



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

En aplicación de la normativa española y Europea de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación aplicable hágase saber que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier medio, debiendo ser tratados única y exclusivamente a los efectos propios del proceso en que constan, bajo apercibimiento de responsabilidad civil y penal.

Recurso de apelación de Sala núm. 2747/21

Recurso de apelación de la Sección Quinta núm. 713/2021



SENTENCIA nº 1743 /2023

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTA

D^a. María Luisa Pérez Borrat

MAGISTRADOS

D. Francisco – José Sospedra Navas

D^a. Asunción Loranca Ruilópez

En Barcelona, a 11 de mayo de dos mil veintitrés.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) constituida como figura al margen, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M. EL REY esta sentencia para resolver el recurso de apelación arriba referenciado, interpuesto por ROGASA CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SAU, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Molerés Muruzabal, asistida del Letrado don José Antonio Gil Galindo, siendo parte apelada El Ayuntamiento de Masnou, representada y asistida por la Letrada doña Carolina León Ezpeleta.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Asunción Loranca Ruilópez, quien expresa el parecer de la Sala.





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario 372/17, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº11 de Barcelona, se dictó sentencia de fecha 14 de mayo de 2021, que:

-Estimó parcialmente el recurso interpuesto por ROGASA CONTRUCCIONES Y CONTRATAS SAU frente al Acuerdo de 3 de agosto de 2017 del Ayuntamiento de Masnou, que resolvió el contrato de obras del proyecto de construcción de un pabellón deportivo municipal PAV 2 y la reforma del pabellón actual, condenando a la Corporación demandada al pago de 10.430,44 euros más IVA e intereses legales desde la presentación de la demanda.

-Estimó parcialmente el recurso interpuesto por ROGASA CONTRUCCIONES Y CONTRATAS SAU frente al Acuerdo de 8 de marzo de 2018 que desestimó las alegaciones contenidas en los escritos presentados en fecha 28 de noviembre de 2017 y 15 de enero de 2018, anulando la denegación del pago de los gastos generados por la demora en el retorno de la garantía, con condena a la demandada al pago de cantidad de 148,20 euros, más intereses legales desde la presentación de la demanda.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora, el cual fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la contraparte para que formalizase su oposición en el plazo legal.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrada 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.

CUARTO.- En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sentencia apelada

La actora recurre en apelación la sentencia de 14 de mayo de 2021 dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 11 de Barcelona en lo referente a la estimación parcial del recurso interpuesto por ROGASA CONTRUCCIONES Y CONTRATAS SAU frente al Acuerdo de 3 de agosto de 2017 del Ayuntamiento de





Masnou, mostrándose conforme con la estimación parcial frente al Acuerdo de 8 de marzo de 2018.

El Acuerdo de 3 de agosto de 2017, entre otros extremos, determinaba:

-Resolver el contrato de obras de obras del proyecto de construcción de un pabellón deportivo municipal PAV 2 y la reforma del pabellón existente de conformidad con lo prevenido en el artículo 223 g) del TRLCSP.

-Aprobar la liquidación definitiva del contrato efectuada por la dirección facultativa e informada favorablemente por el arquitecto municipal, ascendiendo el importe de la obra ejecutada a la cantidad de 755.467,15 euros más IVA, quedando pendiente de ejecución obra por importe 726.456,12 euros más IVA respecto del presupuesto de adjudicación.

-Reclamar a la contratista el importe de 3.369,41 euros abonado que excede del importe de la liquidación definitiva.

-Cancelar y devolver la garantía.

-Reconocer la obligación de pago del importe de 21.793,68 euros a favor de la contratista correspondiente a la indemnización del 3% de la obra pendiente de ejecutar.

-Compensar el importe de 3.369,14 euros con dicha cantidad.

La sentencia parte del hecho no controvertido por los intervinientes de que la resolución contractual se produjo a instancia de la adjudicataria por concurrir la causa del artículo 223 g) del TRLCSP de 2011, aplicable por razones temporales, que decía: *"g) 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 ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I"*.

