación posterior, dicha partida 1.02 fue modificada, como se ha acreditado por esta parte, que pasó a tener el siguiente tenor:

*' Relleno extendido y apisonado a cielo abierto, de tierras propias excavadas dentro de la propiedad de **Diputación de Málaga** en Valsequillo y transportadas al lugar de empleo (incluido la carga y excavación de las mismas), por medios mecánicos, en tongadas de 30 cm. de espesor, hasta conseguir un grado de compactación del 98% del proctor modificado, incluso regado de las mismas y refino de taludes, y con p.p. de medios auxiliares '*

Y, si bien es cierto que en esta nueva licitación el Presupuesto de Ejecución material no se vio alterado, curiosamente, mediante procedimiento negociado sin publicidad, con un nuevo Proyecto en el que fueron subsanados los errores en las partidas cuestionadas por la recurrente, al punto que las Empresas que habían concurrido al mismo procedimiento de licitación que la recurrente, no mantuvieron, como consecuencia de dichas modificaciones, la oferta realizada precedentemente, aumentando todos ellos la oferta del proceso de licitación inicial.

Así, resulta de suma importancia que el Informe del Técnico redactor del proyecto y Director Facultativo de la obra, D. Onesimo , que obra a los folios 89 y 90 del expediente ampliado, manifiesta que ha modificado el texto de tres partidas del proyecto original, modificaciones que subsanan las deficiencias de su proyecto, que mi poderdante, Sardalla Española venía reclamando desde el inicio de las obras.

Por ello, cuando el Juez de Instancia afirma que se trató de " *algunos meros cambios o matizaciones en cuanto a la, expresión de la, ubicación de los trabajos pero dentro de la, finca propiedad de la **Diputación Provincial de Málaga*** ', ello evidencia lo erróneo y desatinado de su razonamiento, sea dicho con el máximo de los respetos y en términos de defensa, puesto que esos " *meros cambios o matizaciones* ", implicaron, nada menos, que ampliar el ámbito de búsqueda de 7,8 hectáreas, 78.500 m² (Recinto) a 200 hectáreas, 2.000.000 m² (Finca propiedad de la **Diputación Provincial**), lo que en un capítulo como es el movimiento de tierras y su traslado, obviamente, tiene un impacto considerable.

Pero es que, a mayores, para localizar las tierras necesarias tuvieron que acudir también a las obras del metro, al no ser suficientes las existentes dentro de la propiedad de la Administración Pública demandada, y así ha sido reconocido en fase de prueba, puesto que hubieron de traerse tierras de la obra de construcción del AVE **Málaga-Granada**, según se explica por conveniencia de ambos contratistas, sin incremento económico alguno para la **Diputación**, eso sí, tras haber modificado el Proyecto en el sentido de incluir el transporte en la partida relativa al "movimiento de tierras", que no se encontraba contemplado en el adjudicado a la actora.



Pues bien, esos meros "cambios o matizaciones", suponen una ampliación en 25 veces más el ámbito de búsqueda de extracción de las tierras necesarias para acometer la obra y esa distancia debe ser asumida en el precio unitario contractual, como reiteradamente solicitó mi mandante.

Y ello, resulta obvio, puesto que para ejecutar esta unidad de obra, según se puede observar en el cuadro de precios número 2, se necesitan los siguientes medios: Peón ordinario, Retroexcavadora, Camión basculante, Motoniveladora, Rodillo Vibrante y cisterna de agua. El licitador, ahora sabe que, por cada m3, de localización, extracción y transporte de las tierras al lugar de empleo, debe asumir un mayor número de horas en medios humanos y maquinaria empleada, así como un aumento considerable en el combustible empleado.

En cuanto a la deficiencia del tubo, se menciona en el Fundamento de Derecho Tercero, textualmente lo siguiente:

"De la diferencia de valoración del coste a subsanar el error del proyecto en cuanto al tubo de drenaje por fa conversaciones mantenidas por ambas partes. . . también era perfecta conocedora que no iba a poder cumplir con la ejecución de los trabajos en los seis meses previstos en contrato a contar desde el acta de replanteo pues ya había transcurrido ni más ni menos, que un tercio del plazo de ejecución ".

Pues bien, dicha afirmación se contradice con la prueba practicada. Y ello, toda vez que según obra al folio 282 del expediente, el 22 de febrero de 2011 la Administración Pública recurrida ya reconoce su error. De hecho, se manifiesta textualmente por el Jefe de la Unidad Técnica de la **Diputación**, D. Onesimo :

" En las conversaciones mantenidas con D. Jesús Manuel y D. Moises ambos pertenecientes a su empresa SARDALLA ESPAÑOLA , SA. se ha reconocido el error cometido y se ha intentado llegar a un acuerdo para poder iniciar los trámites para la autorización de hacer un modificado del proyecto, pero tras reiteradas e indistintas veces de reunión ha sido imposible llegar al mismo, motivado por la cantidad que reclaman, muy superior a la que nosotros consideramos ' .

Es decir, a los dos meses de iniciarse la obra, se reconoce por la Administración Pública demandada la existencia del error y la necesidad de subsanar el mismo, sin que llegase a realizarse trámite alguno por ésta, iniciando, sin más, el expediente de resolución del contrato, recordemos, respecto a un tubo que no es una cuestión accesoria, sino un tubo de un diámetro de 2 metros y medio, para canalizar un río.

Pues bien, habida cuenta que se trataba de duplicar los metros lineales de tubo, no como erróneamente manifiesta el Juez de Instancia un mero cambio de elección, conforme al cuadro de precios unitarios de la Unidad 2.01., ese cambio tiene un impacto tal que pasamos de 1 x 195 metros x 798,32 €/m2 =153.917,40 €, a 2 x 195 metros x 798,32 €/ metro= 311.344,48 €.

Como puede observarse, este incremento no se trata de un capricho de la actora, sino de una necesidad real e imperiosa de la obra, para el buen fin de la misma, hecho que fue advertido a la Administración contratante con la suficiente antelación.

De hecho, si bien es cierto, que el precio unitario existe y, p o r lo tanto, se dan los criterios establecidos para que el órgano de contratación disponga de la liquidación para asumir ese aumento de medición, a través de las certificaciones mensuales de obra, también es cierto que se dan los criterios objetivos de que tal aumento de medición rebasa el límite legal del 10 por ciento, establecido por Ley, por lo que debió haberse tramitado el modificado del Proyecto, conforme se menciona en el requerimiento efectuado por el Jefe de la Unidad Técnica antes aludido, lo que se trata de una mera cuestión aritmética.

Así, la Dirección Facultativa tendría que haber aprobado un precio conforme a la medición real y aplicando el precio unitario, esto es, metros lineales a ejecutar y multiplicarlos por el precio unitario contractual, conforme se ha expresado anteriormente. Pues bien, el citado aumento de medición necesario, 153.917, 40 €, repercutido al presupuesto de ejecución material, de 1.001.339, 32 €, representa un incremento del 15, 37%.

Pues bien, a tenor de lo dispuesto en la cláusula 23 del pliego de cláusulas administrativas que rige la contratación, relativa a la modificación del contrato de obras, " cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia con las actuaciones previstas en el Art. 217.3 de la LCSP " .

Así, como consta en el expediente administrativo, el 22 de febrero de 2011 la Administración ya era consciente de la necesidad de modificar el contrato, por lo que el fraude de ley que el Juez de Instancia imputa a esta parte, es perfectamente predicable de la **Diputación** recurrida, puesto que conocedora de dicho límite y por imperio legal, debería haber tramitado el oportuno contrato modificado de obras, procediendo, sin embargo, a resolver el contrato, y promover una segunda licitación subsanando dichos defectos y cercenando los derechos de mi representada.



En este sentido, carece de toda lógica, por irracional y arbitraria, en una apreciación mucho más allá de una mera "presunción", dicho sea en términos de defensa, la afirmación realizada por el Juzgador, cuando manifiesta textualmente lo siguiente:

" Por ello, para lograr la suspensión del contrato y evitar resoluciones del mismo que no fueran a su instancia y que le fuera anunciada su posibilidad en el documento antes señalado solicito con anticipación claramente fraudulenta dicho expediente incidental de solución de divergencias las cuales sabía a ciencia cierta que no se iban a subsanar pero con la más visible voluntad de paralizar el contrato, al tiempo que forzar una modificación que no era viable y sobre la que no procedía la revisión de precios tal como ordenaba la cláusula quinta del contrato "

Como se ha acreditado, la recurrente no persiguió la suspensión del contrato, cuya ejecución era perfectamente viable cuando le hizo los requerimientos pertinentes a la Administración. Ello es obvio, puesto que, si las tierras para acometer la obra hubiesen estado en el ámbito de actuación previsto en el proyecto y los metros lineales de tubería necesarios para realizar la conexión también lo fuesen, existiría, efectivamente, una voluntad dilatoria.

