

Dià i hora : 07/02/2024 09:32
Registre : O INTERN mrr
Àrea de destí : SERVEIS JURÍDICS DE
RÈGIM INTERIOR

A-8

8

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Recurso de apelación SALA TSJ 1329/2022 - Recurso de apelación contra sentencias 335/2022 FASE: LO

NIG: 17079 - 45 - 3 - 2020 - 8001908

Parte apelante:

Representante de la parte apelante:

Parte apelada: AJUNTAMENT DE GIRONA

Representante de la parte apelada: IGNACIO DE ANZIZU PIGEM

SENTENCIA Nº 296/24

Ilmos. Sres. y Sras.:

Presidenta

D^a. María Luisa Perez Borrat

Magistrados

D^a. María Fernanda Navarro de Zuloaga

D. Francisco José Sospedra Navas

En la ciudad de Barcelona, a uno de Febrero del 2024.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, sección quinta, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación nº 335/2023, interpuesto por representada por la procuradora D^a Marina Palacios Salvado, siendo parte apelada el Ayuntamiento de Girona, asistido por la letrada D^a Esther Poblet Icart.

Ha sido ponente la magistrada Ilma. Sra. D^a. María Fernanda Navarro de Zuloaga, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario nº 60/20, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Girona, se dictó sentencia en fecha 9 de febrero de 2022 que desestimó el recurso.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la actora, recurso que fue admitido en ambos efectos emplazándose a la contraparte para pronunciarse sobre el mismo.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó magistrado ponente y, no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada ni la celebración de vista, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en apelación la actora la sentencia de 9 de febrero de 2022 que desestima el recurso interpuesto contra la desestimación por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de enero de 2020 de la petición de la empresa efectuada en escritos de 18.11.19 y 12.12.19 solicitando iniciar expediente de resolución del contrato por la existencia de indefiniciones o deficiencias de proyecto, con imposibilidad de ejecución de la prestación en los términos inicialmente pactados y no procediendo la modificación en los términos legalmente previstos, por concurrir la causa del artículo 223 g del TRLCSP.

SEGUNDO.- Conviene recordar, que:

a) La finalidad del recurso de apelación es la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica razonada y articulada de la sentencia apelada, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia. Es decir, no es posible la reiteración simple y llana de los argumentos vertidos en la instancia con la finalidad de convertir la revisión en una nueva instancia para conseguir una sentencia a su favor.

b) En el recurso de apelación el Tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como fundamento de su pretensión revocatoria; por lo que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que vengán ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera

instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.

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

TERCERO.- La sentencia desestima el recurso afirmando que:

- A. Constituye exclusivamente el objeto de este recurso si concurre o no la causa de resolución alegada por la actora. En consecuencia, no procede analizar otras cuestiones.
- B. En su día la recurrente aceptó como fecha de finalización de la obra, tras una segunda prórroga, la de 19.11.19. El hecho de que la actora consintiera dicha fecha implica aceptar que con los datos de los que disponía a fecha de marzo de 2019 la obra podía estar finalizada a dicha fecha posterior.
- C. Entra a analizar las alegadas indefiniciones y así:
 - Sobre la cubierta, refiere el informe del director de obra con arreglo al cual ha de ser el fabricante, a quien la actora subcontrate la subestructura, quien proponga las soluciones del modelo patentado, a fin de que la dirección facultativa de el visto bueno. Tras ello afirma la sentencia que si la decisión a adoptar en el tema de la cubierta por la demandada era determinante de la finalización de la obra no se entiende que se planificara por la recurrente la visita del industrial para el 20 de noviembre de 2019, cuando ya tenía que tener finalizada la obra, sin tener las indicaciones que afirma eran tan necesarias.
 - Acerca de la definición de estructuras no puede considerarse acreditado que la falta de plano de detalle de la losa del ascensor

impidiera que la obra siguiera ejecutándose pues quedaba fijada la delimitación a la planta segunda, afirmando que es una mera orden de obra la que establece la definición en vista del fabricante del ascensor; y añade que acerca de otros elementos estructurales el 14 de agosto de 2019 solo se hace referencia al armado de la escalera principal del rellano, sin hacer mención a otros elementos pendientes de definición.