En concreto, la parte ahora apelante solicitaba en la demanda que se aprobara la liquidación definitiva del contrato por importe de 862.720,92 euros más IVA; se le abone la cantidad de 107.233,77 euros más IVA en concepto de diferencia de la obra realmente ejecutada; 18.576,07 euros, correspondientes al 3% del valor de las obras dejadas de realizar; 90.151,20 euros en concepto de daños y perjuicios por retraso imputables a la demandada y 13.294,18 euros por gastos de mantenimiento y vigilancia hasta la adjudicación del nuevo contrato.

La discusión se circunscribe a determinar los efectos de la resolución contractual, mostrando la apelante disconformidad con la valoración de la prueba realizada en la sentencia de instancia en lo relativo a la determinación del importe de la obra realmente ejecutada; cuantificación de la indemnización correspondiente al 3% del importe de la obra pendiente de realizar; existencia de daños y perjuicios causados durante la ejecución del contrato y de los sufridos como consecuencia de la





suspensión de las obras y resolución del contrato, analizándose seguidamente estos conceptos.

SEGUNDO.- Sobre la determinación del importe de la obra realmente ejecutada

2.1.- En lo relativo a esta cuestión, la sentencia considera probado que tal importe se corresponde con la certificación número 19 final liquidación emitida por la dirección facultativa que asciende a 755.467,15 euros más IVA, (folios 3.336 a 3.999 del expediente administrativo).

Entiende que ha de darse pleno valor a los informes de la dirección facultativa de 16 de mayo y 26 de julio de 2017 atendidas sus condiciones de imparcialidad y que su criterio coincide con el del arquitecto municipal; que todas las partidas y penalizaciones fueron apreciadas in situ por la dirección facultativa, tras una revisión física y medición expresa de la totalidad de la obra ejecutada a presencia de las partes, conforme aparece en el acta de 20 de enero de 2017. Añade que el perito de la actora visitó la obra una vez resuelto el contrato, sin inspección específica sobre gran parte de las mediciones que ya estaban ocultas y teniendo en cuenta los datos facilitados por la recurrente.

2.2.- La apelante se opone a esta valoración probatoria señalando que la imparcialidad de la dirección facultativa, que fue contratada por la administración apelada, ha quedado en entredicho ya que ha modificado sus decisiones a instancia de los Servicios Técnicos Municipales, como lo evidencia el hecho de que con la misma fecha de 30 de enero de 2017 fueron emitidas dos certificaciones liquidatorias distintas, una por importe de 763.566,17 euros y otra por importe de 755.467,15 euros; que el firmante de la certificación Sr. Seguró no intervino en la dirección de la obra ni estaba presente en las visitas y que el Sr. Gelpí Almirall, que sí había intervenido, abandonó la empresa encargada de la dirección facultativa poco después de la paralización de las obras.

Resalta la apelante que el acta de 20 de enero de 2017 al que se refiere la sentencia no refleja la medición de la obra ejecutada puesto que se refiere a la suspensión temporal de las obras y que en ninguna de las actas levantadas los días 5, 10 y 20 de enero de 2017 se hace constar medición alguna.

Añade que la demandada se ha limitado a negarlo todo, sin comprobar si alguna de las unidades que figuran en la documentación aportada por la contratista en su escrito de 24 de marzo de 2017 había sido realizada y que el perito Sr. Meylán procedió a la medición de las obras ejecutadas in situ, realizando una revisión exhaustiva del proyecto.

Además, muestra disconformidad con la valoración probatoria relativa a las penalidades aplicadas, salvo en la relativa a los grafitis y retirada de tierras del solar (1.531,35 euros), remitiéndose al contenido del informe elaborado por el citado perito.





