



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 - 003  
A CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA

Teléfono: 981185796 Fax: 981185794

Correo electrónico: sala3.contenciosoadministrativo.tsxg@xustiza.gal

MQ

N.I.G: 36057 45 3 2020 0000210

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0007065 /2022

Sobre CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De D/ña. COVISAM NORTE SL

Abogado: MARIA LUISA AROSA BARBEIRA

Procurador: MARTA DIAZ AMOR

Contra D/ña. CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA)

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

Procurador: BEGOÑA ALEJANDRA MILLAN IRIBARREN

D./ D<sup>a</sup>. MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ, Letrado de la Administración de Justicia de T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 003, de los de A CORUÑA.

**POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR:** Que en los autos de RECURSO DE APELACION n° 0007065 /2022 ha recaído , del tenor literal:

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3  
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00454/2022

**PONENTE: D. FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA**

**RECURSO: RECURSO DE APELACION 7065/2022**

**APELANTE:** COVISAM NORTE S.L.

Procurador: MARTA DIAZ AMOR

Letrado: MARIA LUISA AROSA-BARBEIRA

**APELADO:** CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA)

Procurador: BEGOÑA ALEJANDRA MILLAN IRIBARREN

Letrado: LETRADO AYUNTAMIENTO

**EN NOMBRE DEL REY**

La Sección 003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ha pronunciado la

**SENTENCIA**

**Ilmos. Sres. Magistrados**

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA  
CRISTINA MARIA PAZ EIROA  
LUIS VILLARES NAVEIRA

A Coruña, 9 de diciembre de 2022.

En el RECURSO DE APELACION 7065/2022, pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por COVISAM NORTE S.L., representado por el PROCURADOR D<sup>a</sup>. MARTA DIAZ AMOR y dirigido por el LETRADO D<sup>a</sup>. MARIA LUISA AROSA BARBEIRA, contra sentencia de 13-1-22 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 2 de Vigo, dictada en el PO 110/21, estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo frente al Concello de Vigo contra: 1.- Resolución de 13-2-20, de la Concellería de Fomento del Concello de Vigo, recaída en el expt. 283/441, que impuso una penalidad en la ejecución del contrato de obra "Cubrición de patio del Colexio Rocio" y 2.- Contra la desestimación presunta de la solicitud de 18-11-19 a propósito de la ejecución del contrato de obra mencionado en el Expt. 4817/440, reclamando cantidades debidas con motivo de esa ejecución. Es parte apelada CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA), representada por el PROCURADOR D<sup>a</sup>. BEGOÑA ALEJANDRA MILLAN IRIBARREN y dirigido por el LETRADO DEL AYUNTAMIENTO.

**A N T E C E D E N T E S   D E   H E C H O**

**PRIMERO.**-Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice:"Estimo parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Letrada Maria Luisa Arosa Barbeira, en nombre y representación de "Covisam Norte S.L.", frente al Concello de Vigo, y en consecuencia: - Declaro la conformidad a Derecho de la resolución de 13 de febrero del 2020, de la concellería de fomento del Concello de Vigo, recaída en el expediente num. 283/441, que le impuso una penalidad en la ejecución del contrato de obra "Cubrición de patio do Colexio Rocio". - Declaro la conformidad a derecho de la resolución expresa de la concellería de fomento del Concello de Vigo, recaída en el expediente num. 4817/440, de 10 de junio del 2020, que, entre otros extremos, aprueba la última certificación de obra del contrato de obra "Cubrición de patio do colexio Rocío", reconociendo el adeudo a la actora de la cifra de 25.699,03 euros, y disponiendo la deducción de dicha suma de la cantidad que se le había impuesto como penalidad, 11.372,79 euros. - Declaro el derecho de "Covisam



Norte S.L." a percibir el crédito de 14.326,24 euros, suma que se incrementará en los intereses legales moratorios devengados de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, con adición de la indemnización por gastos de cobro. - Declaro la disconformidad a Derecho de la resolución municipal de 1 de julio de 2020, recaída en el expediente num. 4529/443, que se anula y revoca. - Declaro la disconformidad a Derecho de la desestimación presunta de la solicitud de fecha 18 de noviembre de 2019, que "Covisam Norte S.L.", dirigió al Concello de Vigo, a propósito de la ejecución del contrato de obra "Cubrición de patio do colexio Rocio", en el expediente num. 4817/440, reclamando cantidades debidas con motivo de esa ejecución. - Declaro el derecho de "Covisam Norte S.L." a percibir la suma de 42.698,67 euros, incrementada solo en el interés legal que se devengue desde la notificación de esta sentencia y hasta su completo pago, en concepto de costes adicionales respecto de la obra proyectada. Sin imposición de costas".