Nada más lejos de la realidad: existiendo tales problemas de tan importante calado en la génesis misma de la ejecución de la obra, la Administración debió haber procedido a subsanarlos.

Sin embargo, la realidad es que la continuación de la obra fue imposible, por las circunstancias expuestas ajenas del todo al contratista, y sí al órgano de contratación, que debió haber procedido a solventar tales incongruencias:

Las partidas, 1.02 y 2.01, situadas al comienzo del presupuesto, actividades críticas, imposibilitaban el inicio de las posteriores.

Las imprecisiones de las mismas, están claras y son perfectamente comprobables, como acredita el hecho de que las mismas fuesen subsanadas en la siguiente licitación y que ninguno de los licitadores mantuviese su oferta inicial, antes bien, todos procedieron a incrementarla.

Los límites porcentuales establecidos por Ley, exceden el 10 % del precio primitivo del contrato.

Pero es que, además de lo expuesto, el error en la valoración de la e prueba es evidente, toda vez que la afirmación de que la modificación contractual no era viable, liza con el reiterado folio 282 antes citado, en el que los técnicos redactores confirman la necesidad de su tramitación.

Por otro lado, no acertamos a comprender la referencia a la "revisión de precios" a la que se alude, que nada tiene que ver en este caso. Obviamente, la revisión de precios sólo procede en contratos superiores al año de ejecución, lo que no es el caso, por lo tanto, ni procede, ni esta parte reclamó nunca revisión de precios alguna.

Pues bien, el Juzgador de Instancia afirma *" que ante tal situación, se tuvo que resolver el contrato y realizar una nueva licitación y posterior adjudicación por el procedimiento negociado en la, que el precio de adjudicación con algunos meros cambios o matizaciones en cuanto a la expresión de la, ubicación de los trabajos pero dentro de la finca propiedad de la **Diputación Provincial de Málaga** "*, lo que, a la vista de la prueba practicada, interrogatorio de la Administración, no es cierto, llegando a necesitarse incluso tierras de las obras del AVE, que se estaban llevando a cabo en un lugar cercano al recinto de la **Diputación**.

Por este motivo, el contrato no tendría que haberse resuelto, sino que tendría que haberse modificado, puesto que resulta obvio que, si las tierras necesarias hubieran existido en el ámbito de actuación contractualmente previsto de 78.500 m² y la medición real de los metros lineales de tubería a emplear hubieran estado en el proyecto, tal problema no habría existido, vulnerándose con ello la Ley de Contratos del Sector Público.

De hecho, la errónea valoración llevada a cabo por el Juez de Instancia, le lleva a afirmar que mi mandante nunca *" instó ni con urgencia ni con carácter previo a una eventual modificación, pues nada se recoge literalmente del documento nº 31 del expediente administrativo "*, cuando de la simple lectura del documento nº 29, que obra al folio 281, la consecuencia es justamente la contraria.

Es más, en el interrogatorio de la Administración, se reconoce expresamente por ésta que la apelante presentó precios contradictorios no admitidos por la **Diputación de Málaga**, eso sí, adjudicando posteriormente a la Mercantil "SERGIO PÉREZ LOPEZ" el contrato en un nuevo proceso de Licitación, por un precio superior al ofertado por la recurrente en dichos precios contradictorios.

No puede olvidarse que las deficiencias son corregidas en el Proyecto que es objeto de la segunda licitación, que se concreta en lo siguiente:



*Relleno apisonado a cielo abierto por medios mecanicos: En la leyenda de esta partida ha incluido entre paréntesis (incluso la carga y excavación de las mismas), y se ha modificado la relación a "dentro de la propiedad de **Diputación de Málaga** en Valsequillo", ampliando la zona en el siguiente sentido : " Ampliando la zona del recinto de las obras a la propiedad de **Diputación de Malaga** en Valsequillo, para localizar las tierras necesarias", quedando acreditado con estas modificaciones, que esta partida carecía de la previsión de dichos trabajos de excavación y carga solicitados por SARDALLA.

*TUBO DOBLE PVC RIDIDO REFORZADO D= 2500 mm.

Como se observa, D. Onesimo , ha modificado el enunciado de la partida y su texto, colocando doble en el enunciado y en el texto, dejando clara la deficiencia del proyecto inicial.

Pues bien, cambiando el texto de estas dos partidas, ha corregido textualmente los errores de su proyecto original, ya que prevalece el texto de la partida, frente a su descompuesto, y a ello no obsta que no haya variado el presupuesto de licitación, puesto que la oferta de mi representada se adecuaba al Proyecto conforme fue previsto por los técnicos de la **Diputación**, tanto en lo referente a los materiales como al tubo proyectado por los Técnicos.

Así fue corroborado por el Perito que depuso a presencia judicial a instancias de esta parte, D. Secundino , según el cual, el Proyecto, tal y como estaba previsto y adjudicado a SARDELLA, era perfectamente viable, es decir, con "tierras excavadas en el propio recinto" de la **Diputación**, pero obviamente, con las deficiencias en el mismo, ello no era posible, puesto que el material encontrado no era idóneo para la ejecución del terraplén.

Ahora bien, con los cambios en el proyecto original, la oferta mas ventajosa en el segundo proceso de licitación para la ejecución de los trabajos fue de la empresa invitada "CONSTRUCCIONES SERGIO PÉREZ LÓPEZ, S.A", por un importe 994.994,99 € + IVA.

Comparando el importe de adjudicación de "SARDALLA ESPAÑOLA, S.A." (694.341,70€ + IVA), con el mencionado de la Mercantil CONSTRUCCIONES SERGIO PÉREZ LÓPEZ, S.A, el incremento sobre el presupuesto inicial de adjudicación es del 43,30 %, por el simple hecho de subsanar las deficiencias apuntadas por mi poderdante, porcentaje nada desdeñable, y que nada tiene que ver con la desviación en el presupuesto del 13,8545% al que hace referencia D. Onesimo , autor del Proyecto, en su Informe que obra a los folios 336 a 340.

Según queda patente en el expediente administrativo, la recurrente se comprometió a subsanar dichas deficiencias de proyecto, con el aumento del presupuesto de ejecución en un 30,15 %, es decir, por importe total de 903.685,72 € (folios 286y siguientes).

En definitiva, la intransigente postura del Jefe de la Unidad Técnica de RSU, el Sr. Onesimo de no reconocer su error en el Proyecto y su negativa reiterada a solicitar al órgano de contratación la tramitación de un modificado, pese a manifestar la necesidad de la modificación del mismo (folio 282) y, en cualquier caso, a solventar dichos errores técnicos, tal y como le solicitaba la demandante, SARDALLA ESPAÑOLA, le han causado graves perjuicios a ésta, al haberse procedido a resolver el contrato de obra, pero también a la Administración Pública demandada, puesto que la adjudicación de la obra a la Sociedad "SERGIO PÉREZ LÓPEZ", ha supuesto un incremento de la nada desdeñable cantidad del 13,15 % sobre el Presupuesto de ampliación que solicitaba la recurrente, error que no ha tenido más remedio que reconocer y solventar en la nueva adjudicación.

En este sentido, si bien es cierto que el presupuesto de licitación no sufrió alteración alguna, sí lo hizo el presupuesto de ejecución de la obra, es decir, el presupuesto por el que finalmente la obra fue ejecutada por el contratista. adjudicatario, lo que resulta de suma importancia en este caso, puesto que aritméticamente dicho incremento importaba el 43,30 %, según se ha expuesto.

En consecuencia y de la deficiente valoración de la prueba por parte del Juez de Instancia, resulta que las causas de resolución alegadas por la Administración Pública demandada, que fueron una eventual " *demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista* " y " *al incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales* ", no pueden entenderse acreditadas, porque no se ha producido un incumplimiento grave y reiterado por parte del contratista, antes bien, procedió con la mayor diligencia y buena fe, en orden a ejecutar la obra proyectada, siendo la Dirección Facultativa la única responsable tanto en una eventual demora, como en la falta de diligencia en orden a solventar los importantes defectos existentes en el Proyecto.

Así resulta constatado en el Interrogatorio de Parte, cuándo la propia **Diputación** recurrida reconoce que no admitió los Precios Contradictorios ofertados por mi mandante, en contra de lo que manifiesta la Sentencia que se recurre en su Fundamentación Jurídica, procediendo a continuación a adjudicar el contrato por un precio superior, lo que va incluso en contra de los propios intereses generales.