2.3.- La apelada impugna el recurso sosteniendo que el importe de la obra ejecutada es el que consta en la certificación 19 final liquidación presentada por la dirección facultativa en fecha 27 de marzo de 2017, que asciende a 755.467,15 euros más IVA; que el arquitecto municipal requirió a la dirección facultativa para que justificase dicho importe, y se emitió informe de fecha 23 de mayo de 2017 en el que consta que el resultado negativo de la certificación 19 en relación con la anterior se debía a la aplicación de penalidades sobre partidas respecto de las que la contratista no presentó la documentación requerida de control de calidad y, por tanto, no se podían considerar correctamente ejecutadas. Además, existían partidas con diferencias de mediciones, algunas al alza y otras a la baja, como la solera de hormigón, los techos alveolares, el saneamiento y el derribo y excavaciones. Tal informe fue ratificado por la dirección facultativa en el posterior de 26 de julio de 2017.

2.4.- Examinado el expediente administrativo, aparecen los siguientes datos de interés para la resolución del asunto.

Al folio 1065 consta acta de suspensión de las obras, de fecha 20 de enero de 2017, en la que nada se dice sobre la medición de la obra ejecutada. Y al folio siguiente, 1066, aparece informe del arquitecto municipal que acuerda convocar a las partes para la medición de la obra, que debería realizarse por el director facultativo el siguiente día 30 de enero. Consta la citación a las partes a tal fin pero no existe constancia documental de que la medición se llevara a efecto con presencia de los citados.

Al folio 3.335 del expediente administrativo aparece registro de entrada de fecha 27 de marzo de 2017 de presentación efectuada por el Sr. Gelpí de copias de la certificación final de obra de fecha 30 de enero de 2017, que consta unida al folio siguiente por importe de 755.467,15 euros.

Al folio 3.401 consta petición de informe por parte del arquitecto municipal a la dirección facultativa para que explicara la razón por la que el importe de la certificación 18 era superior al de la liquidación final.

A los folios 3.409 y 3.410 consta comunicación suscrita por el Sr. Seguró Capa, en nombre de la empresa encargada de la dirección facultativa, manifestando que la certificación 19 final es el resultado de la medición real, con las diferencias de mediciones de cada partida ejecutada respecto de la certificación anterior y que el resultado negativo se debe a dos conceptos. En concreto, por existir partidas sobre las que la constructora no presentó la documentación requerida de control de calidad y por haber encontrado diferencias de mediciones entre lo realmente ejecutado y lo certificado. Seguidamente se detallan las partidas con penalizaciones económicas por falta de documentación correcta de control de calidad y/o acabado de partida sin tener la calidad requerida y las correspondientes a las diferencias de mediciones. A los folios 3.795 a 3.797 consta informe, en el mismo sentido que el anterior, por el que el Sr. Seguró da respuesta a las alegaciones formuladas por la contratista.





Como se ha dicho, no consta en el expediente administrativo que por la dirección facultativa, con presencia del contratista, se llevara a cabo la medición de la obra realmente ejecutada y tampoco se explica la razón de que se remitió al contratista una certificación de la misma fecha y con otro importe.

2.5.- En el informe pericial aportado por la actora junto con la demanda se dice que se ha analizado el proyecto y los planos de las unidades de obra controvertidas, así como que se ha llevado a cabo la inspección y realizado comprobaciones in situ en las visitas realizadas. En el informe se detallan las partidas en las que el importe de la liquidación de la dirección facultativa no coincide con la del perito, expresándose la razón de tal discrepancia. En concreto, se detalla la disconformidad respecto de las partidas relativas a pavimentos exteriores; derribo con apuntalamiento; movimientos de tierras, excavación de zanjas y pozos; estructuras; cerramientos primarios y cubiertas; cerrajería; pavimentos y revestimientos, interiores y exteriores; instalaciones de saneamiento y de fontanería.