**SEGUNDO.-** Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Que la mercantil "COVISAM NORTE S.L." apela la sentencia del Juzgado num. 2 de Vigo, que desestima su demanda contra el Concello de Vigo, sobre penalidad en la ejecución del contrato de obra "Cubrición de patio del Colegio Rocío", por importe de 11.372,79 euros, y estima en parte su reclamación por cantidades debidas con motivo de coste adicionales a percibir la suma de 25.699,03 euros, incrementada en IVA e interés legal desde la notificación de la sentencia, insistiendo en que le sea abonado la suma de 68.047,95 euros, más IVA e intereses desde los dos meses de la última certificación tras fin de obra o desde la previa reclamación extrajudicial; alegando en escrito de 32 páginas, en sus apartados primero, segundo y tercero respecto a la penalidad y en el cuarto, quinto y sexto en cuanto a las cantidades debidas e intereses, de infracción de la sana crítica en la valoración de la prueba, al excluir parte de los trabajos ejecutados sobre la pista de la compensación económica a la contratista, infracción de los arts. 230 y concordantes de la LCSP y doctrina jurisprudencial de la s.del

T.S. de 7-12-2015 (5ª) así como al minorar una partida de imprevistos que no se computa para atender el pago por la Administración, incongruencia intrínseca (4ª), e infracción del art. 216 LCSP, RDL 3/11, de 14 de diciembre, en cuanto al devengo de intereses que han de producir el coste adicional por precio de la obra ejecutada y no certificada (6ª).

**SEGUNDO.-** Que esta Sala, en s. num. 10/20, de 20 de enero, AP num. 7155/2019, considera que la cuantía litigiosa viene determinada por el principal, sin intereses o recargos (art. 42.1.a LJCA) y estándose en presencia de una acumulación objetiva de diversas pretensiones en un solo procedimiento, es preceptivo desglosar o individualizar cada uno de los componentes de la suma total (art. 41.3 LJCA) y, por ello, al ser la cuantía litigiosa una materia de orden público no disponible por las partes, sino de apreciación por el órgano judicial, y no ser susceptibles de apelación las sentencias que versan sobre litigios que no superen los 30.000 euros, en este caso calculados en la forma antes referida, lo que procede es no entrar a examinar el fondo del recurso de apelación, por no ser admisible lo que en este estado procesal se troca en su desestimación.

**TERCERO.-** Que el recurso de apelación solamente puede tener contenido y finalidad cuando se impugna la sentencia objeto de apelación, puesto que no constituye una segunda instancia para repetir los mismos argumentos que ya se resolvieron en primera instancia y, solamente deben considerarse las alegaciones que se dirijan a acreditar el error en que se ha podido incurrir en la sentencia que se impugna, la falta de valoración debida de la prueba practicada o defecto en la aplicación de la norma jurídica que resulte aplicable; y las alegaciones y razonamientos jurídicos, de la naturaleza de que se trate el asunto, deben tratar desvirtuar los F. de D. impugnados, no bastando con llevar a cabo un sinfín de alegaciones, sino que éstas, para que produzcan efecto jurídico deben ir acompañadas de un razonamiento racional y de la prueba correspondiente; no pudiendo pretenderse que sean analizadas, de nuevo, todas las actuaciones por el simple hecho de no estar de acuerdo con la sentencia; la interposición de la apelación es escrita y en ella se expondrán "razonadamente" "las alegaciones en que se fundamente el recurso" (art. 85.1 LJCA), sede natural de la motivación de la impugnación (razonadamente), por lo que, sin una clara argumentación de las normas o garantías procesales quebrantadas, error objetivo en la apreciación de las pruebas o infracción de precepto constitucional o legal o jurisprudencia interpretativa de los mismos, carecerá de virtualidad para obtener la revocación del fallo que se



impugna; no puede apelarse la sentencia, "pese" a la sentencia.

**CUARTO.-** Que considera este TSXG, en s. num. 108/22, de 18 de marzo, ponencia Sr. Fernández López, en su F.D. 2º, último inciso "...no cabe aprovechar tal recurso para volver a reproducir los mismos argumentos que se emplearon en la instancia, ya que ello supone ignorar que el recurso de apelación debe contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basó la sentencia de instancia, pero no volver a plantear otra vez el debate en los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso. Así lo declaran las SsTS de 10.02.97, 06.06.97, 31.10.07, 12.01.98, 17.04.98 o 04.05.98, o la de esta sala de 08.05.19, cuando afirman que, si se reproduce el escrito de demanda, resulta también suficiente con reproducir los argumentos de la sentencia apelada si se entiende que se adecuan al ordenamiento jurídico.