En este sentido, merece la pena resaltar que en el folio 1 del expediente ampliado, se manifiesta precisamente por D. Onesimo que el libro de obra no fue entregado a SARDALLA por no comienzo de la misma, lo cual, según se ha acreditado resulta falso, tanto por el listado de las personas que accedieron a los terrenos de propiedad de la **Diputación**, como por la declaración del legal representante de ALEJASA de modo que precisamente D. Onesimo, autor del deficiente proyecto y Director Facultativo de la obra, no procedió a hacer indicación alguna, respecto al lugar donde tenían que comenzarse los trabajos por mi mandante, puesto que recordemos, la deficiencia principal, se encontraba en el Capítulo 1º.

En cualquier caso, hay que destacar que no basta cualquier incumplimiento de las obligaciones esenciales por pequeño que sea, pues la jurisprudencia es más exigente para admitir que concurre una causa de resolución del contrato, por lo que hay que ponderar con la debida proporción el efectivo alcance y dimensión del incumplimiento, lo que en este caso no ha acontecido. Podemos afirmar que los Técnicos de la **Diputación de Málaga** y, consiguientemente, ésta, lo que han pretendido es acabar con el contrato para eludir sus responsabilidades en relación con la redacción deficiente del Proyecto, que, por cierto, tampoco contribuyó a solventar, según ella misma reconoce.

Según consta en el expediente administrativo, lo cual no ha sido tenido en cuenta por el Juez de Instancia, el 24 de febrero de 2011 (documento nº 31), fue solicitado por la recurrente la modificación del contrato, la suspensión cautelar del mismo y la apertura de expediente de resolución de incidencias y la suspensión cautelar de los trabajos (otrosí digo del escrito), que debió ser incoado por la Administración contratante, concediendo a mi poderdante el oportuno trámite de audiencia, y, ante la gravedad del desvío económico y la imposibilidad de realizar las excavaciones, decretar la "Suspensión Cautelar" del contrato, ya que la continuidad en su ejecución conllevarla, con toda seguridad, graves perjuicios económicos para la adjudicataria, lo que queda corroborado por la adjudicación efectuada posteriormente (obviamente, el órgano de contratación no puede certificar un incremento de obra por encima del 10%, siendo la desviación por los defectos del Proyecto muy superior).

En todo caso, de no ser así la Dirección Facultativa debió dar las instrucciones oportunas, según fue solicitado expresamente por la actora, en relación al lugar donde habrían de tener lugar las excavaciones. Como ésta misma reconoce en su Informe de 26 de julio de 2012, no fue entregado "libro de órdenes" y, consiguientemente, no se dieron las indicaciones oportunas al respecto.

En definitiva, la Excelentísima **Diputación de Málaga** vulneró flagrantemente lo dispuesto en el art. 97 del Real Decreto 1.098/ 2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que regula la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos, puesto que no se dieron instrucciones precisas por la dirección facultativa de los términos en los que tenía que ejecutarse el contrato, ni se inició el expediente de resolución de incidencias, que hubiese ofrecido una solución rápida y garantista para ambas partes, con la suspensión cautelar del contrato hasta la resolución de aquellas incidencias, el órgano de contratación procedió a iniciar expediente de resolución de contrato, en un claro "Abuso de Derecho".

Esa falta de actividad de la Administración, estimando o desestimando nuestra solicitud, que, a falta de resolución expresa debe entenderse concedida, no puede volverse en contra de la contratista, que actuó en todo momento de "Buena Fe", en contra de lo que manifiesta el Juez de Instancia, fundado en un análisis de la prueba totalmente errónea y desenfocada, sea dicho con el máximo de los respetos, puesto que el silencio administrativo ha de ser excepcional, de modo que, viniendo la Administración obligada a resolver y contestar las solicitudes, máxime cuando son planteadas por un contratista, adjudicatario de una licitación pública, y siempre en aras del interés público, ésta no actuó con la "diligencia debida", de modo que ello no puede tomarse en causa de resolución del contrato de mi poderdante.

Pues bien, acreditado un desvío económico del 43,30%/4, ello obligaba a la Administración Pública demandada a la suspensión del contrato, siendo el mismo de 300.653 € + IVA, y no los 81.294,12 € manifestados por el Técnico Autor del Proyecto, defecto que afectaba al presupuesto, pero correcto en planos y memoria, debiendo primar el presupuesto, por aplicación de la cláusula 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

En consecuencia, resultando evidente el error en el Proyecto redactado por los Técnicos de la **Diputación Provincial** corregido en la adjudicación posterior, error que no puede ni debe ser imputable al contratista, debe concluirse que ésta no tiene la obligación de asumir sin la justa compensación económica, un impacto directo en los costes de ejecución. De hecho, el órgano de contratación debió acordar, incluso de oficio, el inicio de los trámites para modificar el proyecto y, consecuentemente, el contrato administrativo, lo que no aconteció, pese al diligente requerimiento expreso de mi poderdante.

Por ello, debió acordarse la suspensión del contrato por parte de la **Diputación de Málaga** que, en un acto de irresponsabilidad administrativa y abuso de derecho, no sólo no decretó la mencionada suspensión,



iniciando expediente para dirimir las incidencias detectadas, sino que ha resuelto el contrato por una pretendida "culpabilidad" de mi mandante, que ha actuado en todo momento con un espíritu conciliador y dispuesta a llegar a una solución rápida y amistosa, cuando toda negligencia y culpa ha sido de la **Diputación**, por un Proyecto Técnico con graves deficiencias, y unas zonas de excavaciones incorrectas y no bien definidas.

Por lo que se refiere al mencionado error imputable al órgano de contratación, en relación con la ubicación elegida para la excavación, ésta resulta de suma gravedad, máxime teniendo en cuenta que, según el responsable del contrato era precisamente el Jefe de la Unidad Técnica de RSU, a quien se le presupone un correcto conocimiento de la zona sobre la que debían ejecutarse los trabajos, o, cuando menos, la existencia de unas "catas previas" a la redacción del Proyecto.

Sin embargo, ello no ha sido así. Efectivamente, en la zona se ha constatado un espesor insuficiente o distancia muy superior a la prevista, hecho cierto y constatado con los Técnicos de la **Diputación**. Habiéndose realizado unas catas en las proximidades de la obra para poder paliar la falta de medición de la excavación en el Proyecto, una vez dieron comienzo los trabajos de ejecución de la obra, se pudo comprobar que el espesor del terreno excavable era claramente insuficiente.

Pero es más, aún modificada dicha partida en la nueva adjudicación a la Mercantil codemandada, la tierra fue insuficiente y hubo de acudir a las obras del AVE, es decir, a terrenos ajenos a la propiedad de la **Diputación Provincial de Málaga**.

Por otro lado, la necesidad de colocar 197 metros lineales de tubo de 2,5 metros de diámetro, reiteramos, en el que incluso entra un camión, entendemos, en contra de lo que roa016esta el Juez de Instancia (que interpretó que era un error de "elección", no de medición), que excede notablemente ese "algunos meros cambios o matizaciones" a que se refiere la Sentencia, insistimos.

Dichas circunstancias, pese al requerimiento escrito de la actora, hasta en dos ocasiones, nunca fue resuelto por los técnicos del órgano de contratación, ni por el presunto responsable del contrato, que se limitó a indicar la resolución del mismo, ni por ningún otro.

Esa falta de decreto de inicio de expediente de modificación de contrato, evidencia el "incumplimiento" por parte de la **Diputación de Málaga**, puesto que, habiendo reconocido un error en el Presupuesto respecto al tubo de drenaje, ni tan siquiera ha iniciado expediente de modificación de contrato, en una absoluta inactividad y falta de diligencia que, sin embargo, sí ha demostrado gran celeridad en la redacción de un Decreto de inicio de expediente de resolución contractual, sin base jurídica ni justificación, puesto que todas las manifestaciones de la recurrente, se han visto confirmadas en la nueva adjudicación efectuada a la codemandada, "Construcciones Sergio Pérez, S.A."

En este sentido, mi poderdante sigue insistiendo en la falta de legitimación del Jefe de la Unidad Técnica de Residuos, auténtico origen del expediente de resolución contractual, puesto que, pese a lo que se manifiesta en el Informe emitido por la Jefa del Servicio de Contratación de la **Diputación de Málaga**, en el sentido de que éste fue designado el 5 de agosto de 2010 como responsable del contrato, dicha designación no se encuentra incorporada al expediente administrativo remitido al Juzgado .