El perito Sr. Meylán discrepa del criterio de la dirección facultativa respecto de determinadas mediciones, sin que las explicaciones contenidas en su informe pericial permitan considerar prevalente su parecer atendido el hecho de que la dirección facultativa intervino durante todo el proceso de ejecución de la obra y conocía los pormenores de la misma. Para llegar a esta conclusión no es óbice que la apelante cuestione la imparcialidad de la dirección facultativa por haber sido contratada por la apelada ya que ha sido ella misma quien la que ha contratado al perito Sr. Meylán. La circunstancia de que fueran emitidas dos certificaciones con la misma fecha tampoco resulta suficiente a los efectos pretendidos por la apelante ya que la dirección facultativa en los informes citados justifica el importe de 755.467,15 euros más IVA.

2.6.- En cuanto a las penalizaciones, se refieren a:

-Muro de contención de tierras, que se descuenta 7.131,89 euros debido a que los resultados de control de hormigón realizado con las probetas no dio resultados satisfactorios. El perito de la actora dice que se realizaron otras pruebas con probetas que posteriormente se rompieron y dieron resultado satisfactorio. Ha de estarse al criterio de la dirección facultativa, compartiéndose los razonamientos de la sentencia de instancia.

-Paramento de bloque de hormigón que aplica penalización de 1.304,53 euros por presentar pintadas antes de la entrega, en lo que se muestra conforme el perito.

-Estructura metálica, se aplica penalización de 876,48 euros atendido que el apuntalamiento realizado presenta ensayos no satisfactorios sobre las soldaduras realizadas, sin justificar el arreglo. El perito considera que las soldaduras son correctas. Ha de estarse al criterio de la dirección facultativa que intervino durante la ejecución de la obra dando las órdenes oportunas.

-Se aplica una penalización en fachada de 4.473,82 euros debido a que faltan por ejecutar sellados y diferentes repasos de placas. El perito considera que están bien





ejecutadas. Igualmente ha de estarse al criterio de la dirección facultativa que intervino durante la ejecución.

En definitiva, se considera correcta la liquidación final de obra aprobada por la demandada apelada.

TERCERO. Sobre las alegaciones relativas a las partidas ejecutadas por orden de la dirección facultativa sin figurar en el proyecto.

3.1.- La actora apelante impugna la sentencia en lo relativo a la medición real de partidas ejecutadas con las instrucciones de la dirección facultativa que no figuraban en el proyecto adjudicado. En la sentencia, tras detallar los conceptos incluidos en este apartado cuyo importe asciende a 55.192,68 euros, se dice que tales partidas no coinciden con el contenido de las obras encargadas por la dirección facultativa que aparecen en el acta de 10 de enero de 2017 consistentes en el cerramiento de la obra, una vez suspendida, para evitar riesgos a terceros.

3.2.- La actora apelante reclama el importe de trabajos que dice realizados durante la ejecución de la obra a instancia de la dirección facultativa y que no figuraban en el proyecto. Sostiene que en la certificación final de obra solo se incluyen las unidades ejecutadas que estaban previstas en el proyecto y no las que hubo de realizar a instancia de la dirección facultativa y se remite al contenido del informe pericial que aporta. Al folio 61 de dicho informe pericial se explica que para la estimación de los precios contradictorios se ha utilizado la base propia de los precios de mercado en la provincia de Barcelona contratado con las bases de precios unitarios y descompuestos en los cuadros de precios PREOC y del Instituto de Tecnología y de la Construcción de Cataluña. Al folio 162 del informe pericial se detallan las partidas y los precios contradictorios asignados a las mismas conforme al criterio expuesto.

3.3.- La demandada apelada señala que la contraparte nada dice sobre el hecho de que en el proyecto existiera una partida relativa a imprevistos y a cargo del mismo se realizaron las partidas que fueron acompañadas al escrito de contestación a la demanda, todas suscritas por la dirección facultativa y añade que en la liquidación final de la obra ejecutada se tuvieron en cuenta estos imprevistos. En la contestación a las alegaciones de la contratista en relación a esta cuestión (folios 3.795 a 3.797) la dirección facultativa expresa que revisada la documentación se ratifica en el documento presentado de liquidación final de obra.