- Que la dirección facultativa prohibió expresamente que se trabaje en el interior de la edificación en tanto no se ejecute la cubierta, decisión del técnico municipal que comparte la sentencia. A ello añade que, según lo expuesto por la actora, nada le ha impedido realizar y recibir pedidos de instalaciones.
- Acerca de los pavimentos y de la distribución de los puestos de trabajo, mas polivalente, resultante de una visita de la Alcaldesa y del equipo de gobierno, no comparte que ello fuera motivo que impidiera la ejecución de la obra pues no consta que le fuera encargada modificación alguna.
- Acerca de la ignifugación y siendo que la comprobación corresponde a la DF no queda justificada la imposibilidad de realizar la obra.

D. Concluye tras lo expuesto que no cabe estimar que concurra la causa prevista en el artículo 223 g del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, que determina que es causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del Libro I.

CUARTO.- La parte apelante alega que la sentencia no es congruente con lo solicitado y con las pruebas practicadas, de las que afirma no realiza una mínima valoración.

Añade que no tiene en cuenta que tal era la indefinición que con posterioridad se ha reformulado la nueva licitación y se han acogido muchas de las dudas y propuestas de la actora.

Que la dirección facultativa, la única que puede interpretar el contrato, tardaba en dar contestación a las dudas formuladas, lo que necesariamente ha influido en la ejecución de las obras, tal como pone de relieve el diagrama de Gant.

Pone de manifiesto los problemas surgidos con las máquinas climatizadoras, pavimento, ignifugación, nueva distribución flexible de espacios, cubierta, modificación de la escalera, y restos arqueológicos.

Afirma que tan es así que el informe notificado a la recurrente en 2020 resuelve aquello que se le solicitó previamente.

Concluye que se han ejecutado precios contradictorios, sin formalizarse ni computarse en casi el 10%.

Que la sentencia no resuelve sobre el exceso de obra certificada como nº 4 pero no satisfecha, ni sobre el material de instalaciones que ha sido comprado a instancia de la dirección facultativa.

QUINTO.- La Administración opone que la sentencia es congruente con el dictamen pericial judicial del Sr. y los informes de los dos técnicos municipales Sres, así como al informe preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora,

Afirma que no es cierto que la obra careciera de viabilidad. Tan es así que la obra se adjudica el 20.10.18 y no es hasta 11 meses más tarde que formula la primera queja, a 13.8.19.

Lo que sucede es que la obra se ha licitado y obtenido con márgenes industriales escasos, y ese es el motivo del problema. Ni antes ni después del replanteo formuló oposición a los pliegos técnicos.

Así, en 25 meses, de una obra que debía durar 15 meses, solo ha ejecutado un 28% de la obra, y de nada han servido la concesión de dos prórrogas ni la aprobación de precios contradictorios.

Por ello cuando solicitó una tercera prórroga se deniega y se decide tramitar la resolución del contrato. Y por ello en el acta de comprobación de la dirección facultativa no se emite certificado positivo.

El perito de la actora Sr. de la Vieja solo actuó en la obra los últimos cinco meses, no siendo pues posible mantener la manifiesta inactividad en la ejecución del contrato. Prueba de la ausencia de prueba de lo mantenido de contrario es la afirmación del perito de que toda la estructura de la obra estaba acabada cuando no estaba acabado ni el techo, ni la estructura, ni los pavimentos, ni los revestimientos, ni el cierre,

SEXTO.- Al objeto de centrar adecuadamente la cuestión hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 223 g del TRLCSP, ya referenciado.