Y este es el caso, por lo que procede confirmar en todos sus términos la sentencia apelada."

**QUINTO.-** Que la valoración de la prueba en virtud de los principios de inmediación y libre valoración (art. 78 LJCA), es una función de la exclusiva y excluyente competencia del Juzgador "a quo", y sólo puede ser revisada por el Tribunal "ad quem", en virtud del recurso de apelación, cuando resulte que no existe motivación o que las razones utilizadas por el Juez son ilógicas, absurdas o contrarias al criterio del razonar humano, debiendo señalarse de manera precisa y concreta cuál es el dato equivocado y cuál ha de sustituirlo por resultar acreditado sin necesidad de hipótesis o conjeturas, y, sin que pueda pretenderse con la alegación de "errónea valoración de la prueba" sustituir la imparcial y objetiva apreciación del Juzgador "a quo" por una interpretación subjetiva e interesada de la parte apelante.

**SEXTO.-** Que como pone de relieve la Administración, al impugnar la apelación, el Juzgador "a quo" ya apreció de que la cuestión litigiosa es probatoria y la prueba fue exhaustiva y clarificó los aspectos controvertidos, resultando una resolución muy pormenorizada y completa, que no merece tacha alguna respecto a la cantidad de obra ejecutada a mayores, e incidencias durante la ejecución, así como valoración de las partidas, teniendo en cuenta que la actora incurre en excesiva focalización de la argumentación y esfuerzo probatorio en la acreditación de los detalles de la obra, pero asumiendo determinados aspectos como su conformidad con las correcciones

que se introdujeron, en muchas ocasiones inducidos por la contratista, no se advirtió a la Administración de la existencia de vicios en el proyecto, ni se constataron por los técnicos, ni tampoco se instó modificación del mismo, ni se emitieron informes que acreditasen imposibilidad de ejecutar las obras conforme a lo proyectado, considerando la sentencia que sobre los elementos que enuncian los peritos no han sido decisivos en el desarrollo de las obras, serán partidas no previstas, aumentos de obra, pero no al punto de condicionar su desarrollo, entendiendo la perito judicial como lógicas ciertas soluciones adoptadas de mutuo acuerdo en atención a las circunstancias de la obra; siendo una de las razones que más perjudicaron al contratista su excesiva dependencia de terceros, tanto de suministradores de materiales, cuestión que un previo acopio preventivo propio de la diligencia de un contratista solvente resolvería, especialmente, la tercera empresa que suministró parte de la cubierta, siendo llamativo que una obra prevista para tres meses, un mes después del plazo, solamente se hubiese ejecutado la cuarta parte, retrasos que no se justifican ni por razones de tipo técnico ni de previsión sobre materiales o logística.

**SEPTIMO.-** Conforme a lo establecido en el art. 139.1 de la LJCA al concurrir las circunstancias que lo justifican como es la desestimación de la pretensión que se formula se impone las costas a la parte apelante en la cuantía de 1.200euros por todos los conceptos.

**VISTOS** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **F A L L O**

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de COVISAM NORTE S.L., contra la sentencia dictada en el PO 110/21, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 2 de Vigo, la cual confirmamos ; e imponiéndole a la parte apelante las costas procesales que se causaron en esta instancia en la cuantía de 1.200 euros por todos los conceptos.

Notifíquese a las partes haciéndole saber que la misma **no es firme**, y que contra ella, se podrá interponer **recurso de casación** establecido en el art. 86 y ss de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su nueva modificación operada por la L.O. 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la L.O. 6/1985,



de 1 de julio, por las personas y entidades a que se refiere el art. 89.1 de la Ley 29/1998, con observancia de los requisitos y dentro del plazo que en él se señala. Para admitir a trámite el recurso, al interponer deberá constituirse en la cuenta de depósito y consignaciones de este Tribunal **(1578-0000-85-7065-22-24)**, el depósito al que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (BOE num. 266-de 4/11/09), y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo la presente certificación.

En A CORUÑA, a doce de diciembre de dos mil veintidós.

**EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



ADMINISTRACION DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTIZIA

## XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00008/2022

Modelo: N11600  
C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2  
Teléfono: 986 817860/72/61 Fax: 986 817873  
Correo electrónico:

Equipo/usuario: RG

N.I.G: 36057 45 3 2020 0000210

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000110 /2020PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000110 /2020

Sobre: ADMON. LOCAL

De D/Dª: COVISAM NORTE, SL.