En cualquier caso, entendemos que supone una irregularidad administrativa, no sólo la falta de notificación del nombramiento del Responsable del contrato, sino que el Decreto de nombramiento tenga fecha de 5 de agosto de 2010, cuando ni tan siquiera existía tal contrato del que se le nombraba responsable. En definitiva, el Sr. Onesimo , según parece fue nombrado responsable de un contrato que aún no existía y que se firmó cuatro meses más tarde.

A ello no obsta, como se desprende de la Resolución recurrida, que el Sr. Onesimo aparezca en el Acta de Comprobación del Replanteo, puesto que su firma no lo es en calidad de "Jefe de Obra", como erróneamente se afirma en la misma, en la que sí aparece el Sr. Alfredo , resulta sumamente significativo que en la Resolución recurrida, se mencione que, precisamente, D. Onesimo , como autor del proyecto, una vez son evidenciadas por mi mandante graves deficiencias en el mismo, reconocidas por la **Diputación**, proponga de forma inmediata la resolución contractual, sin dirimir, ni subsanar aquéllas.

Por otro lado, el plazo de finalización de la obra era de 6 meses, según pliego y contrato, finalizando el plazo el día 20 de Junio de 2011, por lo que el motivo alegado por la Administración para la resolución, demora en el cumplimiento del contrato por el contratista, es insostenible, puesto que en el momento en el que se solicita al órgano de contratación una solución en relación con las deficiencias del Proyecto y aun cuando se inicia el expediente de resolución contractual, la obra era perfectamente asumible y los trabajos ya habían dado comienzo, máxime teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el mencionado art 111.3 de la Ley 30/ 1992 , el contrato debía legalmente entenderse "suspendido", en tanto se tramita el solicitado expediente de resolución de incidencias, en relación con los graves problemas detectados en el



presupuesto respecto al tubo de drenaje y en la excavación, con la consiguiente ampliación del plazo de ejecución, obligatoria por Ley.

Por lo tanto, ni tan siquiera podemos admitir un retraso en la ejecución parcial del contrato, pues tal retraso es sólo imputable a la **Diputación**, y no al contratista, "incumplimiento parcial" que también ha sido descartado por el Consejo Consultivo de Andalucía

Por otro lado, la fundamentación jurídica del Decreto 2.334 de 28 de abril de 2011, es incorrecta, pues dice literalmente: " *de conformidad a lo dispuesto en el art. 196.7, 206.d), 207.1, y 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, esta Presidencia, ha tenido a bien..* "

El art. 206.d LCSP no resulta aplicable, toda vez que se refiere, como causa de resolución del contrato, a "la no formalización del contrato en plazo": cuando es lo cierto que el mismo fue formalizado en tiempo y forma.

En este sentido, el Juzgador de Instancia manifiesta que dicha omisión no le ha causado indefensión a mi mandante, cuando es lo cierto, que tan esencial incumplimiento, en un expediente de tal gravedad para una empresa, habida cuenta las consecuencia del mismo, no puede ser tomado a la ligera, puesto que a los efectos es como si un detenido no fuese informado de los cargos que se le imputan.

Cuestión ésta distinta a la falta de cumplimiento del contrato en plazo (demora en el cumplimiento), que se regula. en el art. 206.e) LCSP, supuesto que, igualmente, tampoco resultaría aplicable, pues el retraso es sólo imputable a la Administración, y no al contratista, como ha quedado perfectamente justificado y debidamente acreditada en el procedimiento.

En el expediente de resolución de contrato iniciado por esa **Diputación**, tampoco resulta aplicable el alegado art. 208.3 LCSP, por cuanto este precepto sí que resulta apreciable para nuestras pretensiones, al regular el "incumplimiento culpable de la Administración" (no del contratista) y la obligación de la Administración de indemnizar al contratista de los daños y perjuicios ocasionados.

Por ello, el decreto de inicio de expediente de resolución de contrato carece de base jurídica que lo sustente.

Pero no queda ahí la cosa, pues no hay razón alguna para la incautación de la garantía, puesto que no se ha acreditado perjuicio ni daño real alguno a los intereses públicos, por lo que el mismo debe ser reintegrado a mi poderdante.

Siendo evidente la "improcedencia" de la resolución contractual, es consecuencia necesaria de ello la indemnización al contratista, pues dicha resolución fue acordada de manera unilateral por la Administración, sin ajustarse a ninguna causa que fuera conforme al Ordenamiento Jurídico. Sobre este extremo y de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 11 de junio de 2002, 3 de febrero de 1989 y 15 de octubre de 1986), se advierte ya de que, en el momento procesal oportuno, se acreditarán los daños sufridos y se procederá a su cuantificación, con una prueba rigurosa al efecto.

Dispone el art. 71 de la LJCA, en su apartado d) (...)

Dicha indemnización y como ya ha reiterado este Tribunal en supuestos semejantes (sentencia de 20 de septiembre de 2007) será equivalente a los daños sufridos por la falta de recepción de la obra en el plazo, conforme así fue solicitado, retrasos por demora en los pagos, obras ejecutadas a mayores, alquiler, montaje y desmontaje de maquinaria y elementos de cierre, incremento del coste de la obra y los gastos de administración, pérdida de contratos, costes financieros ocasionados con la paralización, incluyendo el coste de la congelación de los activos invertidos y del retraso de la obtención del beneficio industrial, daños morales y personales por pérdida y/o grave deterioro de imagen de la empresa, por inactividad y cancelación de contratos con otras empresas, etc.

Ahora bien, teniendo en cuenta que según fue justificado por nuestro poderdante, el Beneficio Industrial en que se cifra habitualmente la indemnización por los daños y perjuicios causados, del 6%, no se incluyó en su Oferta Económica, resulta evidente que la indemnización por dicho concepto no resulta de aplicación en el presente caso.

Lo que sí deben indemnizarse, son los trabajos realmente efectuados por mi poderdante, cuya liquidación y medición se solicita, trabajos que se acreditan con la documental que se aporta a la presente, y sin perjuicio del reintegro de la garantía incautada.

En definitiva, procede reconocer el derecho de mi mandante a que le sea abonada la factura pagada a ALEJASA, por importe de 2.358,31 €, así como que le sea reintegrada la garantía incautada, por importe de 34.718 €, según consta en el expediente administrativo, con los intereses legales correspondientes.

TERCERO .- La parte apelada opone, en síntesis:



- La parte actora basa la fundamentación de su recurso de apelación en un doble argumento básico: el juzgador de instancia ha errado en la interpretación de la prueba practicada y del ordenamiento jurídico aplicable.

Tal aseveración se encuentra desarrollada a lo largo de su extenso y reiterativo escrito de apelación, en el que nuevamente insiste en sus argumentos planteados en el proceso principal, varios de los cuales ya fueron aducidos desde la propia vía administrativa, argumentos que le permiten concluir sosteniendo que, previa revocación de la sentencia apelada, los actos administrativos impugnados (Decreto de Presidencia nº 4513/11, de 19 de septiembre, de desestimación del recurso de reposición planteado frente al Decreto 3562/11, de 12 de julio) deben ser dejados sin efecto por ser nulos de pleno derecho o, en su defecto, anulables.

Sin embargo, y como muy bien sostiene la sentencia de instancia, no hay tales infracciones conforme a lo que se expone a continuación

- De la ausencia de nulidad de pleno derecho

La parte actora defiende la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos impugnados, pero lo hace sin concretar en cuál de los supuestos previstos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pueden ser incardinables las graves infracciones en las que, según afirma, han incurrido, pues en parte alguna de su apelación se hace mención a dicho precepto.

Precisamente, esta ausencia se suple por la sentencia apelada cuando -en un esfuerzo interpretativo- alude en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero a las letras e) y f) del artículo citado en relación con la ausencia del trámite del artículo 97 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, y afirma que la no tramitación de dicho procedimiento -meramente incidental- no tiene la relevancia suficiente como para alcanzar un supuesto de nulidad de pleno derecho.

Que ello es así resulta, a nuestro entender, del hecho claro de que la verdadera argumentación del recurrente -existencia de errores en el proyecto imputables a la **Diputación**, para lo que propuso la tramitación del procedimiento del artículo 97 del Reglamento de Contratación, así como de un reformado de aquél, peticiones ambas no atendidas por la **Diputación** al resolver el contrato- no es subsumible en ninguno de los motivos que contempla el artículo 62.1.

No se aprecia en su recurso de apelación crítica alguna al procedimiento tramitado para la resolución del contrato susceptible de tener como consecuencia la nulidad radical del mismo, debiendo indicarse que el defecto de fundamentación en la causa inicial de resolución -alegada de contrario- ha sido adecuadamente desestimada por la sentencia apelada como causante de tal nulidad, negándose que ello pudiera viciar a la posteriormente contenida en el Decreto de resolución del contrato en cuestión.