Pues bien y partiendo del mismo procede destacar que:

1. La obra en su conjunto no supera en su ejecución el 30% previsto. Para una obra cuya previsión de finalización era de 15 meses finalmente a los 25 meses no se llegó siquiera a finalizarla.
2. No consta que en el acta de replanteo de la obra o en fechas próximas a ella la parte actora apelante mostrara algún tipo de reticencia o desacuerdo con la obra a realizar en sus aspectos técnicos.
3. No se desvirtúan las afirmaciones recogidas en la sentencia de apelación, más concretamente que cuando se solicitó y obtuvo una segunda prórroga con fecha de finalización de 19 de noviembre de 2019, y lo consintió, ello implica aceptar que con los datos de los que disponía la obra podía estar finalizada a dicha fecha, siendo que la obra se inició algo más de 23 meses antes.
4. La discusión sobre la orden de no ejecutar el interior del edificio en tanto no se cerrara la envolvente del edificio se observa como pertinente y razonable.
5. Que con posterioridad se hayan aceptado algunas de las consideraciones efectuadas para una nueva licitación no implica afirmar que la obra no pudiera realizarse por la actora y apelante en las condiciones previstas en la primera licitación como tampoco que tales modificaciones no hubieran podido argumentarse en las distintas reuniones de obra a celebrar, siempre que no supusieran un cambio en el importe de la obra que no resulte permitido.
6. De hecho, otra de las cuestiones que no resulta desvirtuada, siendo muestra de un ritmo de ejecución lento, y que recoge la sentencia como alegación de la Administración, que no se discute en apelación, es que el primer certificado de obra se corresponde con junio de 2018, es decir, 8 meses y medio más tarde desde que debió iniciarse la obra (octubre de 2017) y seis meses más tarde desde que se inició.
7. Acerca del diagrama de Gant se limita a su presentación sin que el mismo sea analizado y no meramente invocado.
8. También hemos de tener en cuenta que la cuestión en la citada obra no es si es posible introducir un modificado en la obra más eficaz (climatización por ejemplo) dado que como la recurrente y apelante afirma su trabajo es

construir, no modificar un proyecto de obras aprobado, y del que se ha demorado hasta los extremos señalados, de tal manera que resulta no ajustado al propio contrato formular oposición al propio proyecto como motivo que pretenda dar justificación a la inejecución del proyecto en tiempo y forma.

9. También es preciso tener presente que la modificación y sus límites no pueden tener en cuenta precios contradictorios que no han sido aún aprobados.

En definitiva, esta Sala aprecia que no ha quedado desvirtuada la sentencia de instancia apelada y que procede la desestimación del presente recurso de apelación.

SÉPTIMO.- Procede efectuar imposición de las costas causadas en este proceso al amparo del art. 139 de la LJCA a la apelante en importe máximo de 3.000 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

- 1.- Desestimar el recurso.
- 2.- Con imposición de costas a la parte apelante en importe máximo de 3.000 euros.

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, que no es firme contra la misma cabe deducir, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª. Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 89.1 LJCA.

Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Llévese testimonio a los autos principales.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.



Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 02/02/2024 10:16

Mensaje

IdLexNet	202410640079204
Asunto	.APELACION (tcv) Recurs d'apel·lació contra sentències
Remitente	T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5 de Barcelona, Barcelona [0801933003]
Destinatarios	T.S.J. SALA DE LO CONTENCIOSO PALACIOS SALVADO, MARINA [547] Colegio de Procuradores Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811] Colegio de Procuradores Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
Fecha-hora envío	02/02/2024 09:38:29
Documentos	03994_20240201_1344_0018994691_01.rtf (Principal) Hash del Documento: 4312f7d9a8e49ad7f65926ae791246c79f0156381d45ba756da207432bd04dc4
Datos del mensaje	Procedimiento destino FIC Nº 0000335/2022 Detalle de acontecimiento Sentencia.Sra. \APELACION (tcv)

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
02/02/2024 10:16:05	ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
02/02/2024 09:38:39	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona)	LO REPARTE A	ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.





Expediente Y-177044

Cliente... : AJUNTAMENT DE GIRONA
Contrario :
Asunto... : RECURSO DE APELACION 335/22
Juzgado.. : TSJ SALA DE LO CONTENCIOSO 5 BARCELONA

Resumen

Notificación

05.02.2024

SENTENCIA

01/02/24 *SENTENCIA: 1.- Desestimar el recurso. 2.- Con imposición de costas a la parte apelante en importe máximo de 3.000 euros n.5/2 lex.

Saludos Cordiales