Abogado: MARIA LUISA AROSA BARBEIRA

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

Procurador D./Dª RAMON CORNEJO-MOLINS GONZALEZ

### SENTENCIA

En Vigo, a 13 de enero de 2021

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo n° 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento ordinario seguidos a instancia de:

- "Covisam Norte, S.L." representado y asistido por el letrado/a: María Luisa Arosa Barbeira, frente a:

- Concello de Vigo representado por el procurador Ramón González Cornejo Molins, y asistido por el letrado/a: Pablo Olmos Pita.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 15 de abril del 2020 la representación procesal indicada en el encabezamiento presentó recurso contencioso-administrativo frente a dos actos de la demandada:





- Resolución de 13 de febrero del 2020, de la concellería de fomento del Concello de Vigo, recaída en el expediente nº 283/441, que le impuso una penalidad en la ejecución del contrato de obra "Cubrición de patio do colexio Rocío".
- Desestimación presunta de la solicitud de fecha 18 de noviembre del 2019, a propósito de la ejecución del contrato de obra "Cubrición de patio do colexio Rocío", en el expediente nº 4817/440, reclamando cantidades debidas con motivo de esa ejecución.

Tras su admisión a trámite, el 16 de junio, la actora ha presentado solicitud de ampliación del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), a la resolución expresa de la concellería de fomento del Concello de Vigo, recaída en el expediente nº 4817/440, de 10 de junio del 2020, que, entre otros extremos, aprueba la última certificación de obra del contrato de obra "Cubrición de patio do colexio Rocío", reconociendo el adeudo a la actora de la cifra de 25.699.03 euros, y disponiendo la deducción de dicha suma de la cantidad que se le había impuesto como penalidad, 11.372,79 euros.

Por auto de 9 de julio, a pesar de la oposición de la demandada, se ha resuelto motivada y favorablemente la ampliación interesada.

**SEGUNDO.-** El tamaño de la impugnación administrativa aun aumentó en virtud de auto de 21 de agosto del 2020, ya que a instancia de la actora y con la oposición de la demandada, se admitió la ampliación del recurso a la resolución expresa de la concellería de fomento del Concello de Vigo, recaída en el expediente nº 4529/443, de 1 de julio del 2020, que, anula la factura nº 061, de 16 de diciembre del 2019, expedida en el contrato de obra "Cubrición de patio do colexio Rocío", por la cifra de 25.699.03 euros.

Se recibió el expediente administrativo el 24 de septiembre, pero ha sido preciso completarlo y no se ha puesto a disposición de la actora hasta el 14 de diciembre del 2020.

La demanda se presentó el 20 de enero del 2021, en su petición se solicitó que se dicte sentencia en la que se declaren no ajustadas a Derecho, se anulen y revoquen, las siguientes resoluciones, todas de la concellería de fomento del Concello de Vigo:

- La resolución de 13 de febrero del 2020, recaída en el expediente nº 283/441, que le impuso una penalidad en la ejecución del contrato.



- La de 10 de junio del 2020, recaída en el expediente nº 4817/440, que de la cantidad debida en concepto de la última certificación de obra del contrato, detrae el importe de la penalidad.
- La de 1 de julio del 2020, recaída en el expediente nº 4529/443, que, anula la factura nº 061, de 16 de diciembre del 2019, expedida en el contrato de obra.

Subsidiariamente, que se acuerde graduar la penalidad descontando el periodo intermedio, desde el 28 de noviembre del 2018 (fecha de la última visita por el coordinador de seguridad a la obra), al 6 de marzo del 2019 (fecha de la recepción de la obra), aplicando la penalización mínima del 1%.

También que se reconozca el derecho de la actora frente a la demandada, al cobro de la cifra de 100.388,08 euros, resultante de la certificación nº10, impagada + la liquidación de la obra ejecutada, con su correspondiente IVA (21%). Subsidiariamente, que condene a la demandada al abono de las cantidades resultantes de la práctica de la prueba, incluyendo los gastos generados por la interpelación judicial, más los intereses de demora desde el 12 de junio del 2018 (dos meses después de la última certificación emitida tras el fin de la obra), sin perjuicio de los intereses procesales y con imposición de las costas procesales.

**TERCERO.-** La defensa del Concello de Vigo contestó a la demanda el 24 de febrero del 2021 oponiéndose a las pretensiones actoras pidiendo que fueran todas desestimadas y se confirmase la resolución recurrida.