Por ello, no hay nulidad de pleno derecho, pero tampoco infracción alguna de la normativa de contratación aplicable, conforme veremos seguidamente.

-De la inexistencia de anulabilidad

A efectos de la aplicación del artículo 63.1 de la Ley 30/1992, se insiste en la vulneración flagrante del artículo 97 del Reglamento de Contratos por el hecho de no haberse dado instrucciones precisas por la Dirección Facultativa de los términos de ejecución del contrato y por la falta de tramitación del procedimiento en él previsto, con suspensión cautelar, incurriéndose en un claro abuso de derecho al resolverse el mismo.

Comenzando por la pretendida falta de instrucciones, resulta absolutamente gratuito defender la ausencia de las mismas cuando está más que acreditado que ni las pidió en sus escritos de febrero de 2011 (documentos nº 29 y 31) ni eran necesarias, como se recuerda en la propia sentencia apelada, ni las quería, pues lo que realmente buscaba era la modificación del contrato con el consiguiente incremento del presupuesto.

Por otra parte, la necesidad de la tramitación del procedimiento del artículo 97 del Reglamento de Contratos la continúa basando la actora en considerar que son dos los errores cometidos por el proyecto:

Unidad 1.02: Relleno extendido y apisonado a cielo abierto, de tierras propias excavadas en el recinto.....

Unidad 2.01, relativa al tubo de drenaje.

En relación con el primero, el juzgador de instancia -a diferencia de lo sostenido de contrario- efectúa una correcta interpretación de la prueba practicada en autos cuando da prevalencia al contenido de los informes técnicos que constan en el expediente como documentos nº 33 y 35 frente a las manifestaciones realizadas por los trabajadores de la empresa y al dictamen pericial de parte actora redactada por don Secundino, debiendo añadirse que conforme consta en la respuesta al Punto 1º (Según informe de 21 de febrero de 2014, firmado por don Onesimo, Jefe de la Unidad Técnica de R.S.U.) emitida dentro de la confesión judicial solicitada a la **Diputación**, había tierra suficiente para ejecutar la obra dentro del recinto propiedad de la



Diputación, por lo que queda claro, tal y como se dijo en el trámite de conclusiones, que la discrepancia se centraba respecto a lo que debería entenderse por "recinto", cuestión suficientemente analizada en los informes que figuran en el expediente como documentos nº 35 y 41, y que ponen de manifiesto el carácter inaceptable de su planteamiento al poco de tiempo de comenzar el plazo de ejecución de la obra.

Por su parte, en lo que se refiere al 2º tubo de drenaje, procede señalar, partiendo de recordar, una vez más, que nunca se negó la existencia de error en el proyecto en cuanto al mismo, que la discrepancia en la fijación de su precio del precio no era excusa para no ejecutar tanto el otro tubo como el resto de la obra, sin que se deba olvidar que los cálculos realizados por la actora con tal finalidad no se compadecen con los que aparecen tanto en el informe aportado como documento nº 33 del expediente, como los tenidos en cuenta en la propia pericial de parte redactada por don Secundino en el apartado 8.3 de su informe.

Partiendo de lo anterior, la postura defendida por la Corporación que represento en orden a motivar la resolución del contrato por incumplimiento de una obligación esencial del mismo, como es el no ejecutarlo o, si se quiere, abandonarlo de forma unilateral, no sólo fue corroborada por el Consejo Consultivo de Andalucía en el dictamen que consta en el expediente, sino que, así mismo, ha sido acogida por la sentencia apelada una vez valorada con acierto la prueba practicada a lo largo del proceso, pues no ha aceptado que por una factura de 2.358,31 € pueda estimarse razonablemente iniciada la ejecución de una obra con un presupuesto de adjudicación de 694.341,70 € más IVA.

Antes bien, según se afirma en su Fundamento Jurídico Cuarto, fue el propio contratista el que dio por suspendido el contrato sin que existiese pronunciamiento expreso de la **Diputación**, no atendiendo el requerimiento (Documento nº 30) efectuado por el Jefe de la Unidad Técnica de R.S.U., responsable del contrato conforme aparece al reverso del documento nº 5 del expediente, para su reanudación en el plazo de 5 días.

De esa forma, abandonada la obra por el contratista de forma totalmente injustificada, era procedente instar la resolución del contrato, tal y como se hizo por los actos administrativos impugnados, no existiendo infracción alguna incardinable en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

CUARTO .- La sentencia apelada, tras exponer la postura de cada parte, fundamenta la inadmisión del recurso con la siguiente argumentación:

" SEGUNDO.- Una vez esbozadas las líneas maestras de ambos escritos de parte, es preciso comenzar recordando que, como ha venido manteniendo la jurisprudencia, la nulidad de pleno derecho, o nulidad absoluta, se configura, en nuestro Ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina jurídica, como una de las técnicas de ineficacia de los actos administrativos, junto con la anulabilidad y la simple irregularidad; la nulidad de pleno derecho, en cuanto técnica que produce la máxima ineficacia de los actos administrativos, viene reservada a las infracciones del Ordenamiento jurídico de mayor gravedad, mientras que la anulabilidad se predica de las infracciones graves -el resto de las infracciones del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder-, y la simple irregularidad de las infracciones leves, de carácter formal o procedimental. Ello se concreta en que los vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho sean tasados en los términos de lo establecido en el artículo 62 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo tan sólo aplicable el instituto de la nulidad de pleno derecho si se dan las causas expresamente prescritas en dicho precepto como causas de nulidad y no en otros casos.

En este mismo sentido, existiendo una multitud de resoluciones al respecto, es a la par breve, concisa pero muy ilustrativa la cita de la Sentencia dictada de la Sala de lo Contencioso administrativo de Canarias de 12 de junio de 2009 , que"... la nulidad de pleno derecho, en cuanto grado de invalidez, es la regla general en materia de disposiciones generales, pero es la excepción cuando se trata de los actos administrativos, cuyos supuestos de nulidad absoluta o radical aparecen tasados legalmente , mientras que la norma general es que la infracción por los mismos del ordenamiento jurídico genera tan solo su anulabilidad. De ahí que la interpretación de los supuestos de nulidad de pleno derecho haya de ser restrictiva, según viene manteniendo la jurisprudencia, dado el carácter excepcional de tales supuestos en el ámbito del Derecho administrativo (odiosa restringenda sunt)."

Pues bien, en el caso de autos, parece apuntar la mercantil recurrente que el Decreto litigioso, y por ende el que previamente acordó la resolución del contrato, incurría en las causas de nulidad establecidas en las letras e) y f) del Art. 62.1 de la Ley 30/1992 , las cuales han de ser objeto de un examen individualizado y sustentadas , la primera en la falta de tramitación de un expediente contradictorio previo de incidencias previo al expediente administrativo de resolución del contrato y, la nulidad de pleno derecho por errónea interpretación de la norma de aplicación al estimar la concurrencia de causa de resolución, apoyando lo anterior los defectos de fundamentación del decreto inicial del expediente donde se dictaron las resoluciones recurridas así como la falta de legitimación y competencia del Jefe de la Unidad Técnica que ordenó el inicio de trabajos en cinco días



bajo apercibimiento de resolución de contrato. Ahora bien, considera este juzgador que se debe alterar el orden de análisis de la cuestiones planteadas para dar una mayor claridad al motivo principal de contienda.