En el informe pericial de parte se detallan las partidas y se explica la razón de su inclusión. En concreto:

- PC 5. Sellado dividags, señala que consta la solicitud de la DF en actas 23 y 26 y que se ha comprobado la colocación.
- PC 15. Rebosaderos Ypsilón, sostiene que los cambios de la definición de la evacuación del agua en la cubierta del pabellón, definidos por la DF en el acta 26, han provocado estos nuevos conceptos.
- PC 18. Subestructura exutorios cubierta, que se definen por la DF en el acta 23.





-PC 50. Apuntalado y protección de cristaleras, encargado por la DF en el acta 20 y que no se ha podido documentar de forma gráfica pero considera oportuno aprobarlo.

-PC 4. Sellado de juntas de paneles prefabricados, que fueron objeto de penalización.

-PC 35. Nuevo cuadro empalme y traslado iluminación y conexión, solicitado por la DF en actas 20 y 21, modificado respecto del proyecto.

-PC 65 Modificaciones instalación de clima del tubo de 1 a 2". El perito lo encuentra creíble pero no puede justificarlo.

PC 69. Formación de regatas en recepción y pasillo, necesarias debido al cambio de características del cuadro eléctrico.

PC 39. Dintel gradas y de entrada de recepción que se modifican por la DF en actas 23 y 39 respecto de las definidas en proyecto.

PC 113. Remates de chapa cubierta del pabellón, que figura en acta 23.

PC112. Sellado de ménsula con placas metálicas, que se redefinen en obra en acta 37.

A la vista del contenido del informe, no se considera procedente la inclusión de estas partidas por no entenderse justificados que los cambios de definición ordenados por la dirección facultativa supusieran un incremento del precio de partidas ya contempladas en proyecto, debiéndose resaltar que nada se dice sobre la circunstancia de que los precios contradictorios reclamados no aparecieran firmados por la dirección facultativa a diferencia de los aportados junto con el escrito de contestación a la demanda. Se desestima, por lo tanto, este motivo de apelación.

CUARTO. Sobre el material

Respecto del material apilado a pie de obra, la apelante señala que la dirección facultativa le comunicó que debían retirarse los materiales tanto el inservible como el utilizable y que remitió correo electrónico preguntando si, en caso de retirada, se harían cargo de costes de traslado o si se dejaba en la obra, se incluía el valor en la liquidación y no se obtuvo respuesta. Se alega que el material acopiado fue adquirido por el contratista para esta obra y en el informe se dice que se encuentra embalado y en condiciones de ser utilizado, siendo su importe de 11.620,40 euros.

En la sentencia de instancia se dice que las partes pactaron la retirada del material y la dirección facultativa obligó a su retirada, sin que se haya acreditado que existiera un enriquecimiento injusto puesto que existió posibilidad de ser retirado.

Examinado el expediente administrativo, folio 1.042, acta de 10 de enero de 2017, consta que se comunica a la contratista que ha de llevarse la totalidad de los materiales y esta manifiesta que presentará valoración económica del coste que supone retirar el material de acopio para que sea valorado en la liquidación final. Ante estas manifestaciones, se concluye que, como se dice en la sentencia apelada, la recurrente aceptó la retirada del material de acopio y valoró el coste de su retirada.





en el importe de 2.799,44 euros, por lo que debe confirmarse la sentencia de instancia en relación a este concepto.

QUINTO. Sobre la indemnización correspondiente al 3% de la obra pendiente de ejecución

Respecto de las obras accesorias, la sentencia estima que ha de abonarse la estructura prefabricada por importe de 7.631,07 euros más IVA, en lo que se muestra conforme la apelante.