Por decreto de 26 de febrero del 2021 se fijó la cuantía del procedimiento como indeterminada superior a 30.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 LJCA.

Por auto de 4 de marzo del 2021, se admitió la prueba propuesta por ambas partes, el juicio tuvo lugar el 20 de julio del 2021 y en él escuchamos a instancia de la actora a los testigos , , , y a instancia de la demandada, a .

También oímos las explicaciones de los peritos propuestos por la actora, Javier Suárez del Río, y Beatriz Arca Naveira, esta perito designada judicialmente.

El 27 de septiembre y el 21 de octubre del 2021, las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y finalmente quedaron los autos vistos para sentencia por providencia de 25 de octubre del 2021.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En muy resumidas cuentas tenemos que en el expediente del contrato, nº 283/441, se le impuso a la actora una penalidad por demora en la ejecución del contrato, primero se detrajo de la factura 061, correspondiente a la última certificación, nº 10, el importe de esa penalidad, y finalmente, también respecto de esta última, se anuló por completo por exceder su importe del importe a abonar según la medición de la obra realizada con ocasión de la medición de la obra en el momento de su recepción.

También con carácter preliminar queremos dejar constancia de la convicción inicial que alcanzamos en torno a la siguiente presentación de la naturaleza del litigio:

Parece evidente que no se han cumplido los plazos contractuales, la cuestión estriba en determinar la responsabilidad al respecto, puesto que mientras para la actora, obviamente, son imputables a la demandada, por varios motivos, por un lado, estrictamente técnicos, defectos en el proyecto y decisiones sobrevenidas de la dirección facultativa que supusieron cambios en éste, y por otro, la injustificada demora en la recepción de las obras ya concluidas.

Para la demandada, en cambio y con igual evidencia, la responsabilidad en el retraso en la entrega de la obra es enteramente reprochable a la constructora, también por varias razones, entre las que se destacan, sus propias decisiones y la excesiva dependencia de agentes subcontratados.

De este nudo surgen las actuaciones impugnadas, primero la penalidad impuesta y luego, la deducción sobre factura debida y el impago de otra por las deficiencias apreciadas en la ejecución de la obra.

Claramente, la solución al litigio se presenta de índole probatoria y con carácter previo, también es bueno aclarar que en la perspectiva jurídica, en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, y considerando que la adjudicación del contrato litigioso a la actora tuvo lugar por la demandada, en diciembre del 2017, resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, LCSP).



**SEGUNDO.-** Antes del estudio de los hechos y su prueba, queremos abordar una cuestión teórica que la recurrente adujo en sus primeras alegaciones administrativas, a propósito de la incoación del expediente para la imposición de la penalidad, y que por reiterarse en la demanda, es preciso corregir, nos referimos al tiempo y oportunidad de la penalidad. Este órgano jurisdiccional ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de esta problemática, lo hicimos a la luz de la STS, Contencioso sección 4 del 21 de mayo de 2019 (Sentencia: 652/2019 -Recurso: 1372/2017), y razonamos que: *"...Se discute la oportunidad temporal de su imposición, desde un doble plano, por un lado, considerando la imposibilidad de que se acuda a esta institución tras la conclusión del contrato, en la medida en que su virtualidad esencial es garantizar su correcto cumplimiento.*

*Y por otro lado, excepcionando, indistintamente (en la rúbrica pone prescripción, pero en el relato se alude a caducidad), prescripción de los incumplimientos/caducidad de la posibilidad de incoación del expediente para la imposición de la penalidad, ya que entiende que, aun reconociendo que el pliego nada indica al respecto, hay un informe que apunta un plazo de tres meses a estos efectos. Analizaremos los dos motivos impugnatorios a los que se reduce la controversia, a la vista de la normativa de aplicación, las cláusulas del pliego del contrato y de los términos de la reciente que ambas partes enarbolan a su favor.*

**SEGUNDO.-** El juicio crítico que nos merece la situación que se somete a enjuiciamiento, desde la perspectiva de las pretensiones de la actora, avanzamos que nos conduce a un resultado kafkiano por absurdo y/ o contradictorio, ya que el incumplimiento contractual de la actora (que, insistimos, ya no se discute, porque está sobradamente acreditado y bendito por la cosa juzgada), ha tenido lugar, en buena medida, por la conclusión anunciada del contrato. Pero a la vez, como el contrato concluía no se podrían imponer penalidades porque su finalidad sería precisamente la de asegurar su correcto cumplimiento.