A este respecto, alega la mercantil recurrente que nos encontramos ante un acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquirieron facultades o derechos (art. 62.1.f), ya que se dictó en base a una resolución inicial incorrectamente fundamentada y con un origen inicial en la orden del técnico incompetente antes apuntado. Este juzgador discrepa completamente con la argumentación efectuada por la demandante, toda vez que según su tesis, cualquier acto dictado con infracción del ordenamiento administrativo contractual sería incardinable en la causa de nulidad del

Art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, lo cual pugna frontalmente con el carácter restrictivo y excepcional de los supuestos de nulidad de pleno derecho, debiendo circunscribirse el vicio de nulidad invocado a la falta de un elemento esencial del acto. Esto es, no toda infracción del ordenamiento jurídico constituye, per se, un supuesto de carencia de requisitos esenciales, siendo así que, en el presente caso, la infracción en la que incurría el Decreto cuya nulidad se postula no implica la carencia de los requisitos esenciales para la adquisición de facultades o derechos contenidos. En el supuesto hoy litigioso, el hecho que la resolución inicial de incoación del expediente administrativo de resolución del contrato incluya o indique algunos artículos que no tienen relación con los Hechos narrados por ambas partes, tanto los coincidentes como los que existían divergencias, no influye ni puede considerarse un motivo de nulidad por contravención absoluta de derecho pues la fundamentación de dicho acto inicial no vicia la contenida en el Decreto por el que se ordenó por **Diputación Provincial de Málaga** la resolución del contrato de obra. Otro tanto cabe decir de la cuestión sobre la competencia del jefe de la unidad técnica de la Unidad Técnica de Residuos Sólidos Urbanos que interpelló a la actora para la iniciación de trabajos bajo apercibimiento de iniciación del expediente de resolución del contrato (documento Nº 30, folio 282 del expediente administrativo) pues, además de que el mismo no fue el órgano decisorio de la resolución del contrato y que formaba parte del organigrama de la contratante tal y como apuntaba la demandada en su contestación, el requerimiento realizado ni siquiera era necesario pues desde la firma del contrato sabía la actora su obligación de ejecutar los trabajos tras la comprobación del replanteo (documento nº 28 al folio 280 d) y lo que se hizo en el mismo fue poner en conocimiento la situación de paralización; precisamente para evitar indefensión a la actora, le informó de la situación de paralización y las consecuencias de la misma con el apercibimiento que no decisión real de incoación que se contenía en el párrafo último de dicho documento.

TERCERO.- Ya como motivo principal de nulidad de pleno derecho se argumentaba que ante la propuesta instada por la actora de solución de incidencias mediante el procedimiento contenido en el artículo 97 del Reglamento de contratación contenido en el Decreto 1.098/2001 de 12 de octubre, la Administración directamente lo obvió y procedió a la incoación del expediente administrativo de resolución de contrato. Puede pensarse, pues la parte actora no lo enarbola directamente, que ello podría tener encaje en causa contenida en el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC o en la 62.1.f) de la misma Ley Sustantiva. Sin embargo y el presente caso ello no puede apreciarse. A este respecto, conforme al principio *da mihi Factum dabo tibi ius* e *iuri novit curia* así como aplicando los criterios probatorios de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 y en concreto la prueba de presunciones considera este juzgador que la parte actora incurrió consciente y al tiempo deliberadamente en un fraude de ley apoyado al tiempo en un abuso del derecho en aras de su interés particular y ello por las siguientes razones. La mercantil recurrente nunca negó que desde el inicio del procedimiento administrativo de contratación se le apercibió de posible baja temeraria por lo reducido el coste de ejecución que proponía en su propuesta al tiempo de licitación. Dicho extremo, admitido incluso por la actora y por ende sin necesidad de prueba sobre su realidad, no puede desvincularse del otro dato fáctico por ella misma revelado cual fue que, al poco más del mes de iniciadas las obras (el tres de enero de 2010) tras la comprobación del replanteo aludido en el Fundamento anterior (folio 280 del expediente administrativo) la actora presentó un escrito fechado el 4 de febrero de 2011 en el que se instaba ya la modificación (folio 281 del expediente administrativo) de un contrato (30 de noviembre de 2010, documento 27) cuyos Pliegos y Condiciones y por tanto *lex contractus* había aceptado voluntariamente poco antes. Si se atiende a la misma narración fáctica de la recurrente, su representación procesal sostuvo que desde un principio quisieron solucionar la cuestión pero a través de la modificación contractual con la consiguiente elevación de precio y para ello se sustentaba en el error de elección del tubo de drenaje de diámetro 2500 contemplado en el proyecto y la longitud necesaria del mismo y en el lugar de ubicación de la excavación no era posible por tener un espesor insuficiente de tierra apta para la realización de la obra, o bien estaba a una distancia muy superior a la prevista lo que justificaba un incremento de precio, por ambos conceptos y respectivamente de 19,94% y 33,26% (folio 282 del expediente administrativo).

Sin embargo lo anteriormente expuesto no puede obviar que, a dichas fechas habían transcurrido dos de los seis meses de ejecución previstos y pactados en contrato (cláusula 6.1 del 1 contrato contenida en el folio 13, en relación con el folio 27-documento nº 5) y que la recurrente no había realizado apenas parte del trabajo pactado cuyo presupuesto de ejecución 1.406.080,67 euros pues presentó, solo al tiempo de la demanda pero nunca antes pues no consta en el expediente administrativo, una factura por trabajos realizados en dichos dos



meses de tan solo 2.358,31 euros (documento n 1 de la demanda). Valorando dichos medios documentales, no impugnados por la actora ni en su autenticidad ni en su eficacia probatoria como medio en relación con los hechos admitidos por la demandante, es más que presumible que, sabedora la recurrente de la negativa de la administración a aceptar la cuestión del lugar de excavación y de la diferencia de valoración del coste de subsanar el error de proyecto en cuanto al tubo de drenaje por las conversaciones mantenidas por ambas partes (extremo reconocido igualmente en demanda y contestación), la entidad "SARDALLA ESPAÑOLA, SA" era también perfecta conocedora que no iba a poder cumplir con la ejecución de los trabajos en los seis meses previstos en contrato a contar desde el acta de replanteo pues ya había transcurrido, ni más ni menos, que un tercio del plazo de ejecución. Por ello, para lograr la suspensión de un contrato y evitar resoluciones del mismo que no fueran a su instancia y que le fuera anunciada su posibilidad en el documento nº 30 (folio 282) antes señalado, solicitó con anticipación claramente fraudulenta dicho expediente incidental de solución de divergencias las cuales también sabía a ciencia cierta que no se iban a subsanar pero con la más que visible voluntad de paralizar el contrato, al tiempo que forzar una modificación que no era viable y sobre la que no procedía la revisión de precios tal como ordenaba la cláusula "Quinta" del contrato (folio 279). En este sentido, los intentos de solución de las diferencias ya se había producido de forma verbal tácitamente aceptado por ambas partes incluida la actora y, además, la pretensión formal de tramitar dicho expediente incidental nunca se instó ni con urgencia ni con carácter previo a una eventual modificación pues nada de eso se recoge literalmente del documento nº 31 del expediente administrativo. Es acreditativo que la petición de dicho expediente de solución de incidencias del Reglamento de Contratación era una petición conforme al Reglamento pero dirigida en realidad a paralizar la ejecución de la obra que la parte contratista y hoy recurrente sabía que no podía ejecutar en plazo es la "Consideración Sexta" del escrito presentado el 1 de marzo de 2011 por "SARDALLA ESPAÑOLA, SA" (folio 289-documento nº 31) en ella se anunciaba la posibilidad de la actora de resolver "a su instancia" y como contratista el contrato por incumplimiento de la administración contratante. (folio 286). Así las cosas, la pretensión de dicho incidente o expediente de incidencias del art. 97 del Decreto 1.098/2001 de 12 de octubre solo perseguía un resultado contrario a la intención prevista por el legislador para dicho precepto y procedimiento por lo que, en modo alguno dicho fraude de ley puede sustentar la nulidad de pleno derecho que se reclamaba.

A mayores razones pero también como ratio decidendi, producidas las conversaciones e intentos de solucionar los problemas que, con tanta "buena fe y voluntad de diálogo" decía la actora había tratado de culminar, la realidad meramente formal de la falta de tramitación de dicho expediente administrativo claramente incidental como demuestra la redacción del artículo 97 del Reglamento de Contratación, podría considerarse a lo sumo con un error de derecho pero no del grado o relevancia suficiente como para alcanzar un supuesto de nulidad del art. 62; solo podría entenderse como un error de aplicación susceptible de incardinarse en el art. 63 de la misma Ley 30/1992. Pero si algo demuestran las páginas 280 y siguientes del expediente administrativo es la constante intervención de la recurrente pues, a pesar de no llevarse a cabo la tramitación formal del expediente por ella reclamado, en el escrito contenido al folio 282 se le hacía un apercibimiento de posibilidad de incoar expediente administrativo de resolución de contrato al que la actora presentó alegaciones entre ellas la de resolver la propia "SARDALLA ESPAÑOLA, SA" y como contratista el contrato por el motivo contenido en el art. 220.d) de la Ley de Contratos de 2007. Es más, incoado el expediente administrativo de resolución, la actora tuvo trámite de alegaciones, se le notificó el Decreto Nº 3.562/11 de 12 de julio por el que se acordaba resolver contrato para ejecución de obra y, contra el mismo, se presentó recurso de reposición. En modo alguno se ha causado indefensión que justifique la aplicación de las consecuencias de anulabilidad derivada del art. 63 de la Ley de RJAP y PAC.