En cuanto a la indemnización correspondiente al 3% de la obra, la apelante muestra disconformidad respecto de la cuantía fijada ya que considera que la liquidación final de obra ha de ser por un importe superior. Dado que no es así, ha de ser confirmada también en este extremo la sentencia de instancia y detraída la diferencia de 3.369,41 euros de la certificación negativa nº 19, la suma asciende a 18.424,27 euros. Tal cantidad fue abonada por la apelada, como consta en el fundamento de derecho sexto de la sentencia.

SEXTO. Sobre la indemnización de daños y perjuicios causados durante la ejecución del contrato

6.1.- La sentencia de instancia entiende que no hubo incumplimiento por parte de la apelada de sus obligaciones contractuales y que la comunicación que la apelante le dirige en fecha 24 de noviembre de 2016 se refiere al problema que suponía desinstalar la máquina de clima, que se incluyó en el proyecto con un error funcional, y que no fue apreciado antes de la instalación; que el error no es imputable al Ayuntamiento y que el importe de las sucesivas certificaciones no demuestra la evolución de la obra porque se certifica a cuenta pero que si se hubiera producido un retraso generalizado, se hubiera hecho constar antes. Añade que el informe pericial analiza el devenir de la ejecución de la maquinaria de climatización pero la obra tenía más envergadura que la desinstalación e instalación de maquinaria y aunque la definición de la bancada pudo realizarse con mayor celeridad, lo cierto es que la obra no se detuvo porque había otras partidas que ejecutar. Añade que el testigo Sr. Gelpí manifestó que la obra iba a ritmo muy lento porque se destinaba a la misma pocos trabajadores.

6.2.- La apelante señala que en el escrito presentado el 30 de noviembre de 2016, folios 925 a 927 de expediente administrativo, se enumeraban unidades de obra pendientes de definir que no solo habían retrasado la ejecución de la obra sino que impedían su continuación; que ha de tenerse en cuenta que por causas no imputables al contratista se había realizado un 36,17% menos de obra que el previsto ya que solo se había ejecutado el 49,77% del total; que el retraso depende del no cumplimiento del calendario previsto y que el informe pericial se hace un seguimiento de la obra a través de las actas de visitas y de las certificados en relación al planning previsto; que en el retraso influye de forma determinante el problema de instalación de la máquina de climatización cuya finalización estaba





prevista el 25 de diciembre de 2015 y a 20 de septiembre de 2016 todavía estaba pendiente la definición de una de las dos máquinas que habían de sustituir a la colocada, lo que se reconoce por la dirección facultativa en informe de 22 de junio de 2016. Añade que el Sr. Gelpí reconoció que hasta que no desapareciera la máquina antigua no podía entrar en funcionamiento toda la zona de construcción de los vestuarios y todo quedó en standby para solucionar el problema de la máquina.

La apelante se remite al contenido del informe pericial en el que constan diversas causas del retraso como la realización del cambio de instalación en periodos vacacionales por la necesidad de que la piscina estuviera en funcionamiento durante el resto del año; retraso en la definición de la bancada de apoyo a la maquinaria de climatización y error en la definición de las características técnicas de la máquina de climatización que provocó el definitivo retraso y la práctica paralización de la obra y añade que la instalación de la máquina formaba parte del camino crítico de la obra. Y también se remite a dicho informe para la determinación de los perjuicios que reclama.

En el informe pericial del Sr. Meylán se dice que en el acta de 24 de noviembre de 2015 la dirección facultativa aprobó la máquina a instalar pero no definió la bancada de apoyo, siendo en el acta de 22 de diciembre de 2015 cuando se define. Añade que hasta ese momento y con cierto retraso se podía entender que se estaba siguiendo la planificación pero se produce un impás hasta el 29 de enero de 2016 en que se vuelve a definir la bancada de apoyo de la instalación. En el acta 37 consta que se vuelve a solicitar la definición que se realiza el 24 de mayo de 2016 y se acaba la construcción el 5 de julio. En el acta 47 de 12 de julio de 2016 se dice que la maquinaria no puede cumplir con los requerimientos del proyecto. Se suceden diferentes propuestas para solucionar el problema y en el acta de 20 de septiembre de 2016 se define una de las dos máquinas quedando pendiente la elección de la segunda. El 6 de octubre se recibe mail del arquitecto municipal comunicando que la instalación no debe demorarse y se contesta que falta por definir una máquina y no es hasta el 18 de noviembre que ello tiene lugar, por lo que la instalación no sería posible hasta el 9 de enero de 2017.