El respaldo sin fisuras de esta tesis, que es la que en esencia sostiene la actora, abocaría a escenarios tan reprobables desde la necesaria defensa del interés general o público, como que cualquier empresa adjudicataria de la prestación de un servicio público en el último tramo de la vigencia de su contrato, dejase deliberadamente de atender sus obligaciones, a sabiendas de que su fin es próximo, sin más consecuencias que la falta de abono de los trabajos no realizados, que es lo que se ha hecho en el caso litigioso con los descuentos operados en las últimas certificaciones mensuales.

***Pero esa "salida", resulta repugnante al Derecho.***



Vaya por delante que la STS, Contencioso sección 4 del 21 de mayo de 2019 (Sentencia: 652/2019 -Recurso: 1372/2017), directamente, solo aborda una de las dos cuestiones que se han dejado señaladas como objeto de esta controversia, sentando que: **“la imposición de penalidades conforme a la normativa antes expuesta por incumplimiento contractual, no está sujeta a un plazo de caducidad; [...] no son aplicables los artículos 42.3.a ) y 44.2 de la Ley 30/1992 -actualmente, artículos 21.3.a ) y 25.1.b) de la Ley 30/1992 - porque constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución.”**

En este punto la STS da la razón a la demandada, a pesar que ésta, había dado por bueno el plazo trimestral apuntado por la actora, defendiendo que tanto el inicio de las actuaciones que conformaron el expediente para la imposición de la penalidad, tuvo lugar antes de que hubieran transcurrido tres meses desde la comunicación a la adjudicataria de los incumplimientos (19 de septiembre del 2017, informe del 13 de septiembre que denuncia los mismos, a 23 de octubre del 2017, informe que los constata), ausencia de prescripción, como que desde el acuerdo de incoación del procedimiento, propiamente dicho, 28 de diciembre del 2017, hasta su conclusión, 23 de marzo del 2018, no han transcurrido, ausencia de caducidad. Entonces, debemos centrar la solución del litigio en la oportunidad temporal de la imposición de la penalidad y sobre esto, la STS citada, nada dice directamente, aunque sí indirectamente y es a partir de esto que avanzaremos la desestimación de la demanda. La STS dice lo que dice en cuanto a la naturaleza de la figura, que es única con independencia de sus finalidades variadas; en su fundamento jurídico quinto, dice:

**“3º Aun así como tal penalidad tiene una sola regulación y no puede ostentar diversa naturaleza dependiendo de su finalidad, hay que estar al criterio jurisprudencial según el cual carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual (cf. artículo 1152 del Código Civil ) cuya razón radica en el interés público que se satisface con el contrato y que es necesario tutelar.”**

Es decir, la naturaleza de la institución de la penalidad contractual es única y única debe ser su regulación, y desde ahí se rechaza la asimilación o aplicación de las normas que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora, para concluir el rechazo de la existencia de un plazo de caducidad en la tramitación de su imposición.

Pero aunque suelen asimilarse, incluso confundirse, naturaleza y finalidad, no son lo mismo y desde la perspectiva de sus finalidades la STS admite claramente, justo antes del





ADMINISTRACION DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

párrafo reproducido, la finalidad sancionadora de la penalidad; dice:

**“ 2º Su naturaleza ciertamente se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración y hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual. Tal similitud se acentúa cuando con la penalidad se reacciona ante retrasos del contratista u otro cumplimiento defectuoso mantenido en el tiempo; ahora bien cuando se impone como consecuencia de un incumplimiento puntual o ejecutado del contrato, ya no implica coerción alguna y su naturaleza se asemeja ciertamente a la sancionadora o cumple un fin resarcitorio.”**

A partir de lo expuesto ya se comprende que ningún obstáculo hay para que la penalidad contractual, sin perjuicio de que con carácter general esté llamada a cumplir un fin compulsivo sobre el contratista, pueda operar como auténtica sanción al adjudicatario incumplidor, o con una finalidad resarcitoria, como expresamente apunta la STS, Contencioso sección 4 del 21 de mayo de 2019.

Entiendo que la literalidad de la Ley de aplicación al caso, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), también abona esta conclusión. Porque, primero, su art. 118.2, que la actora denuncia vulnerado por el proceder de la demandada, nada indica de que su imposición deba cumplir esa y solo esa finalidad de aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones del contrato, o que su imposición quepa solo durante la vida del contrato (luego ahondaremos en esta última cuestión). El precepto decía:

**“Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución...”**

Es decir, las penalidades se pueden contemplar contractualmente para los casos de incumplimiento, debemos añadir, también, de las condiciones especiales de ejecución.