CUARTO.- Rechazada La anterior alegación, la demandante se oponía a la realidad y sobre todo a la culpabilidad del pretendido incumplimiento contractual que justificaba el Decreto de resolución del contrato Nº 3.562 antes indicado. Sin embargo, dando por reproducido aquí el análisis probatorio expuesto en el Fundamento anterior, queda claro a este juzgador que, para una obra de dicha envergadura como la que consta en el contrato y Pliegos unidos en el expediente administrativo, el solo plazo de ejecución en cuatro meses que le restaban a "SARDALLA ESPAÑOLA, SA" ya era más que difícil. Pero por si lo anterior fuese poco, la propia recurrente dio por suspendido el contrato sin que existiese pronunciamiento expreso de la administración y sin que se diese el supuesto previsto en el art. 217 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre para ello. Frente a lo anterior pretendía la parte actora la aplicación de dicha consecuencia de suspensión en base al art. 111.4 de la Ley 30/1992. Sin embargo dicha alegación está condenada raudamente al fracaso toda vez que, conforme el principio de especialidad, la regla prevista en la Ley de Procedimiento Común no puede superponerse a las previsiones contenidas en una Ley especial como la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007 si daba respuesta a una cuestión sobre posibilidad o no de suspensión. A más a más, como acertadamente señaló la representación de la administración recurrida, el art. 97 del Reglamento de Contratación de 2001 no imponía en modo alguno dicha suspensión. Ante falta de previsión expresa en dicho sentido, debe interpretarse, atendida la protección al interés general que late en la regulación contractual pública, que lo presumible y al tiempo deseado por el legislador era la no suspensión.



No desvirtúa todo lo anteriormente expuesto los medios probatorios personales y documentales de la actora. En cuanto a los trabajadores de la recurrente propuestos como testigos, apenas estuvieron en la obra como demostraban los registros de entrada al lugar de la misma solicitados como medio documental por la actora al momento de apertura del ramo probatorio y su parcialidad y falta de objetividad es más que presumible. De otra sus conclusiones son cálculos realizados que no desvirtúan los informes técnicos unidos contenidos en los documentos 33 y 35 del expediente administrativo. Tampoco cumple dicho fin desvirtuador de la presunción de veracidad de los informes de los técnicos municipales (susceptibles de ser atacadas por su valor iuris tantum), la pericial de parte actora redactada por Secundino y unida como documento con la demanda pues la misma se centraba en el examen del importe de las ofertas realizadas y en los llamamientos para la segunda licitación y las propuestas contractuales realizadas por los licitadores, pero en modo alguno probaban la realidad de la supuesta imposibilidad de ejecutar la excavación ni las consecuencias del error del tubo por el solo hecho de nombrarlas en su apartado 8.6. Tampoco hacía el más mínimo hincapié en las razones de la tardanza del inicio de las obras lo cual no eludía ni oscurecía la tardanza en el inicio de la obra ni en la paralización unilateral de la misma, apreciada incluso por el informe del Consejo Consultivo de Andalucía (documento 43 del expediente administrativo, al folio 345 y siguientes) que así lo destacaba, informe que, por lo demás, este Juez hace propio para sustentar todo lo concluido en este y en el anterior Fundamento.

En consecuencia, incumplido por la actora la condición contractual ESENCIAL del plazo (dada la urgencia de la obra por el recrecimiento de los vasos 1 y 2 de la estación de residuos sólidos urbanos), la resolución del contrato era conforme a derecho y por ello, tanto el Decreto 3.562/11 como el posterior 4.513/11 por el que se desestimó la reposición eran conformes a derecho siendo lógico corolario de lo anterior la completa desestimación de todas las pretensiones de la actora, incluida la no devolución del aval prestado de conforme la cual, por lo demás, es conforme con el art. 208.4 de la Ley 30/2007 al ser culpable la recurrente de dicha resolución contractual".

QUINTO .- De acuerdo con una reiteradísima jurisprudencia - SSTS de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 y de 13 de mayo de 1982 -, los pliegos constituyen la ley del contrato entre la parte y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda", como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades y en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del código Civil sobre interpretación de los contratos.

Es también abundante y constante la doctrina de los Tribunales de justicia (v.g. Sentencia de Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 8 de febrero de 2017 - Roj: SAN 655/2017 -) relativa a que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia.

Por ello el artículo 213.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP, establece que 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 -añade ahora la Ley frente a lo que antes disponía el art. 143 del Texto Refundido precedente-, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia". Así el artículo 41 de la Ley establece la posibilidad de "que el órgano de contratación designe un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación. Puede tratarse de una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él, siendo una figura independiente del Director Facultativo en el contrato de obra.

Disponiendo los artículos 202 y 217 de la citada Ley 30/2007 que será el Director Facultativo de la obra el que considere la necesidad de la modificación del proyecto y recabe del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente.

EL Dictamen 817/2017, de 02/11/2017 del Consejo de Estado recuerda que viene manifestado de manera reiterada que el derecho de modificación es, en primer lugar, un derecho de la Administración contratante o concesionaria -no del contratista- y, en todo caso, no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público.

En el expediente ha quedado acreditado que, una vez formalizado y perfeccionado el contrato, y tras haber firmado el acta de comprobación del replanteo el 20 de diciembre de 2010, con plazo de finalización de la obra era de 6 meses, según pliego y contrato, por lo que concluía el plazo el día 20 de Junio de 2011.



Alega la recurrente que el proyecto técnico de obras resultaba defectuoso, por que el retraso experimentado en la ejecución de las obras no le era imputable. En concreto que en el primer capítulo del proyecto, observó serias deficiencias que afectaban a su viabilidad, por lo que a 4 de febrero de 2011, -folio 281 del expediente-, fue presentada ante la **Diputación** escrito del Jefe de Obra, D. Moises , poniendo en conocimiento del órgano de contratación la existencia de graves errores de medición, que habrían provocado un incremento del coste superior al 10% del presupuesto de adjudicación, solicitando que se estudiara conjuntamente la posibilidad de modificación del contrato, quedando a la espera de la **Diputación** para ver las alternativas posibles. Ese escrito, contra lo dicho en la apelación, es tenido en cuenta e la sentencia cuando dice : *"si algo demuestran las páginas 280 y siguientes del expediente administrativo es la constante intervención de la recurrente pues, a pesar de no llevarse a cabo la tramitación formal del expediente por ella reclamado, en el escrito contenido al folio 282 se le hacía un apercibimiento de posibilidad de incoar expediente administrativo de resolución de contrato al que la actora presentó alegaciones entre ellas la de resolver la propia "SARDALLA ESPAÑOLA, SA" y como contratista el contrato por el motivo contenido en el art. 220.d) de la Ley de Contratos de 2007 . El escrito contenido al folio 282 a que se refiere la sentencia es el de 22 de febrero de 2011 , remitido mediante burofax por parte del Jefe de la Unidad Técnica de R.S.U., don Onesimo , Autor del Proyecto, notificado el 23 de febrero a la apelante, donde no considera necesaria la modificación del proyecto para iniciar la obra, por lo que se atiene a lo dispuesto en los artículos 202 y 217 de la citada Ley 30/2007 que será el Director Facultativo de la obra el que considere la necesidad de la modificación del proyecto y recabe del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente. Siendo correcta la conclusión de la sentencia apelada sobre que " la propia recurrente dio por suspendido el contrato sin que existiese pronunciamiento expreso de la administración y sin que se diese el supuesto previsto en el art. 217 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre para ello. Frente a lo anterior pretendía la parte actora la aplicación de dicha consecuencia de suspensión en base al art. 111.4 de la Ley 30/1992 . Sin embargo dicha alegación está condenada raudamente al fracaso toda vez que, conforme el principio de especialidad, la regla prevista en la Ley de Procedimiento Común no puede superponerse a las previsiones contenidas en una Ley especial como la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007 si daba respuesta a una cuestión sobre posibilidad o no de suspensión. A más a más, como acertadamente señaló la representación de la administración recurrida, el art. 97 del Reglamento de Contratación de 2001 no imponía en modo alguno dicha suspensión. Ante falta de previsión expresa en dicho sentido, debe interpretarse, atendida la protección al interés general que late en la regulación contractual pública, que lo presumible y al tiempo deseado por el legislador era la no suspensión".*

Además el art. 111.4 de la ley 30/92 está dentro del TITULO VII. "De la revisión de los actos en vía administrativa", en su CAPITULO II. "Recursos administrativos Sección 1ª. Principios generales", sin que en el mentado escrito la recurrente interpusiera ningún recurso. Y, la Disposición final octava de la LCSP , dedicada a la regulación de las "Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley", consagra en sentido negativo del silencio al señala:

"1. Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias.