En el informe pericial se contabilizan los costes indirectos provocados por el retraso en la definición de la máquina de climatización ya que dice fue necesario paralizar la ejecución de las partidas referentes al capítulo de instalaciones de climatización que formaba parte del camino crítico de la obra. El perito obtiene la repercusión media de los gastos indirectos, que fija en 626,05 euros por día, en base a la contabilidad de la empresa y concreta en 144 días el retraso derivado de estas incidencias.

6.3.-La apelada aduce que la obra siguió un ritmo constante como se evidencia de las certificaciones y que no es hasta finales del mes de noviembre cuando la contratista manifestó la existencia de problemas en el proyecto que dificultaban su continuación, además de que los gastos que reclama no resultan acreditados.

6.4.- La valoración de la prueba practicada permite considerar acreditado que los problemas relativos a la instalación de la máquina de climatización conllevaron un





retraso en la ejecución de la obra proyectada, sin que pueda compartirse el criterio de la sentencia de instancia acerca de que tales problemas no resultaban imputables a la demandada apelada ya que precisamente a dicha parte le correspondía la definición de las características de la maquinaria. Ahora bien, resulta muy difícil determinar el importe de los gastos indirectos y el tiempo de retraso derivado de los problemas citados, sin que el informe pericial de la parte apelante pueda servir para entender justificados los perjuicios reclamados en tal concepto ya que tiene en cuenta datos facilitados por la propia empresa y no valora que en el desarrollo de la obra pudieron influir muchos factores. Ante la citada dificultad, parece equitativo conceder 10.000 euros por el concepto reclamado, estimando en parte este motivo de apelación.

SÉPTIMO. Sobre los trabajos realizados una vez incoado expediente de resolución contractual

7.1.- Respecto de esta cuestión, la apelante señala que desde el 25 de febrero al 3 de agosto de 2017, en que se materializó la resolución contractual, hizo frente a una serie de gastos de los que debe ser resarcida, en concreto, trabajos relativos al cierre de obra, que fueron debidamente ejecutados, como manifestó el testigo Sr. Gelpí, y que ascendieron a 2.860,68 euros, y también los relativos a la vigilancia de la obra que ascendieron a 10.433,50, habiendo admitido el descuento de la cantidad de 1.304,53 euros.

7.2.- La sentencia no concede cantidad alguna por estos conceptos, señalando que del informe del arquitecto municipal de fecha 31 de mayo de 2017, obrante a los folios 3.430 y siguientes del expediente administrativo, se desprende la realidad del incumplimiento de las labores de vigilancia y seguridad y la deficiente prestación del servicio atendido el estado que presentaba el cierre de la obra, con tramos abiertos y vallas caídas; gran parte de los montantes que componían el cierre no fueron fijados al suelo, lo que provocó la inestabilidad del conjunto del vallado perimetral y que el servicio de vigilancia fue muy deficitario porque hubo vandalismo y pintadas. Añade que resulta conforme a derecho la negativa de la demandada al pago de los gastos, no porque no se hubieran generado sino porque no cumplieron la finalidad de mantener la obra en condiciones de seguridad y protección.

7.3.- La apelada se opone con remisión al informe del arquitecto municipal señalando que no se cumplió con la obligación de garantizar la seguridad de la obra y que tampoco se acredita que el sistema de vigilancia contractual fuese para las obra del pabellón de autos.