Por otra parte, sobre las alegadas por la contratista causas de modificación de contrato, y que provocó que unilateralmente decidiera no ejecutarlo, la sentencia sopesa el informe aportado por la contratista con el referido escrito pidiendo la suspensión, y los informes de los técnicos de la Administración explicando la razón de estar a éstos,

2. En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver"

Por otra parte, sobre las alegadas por la contratista causas de modificación de contrato, y que provocó que unilateralmente decidiera no ejecutarlo, la sentencia sopesa el informe aportado por la contratista con el referido escrito pidiendo la suspensión, y los informes de los técnicos de la Administración explicando la razón de estar a éstos: "En cuanto a los trabajadores de la recurrente propuestos como testigos, apenas estuvieron en la obra como demostraban los registros de entrada al lugar de la misma solicitados como medio documental por la actora al momento de apertura del ramo probatorio y su parcialidad y falta de objetividad es más que presumible . De otra sus conclusiones son cálculos realizados que no desvirtúan los informes técnicos unidos contenidos en los documentos 33 y 35 del expediente administrativo. Tampoco cumple dicho fin desvirtuador de la presunción de veracidad de los informes de los técnicos municipales (susceptibles de ser atacadas por su valor iuris tantum), la pericial de parte actora redactada por Secundino y unida como documento con la demanda pues la misma



se centraba en el examen del importe de las ofertas realizadas y en los llamamientos para la segunda licitación y las propuestas contractuales realizadas por los licitadores, pero en modo alguno probaban la realidad de la supuesta imposibilidad de ejecutar la excavación ni las consecuencias del error del tubo por el solo hecho de nombrarlas en su apartado 8.6. Tampoco hacía el más mínimo hincapié en las razones de la tardanza del inicio de las obras lo cual no eludía ni oscurecía la tardanza en el inicio de la obra ni en la paralización unilateral de la misma, apreciada incluso por el informe del Consejo Consultivo de Andalucía (documento 43 del expediente administrativo, al folio 345 y siguientes) que así lo destacaba, informe que, por lo demás, este Juez hace propio para sustentar todo lo concluido en este y en el anterior Fundamento".

D ebe recordarse que el recurso de apelación autoriza al Tribunal "ad quem" a revisar la valoración probatoria del Juez "a quo", pero el hecho de que la apreciación por éste lo sea de pruebas practicadas a su presencia, como es la testifical y la pericial, y con respeto a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, determina por regla general, que la valoración probatoria realizada por el Juez de instancia, a quien legalmente le corresponde la apreciación de las pruebas practicadas, debe respetarse en la alzada, con la única excepción de que la conclusión probatoria de que se trate carezca de apoyo en el conjunto probatorio practicado, o bien de que las diligencias de prueba hayan sido practicadas defectuosamente, entendiéndose por infracción aquella que afecta a la regulación específica de las mismas, fácilmente apreciable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea, esto es, cuya valoración se revele como equivocada, sin esfuerzo, por no atenerse a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, entendidas éstas como los criterios de la lógica interpretativa, o cuando la libertad de crítica no se expresa de acuerdo con los criterios propios del razonar humano, incurriendo en arbitrariedad, incoherencia o contradicción (SSTS de 3 de julio , 26 de septiembre , 3 y 30 de octubre de 2007 , 7 y 13 de noviembre de 2007 , recursos de casación 3865/2003 , 9742/2003 , 7568/2003 , 6998/2003 , 6698/2004 y 6851/2004 , que citan varias más). Sin que al caso de auto el referido razonamiento sea notoriamente erróneo o ilógico, el contenido de los informes técnicos de la Administración constan en el expediente como documentos nº 33 y 35, y además conforme consta en la respuesta al Punto 1º del informe de 21 de febrero de 2014, firmado por don Onesimo , Jefe de la Unidad Técnica de R.S.U., emitida dentro de la confesión judicial solicitada a la **Diputación**, había tierra suficiente para ejecutar la obra dentro del recinto propiedad de la **Diputación**, en relación con los informes que figuran en el expediente como documentos nº 35 y 41, y que ponen de manifiesto el carácter inaceptable de su planteamiento al poco de tiempo de comenzar el plazo de ejecución de la obra; y, en respuesta a punto 2º tubo de drenaje, señala que nunca se negó la existencia de error en el proyecto en cuanto al mismo, que la discrepancia en la fijación de su precio del precio no era excusa para no ejecutar tanto el otro tubo como el resto de la obra, sin que los cálculos realizados por la actora no se corresponden con los que aparecen tanto en el informe unido como documento nº 33 del expediente, como los tenidos en cuenta en la propia pericial de parte redactada por don Secundino en el apartado 8.3 de su informe.

A la vista de todo ello, esta Sala coincide con la sentencia de instancia, sobre que el resolución objeto de recurso se ajusta a derecho, como en su día dictaminó el Consejo Consultivo de Andalucía por concurrir la causa de resolución del contrato relativa al "incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato" (apartado f) del mismo precepto), siendo sus consecuencias las previstas en los artículos 88 c) y 208.3 de la Ley de Contratos del Sector Público , al disponer que cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista procederá la incautación de la garantía definitiva, debiendo, además indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. Atendiendo a la naturaleza administrativa del contrato, no puede encontrar justificación la decisión unilateral, adoptada por el contratista, de paralizar su ejecución, puesto que la especial finalidad del contrato, destinado, en último término, a procurar la satisfacción de un especial interés público que subyace en la misma contratación, aspecto que incide en la posición de cada una de las partes y en los derechos y obligaciones que en virtud de la misma adquieren. Es la promoción y defensa de ese interés público la que justifica la especialidades que ofrece el régimen de los contratos administrativos respecto de las reglas generales sobre contratación del Derecho común. Por ello, se coloca a las partes en una situación de desigualdad, mediante el otorgamiento a la Administración de unas potestades unilaterales en relación con la vida y efectos del contrato (ius interpretationis, ius variandi), extrañas a la naturaleza bilateral de la relación contractual, que se subsumen en el privilegio de la decisión ejecutoria. De esta forma, el contratista se sitúa en una posición de sujeción respecto de esas potestades administrativas, al tiempo que recae sobre él la carga de impugnar los acuerdos administrativos dictados en ejercicio de las mismas (art. 195 LCSP) . El fin de interés público, al que responde la contratación, el que modula los derechos y deberes que integran la posición del contratista, convirtiendo a éste en un colaborador de la Administración para la consecución de aquella finalidad, lo que conlleva una mayor carga de responsabilidad en cuanto al buen fin del negocio; de forma, el contratista no puede abandonar el contrato bajo ninguna circunstancia. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 215 del TRLCSP, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista. Sin que, como señala la sentencia apelada, en el procedimiento tramitado para la

resolución del contrato, concurra vicio alguno de nulidad radical, puesto como en ella es reseñado el alegado defecto de fundamentación en la causa inicial de resolución no vicia la posteriormente contenida en el Decreto de resolución del contrato en cuestión; y sin que concurra causa de nulidad relativa por la alegada vulneración del artículo 97 del Reglamento de Contratos por el hecho de no haberse dado instrucciones precisas por la Dirección Facultativa de los términos de ejecución del contrato, estando probado que las instrucciones ni fueron pedida en el escrito de la contratista de febrero de 2011 (documentos nº 29 y 31) ni eran necesarias, como se recuerda en la propia sentencia apelada. Siendo por otra parte y al hilo de las referencias que hace la parte apelante a lo que sucedió en la ulterior adjudicación, doctrina consolidada (v.g. Resolución 143/2018, de 16 de mayo, entre otras, del Tribunal de Contratación Administrativa de Andalucía) que un procedimiento de contratación es autónomo e independiente de otro anterior o anteriores, incluso cuando pudiesen coincidir en objeto y sujetos -órgano de contratación y contratista-, de tal forma que actuaciones en la ejecución de contratos anteriores de las potenciales entidades licitadoras, en sentido positivo o negativo, no pueden influir en futuras licitaciones que se rigen por sus respectivos pliegos y demás documentos contractuales.

SEXTO .- De conformidad con lo reglado en el artículo 139.2 Ley 29/98 , desestimado el recurso de apelación las costas son a cargo de la parte apelante.

FALLAMOS

00000000000000000000000000000000 Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de apelación promovido en nombre de SARDALLA ESPAÑOLA, S.A., contra la sentencia 278/15, de 29 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número UNO de **Málaga** al procedimiento ordinario 701/11.

SEGUNDO .- Imponer el pago de las costas a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal .

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Ilmos. Sres. al inicio designados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.