7.4.- Al folio 1.065 del expediente administrativo consta acta de 20 de enero de 2017 en la que la dirección facultativa de la obra representada por el Sr. Gelpí manifiesta que ha comprobado que la instrucciones técnicas dadas para el establecimiento de las medidas de seguridad que impidiesen el acceso a la obra a personal no autorizado así como para evitar cualquier riesgo y posible accidente que se pueda producir como consecuencia de la paralización han sido cumplidas.





Con fecha 31 de mayo de 2017 consta informe del arquitecto municipal (folio 3.430 y ss) que señala que el cierre de obra presenta estado deficiente, con muchos tramos abiertos y vallas caídas; que buena parte de los montantes que componen el cierre de obra no están fijados, afectando a la estabilidad del conjunto y que el estado de la valla permite el acceso al interior de la obra de personal no autorizado.

A la vista del contenido del acta de 20 de enero de 2017 se concluye que las instrucciones dadas por la dirección facultativa para la suspensión de la obra y establecimiento de medidas de seguridad fueron debidamente cumplidas por la apelante, por lo que procede el pago de la cantidad reclamada por dichos conceptos, es decir, 2.860,68 euros.

El contenido del informe del arquitecto municipal, transcurridos cuatro meses desde el acta citada de 20 de enero de 2017, evidencia que la vigilancia de la obra era muy deficiente y la propia apelante señala que no es lo mismo mantener un vigilante las 24 horas al día que una vigilancia parcial. Lo cierto es que las fotografías obrantes en el expediente administrativo evidencian una inexistente o muy deficiente vigilancia de las obras, por lo que no procede conceder cantidad alguna por dicho concepto. Y, por lo tanto, se estima en parte este motivo de apelación.

Por lo expuesto, se estima parcialmente el recurso de apelación formulado por la actora frente a la sentencia de 14 de mayo de 2021 dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 11 de Barcelona, que se revoca en parte, en el único sentido de condenar a la demandada al pago de 10.000 euros en concepto de indemnización por retraso en la ejecución de las obras y 2.860,68 euros en concepto de costes de cerramiento de la obra, cantidades que devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de la formulación de la demanda, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

OCTAVO. Costas

No se hace especial imposición de costas atendida la estimación parcial del recurso de apelación (139.2 LJCA).

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:





1. Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad **ROGASA CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SAU** contra la Sentencia arriba indicada que se revoca parcialmente en el único sentido de condenar a la demandada al pago de 10.000 euros en concepto de indemnización por retraso en la ejecución de las obras y 2.860,68 euros en concepto de costes de cerramiento de la obra, cantidades que devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de la formulación de la demanda, manteniéndose el resto de los pronunciamientos.
2. Estimar parcialmente el recurso formulado por **ROGASA CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SAU** frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Masnou de 3 de agosto de 2017, que se revoca en parte en el sentido de condenar a dicha Administración al pago de la cantidad de 10.430,44 euros más IVA, más 10.000 euros en concepto de indemnización por retraso en la ejecución de las obras y 2.860,68 euros por costes de cerramiento de la obra, manteniéndose el resto de su contenido. Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de la formulación de la demanda.
3. No se hace imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de ella a los autos principales.

Contra la sentencia podrá interponerse recurso de casación, que deberá prepararse ante esta misma Sección en un plazo máximo de treinta días hábiles a contar desde el siguiente hábil al de la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), modificada en por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

A los anteriores efectos, deberá tenerse presente el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación (BOE nº 162, de 6 de julio de 2016).

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de casación, deberá constituirse un depósito de CINCUENTA EUROS (50,00 euros) en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial.

Quedan exentos del abono de la tasa, en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, así como quienes tengan concedida la asistencia jurídica gratuita que deberá ser acreditada en autos al interponer el recurso de casación.

Una vez firme esta Sentencia, remítanse al Juzgado de procedencia las actuaciones recibidas con certificación de la presente sentencia y atento oficio para que se lleve a efecto lo resuelto.





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.