Ya sabemos que el contrato litigioso no contemplaba

**“condiciones especiales de ejecución”, pero la imposición de**

penalidades se contempla con carácter general, en la Ley y en el pliego, para el caso del incumplimiento de las obligaciones del contratista, cuando no proceda la resolución.

Si acudimos al artículo 212 LCSP, así lo corrobora:

**“Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 64.2 y 118.1. “**



Ninguno de los ocho apartados del precepto legal contempla expresa o tácitamente la doble limitación que respecto de la figura de la penalidad preconiza la actora, esto es, que solo pueda cumplir una finalidad de aseguramiento del cumplimiento del contrato, y que solo puedan imponerse durante la vida de éste. Es más, si nos detenemos en el apartado 8 de la norma, vemos elementos que apoyan el extremo de que la penalidad pueda imponerse a la conclusión del contrato; decía:

**"8. Las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones."**

Si la efectividad de la penalidad cabe hacerla sobre el pago total, o sobre la garantía del contrato, ya nos está situando la Ley en el ocaso del contrato, y entiendo que la posibilidad disyuntiva que se contenía en el apartado 7 de ese art. 212 LCSP, sobre que la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades, no debe ser malentendida como que éstas no quepan a la conclusión del contrato."

A lo expuesto solo nos queda añadir que ese plazo de tres meses desde la conclusión del contrato, al que se aferra la actora, está previsto para lo que está, la declaración de la prohibición de contratar y de ninguna manera sería aplicable a esta situación ya que, en su caso, el plazo que habría de considerarse no es ese, sino el de tres años desde que la entidad contratante tuvo conocimiento del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato, art. 61.2 e) LCSP, y en parecidos términos, art. 72.7 e) del actual texto legal.

Luego, desde la perspectiva temporal la incoación del procedimiento para la imposición de la penalidad, ha sido ajustada a Derecho.

**TERCERO.-** Desde el plano de los hechos, hemos de reconocer y lo hacemos porque entendemos que representa la esencia de una motivación entendida ésta como la exteriorización no solo de la convicción final alcanzada tras la valoración probatoria, sino del proceso interno seguido hasta esa conclusión. Pues decimos que, hemos de admitir que, antes de conocer el expediente administrativo, tras la práctica de la prueba en el acto del juicio, quedamos, en cierto modo, desconcertados porque nos dio la impresión de que había habido un error relevante en el proyecto de la obra, vicio imputable a la demandada, a pesar de que se hubiese suscrito



un acta de replanteo positiva. Ese error sería la ausencia de previsión respecto de la presencia en el subsuelo, de zapatas de construcciones colindantes al área de la obra que hubieran condicionado su desarrollo de manera relevante, ya que esta imprecisión en cuanto al asentamiento, racionalmente comprometía la ubicación de los pilares (se admite que se modificó y se redujo su número), y con ello, parece que pudiera repercutir también en la estructura portante, la cubierta. Entendimos, al concluir el acto del juicio, que este aspecto podía ser determinante del éxito de la acción, y de la conformidad a Derecho de la actuación impugnada, de ahí que preguntásemos directamente a la perito designada judicialmente por el particular, causándonos extrañeza su respuesta puesto que restó cualquier importancia a la cuestión.

Pues bien, tras el reposado análisis del resto de la prueba, documental, arribamos al puerto en el que descubrimos nuestra equivocada impresión inicial que, desde ahora, y por las razones que expondremos, debemos aparcas. Si a caso añadir que, de estar en lo cierto con nuestra primera impresión, el fracaso probatorio de la actora es absoluto, como también lo es el enfoque de su demanda. Porque algo que nos pone sobre la pista de que nuestro juicio inicial era errado es el extremo de que en aquellas primeras alegaciones presentadas por la actora en sede administrativa, el 29 de mayo del 2019, no se hubiese hecho hincapié en esa circunstancia y únicamente en la alegación tercera encontramos la lacónica frase de:

***“Se suprimió un pilar, con necesidad de recálculo de toda la estructura, que fue atendido.”***

La misma debilidad encontramos en la demanda, lo que es “lógico” si se repara en su similitud con aquellas alegaciones administrativas, y así, llama poderosamente la atención que la recurrente no centre su argumentación jurídica y fáctica en ese aspecto, al punto de que si acudimos al “otrosí digo” segundo de la demanda para ver los puntos de hechos sobre los que se propuso prueba, no queda claro que se defienda la existencia de vicios del proyecto, el surgimiento de imprevistos en las características de la obra no imputables a la constructora... Se centra el objeto de la prueba de la actora en la existencia de exceso de obra, su cuantificación, avance de la obra y esperas en atención a la dirección facultativa. Luego, al indicar la finalidad de las pericias, se señalan los puntos que constituirán el objeto de los informes, y sorprendentemente, la cuestión que para nosotros se presentaba como determinante, se señaló en último lugar:

***“Si los excesos de obra se corresponden a errores, insuficiencias o imprecisiones del proyecto, de manera que habría sido imposible acabar la obra contratada sin la***





*realización de esos excesos o, en su caso, corresponde a órdenes expresas o tácitas de la dirección de obra."*

Y como avanzamos, los resultados de ambas pericias en torno a este punto son elocuentes, los reproducimos:

Del extenso informe pericial confeccionado por el aparejador Javier Suárez, únicamente se aborda esta cuestión en una página, la última, 74; dice:

***"Los errores, insuficiencias imprecisiones del proyecto, que han sido objeto de análisis en el presente dictamen, por su naturaleza y alcance, si bien condicionan el proceso de ejecución, no imposibilitan -por sí solos- la finalización de la obra proyectada.***

*No obstante, ha de significarse que las condiciones climatológicas adversas presentes en el proceso de pintado de la pista y las consecuencias derivadas de su indebida ejecución, en base a los hechos circunstanciales analizadas en el apartado II. 17,18 y 19, han sido determinantes y sustanciales en lo que atañe a los plazos de recepción y repercusión sobre la cuantía reclamada."*

Como es de ver, ni mención de la aparición de zapatas con las que no se contaba, ni sobre la reubicación de pilares, ni sobre la incidencia de estos elementos en la estructura portante.

El completo informe de la también aparejadora, Beatriz Arca, es aun más concluyente y dictamina que:

***"No se consideran los trabajos a mayores analizados errores, insuficiencias o imprecisiones del proyecto, sino más bien, trabajos que aparecen para completar lo ya proyectado, que son habituales en este tipo de obras, como, por ejemplo, la jaula de acero, el pintado de zócalo, el remate del canalón, el cierre de chapa, etc..."***

*Hay también cambios sobre lo proyectado como, por ejemplo, las luminarias de la pista donde se colocan focos nuevos el lugar de recolocar lo existente, o la pintura de la pista en lugar de hacer reparaciones puntuales a base de micro cemento, o el soporte para el letrero de policarbonato en lugar de la chapa proyectada, o los elementos anti pájaros."*

Es decir, no encontramos lo que buscábamos, lo que creíamos que hallaríamos y que podría sustentar la posición actora, que se hubiese probado que por un error capital del proyecto apareciese subterráneo un elemento, zapatas de construcción colindante, que hubiera sido determinante en el desarrollo de la obra, al desencadenar un cambio en la ubicación y número de los pilares que soportan la estructura portante y del diseño de la propia cubierta.

Sobre los demás elementos que enuncian los peritos, sin perjuicio de que abordaremos su estudio más adelante, hay que convenir que no han sido decisivos en el desarrollo de las obras. Serán partidas no previstas, aumentos de obra, pero no



al punto de condicionar su desarrollo, la posibilidad de cumplimiento del contrato en el plazo establecido, que es lo que estamos analizando ahora.

**CUARTO.-** La realidad de los hechos, la causa que consideramos acreditada del incumplimiento temporal de la actora, del retraso en la entrega, es una principal que contradice la versión ofrecida en el juicio por el jefe de obra de la actora, , y además, la ha reconocido la recurrente en sus primeras alegaciones y en su consecuente reproducción en la demanda ("hecho" segundo), y ha sido el fallo con la subcontratista "APIMET Construcciones autoportantes, S.L.", del que, frente a la demandada, es solo responsable la actora. Efectivamente, la controversia que se hubiese producido entre ambas mercantiles, resulta ajena a la demandada, artículos 227.4 LCSP y 38 PCAP, y todo apunta que la subcontratista no ha cumplido con la actora, la ha dejado tirada al no suministrar la estructura portante en el tiempo y forma convenidos generando el considerable retraso en el desarrollo de las obras. La resolución impugnada se hace eco correctamente de esta circunstancia, a partir del material probatorio presentado por la propia actora:

**"Nótese a estos efectos que a responsabilidad da contratista** *recoñécese no burofax remitido a APIMET con data 14 de agosto que se adxunta como anexo no 2 ao escrito de alegación. En concreto, no mesmo se indica que "el motivo de la presente comunicación se concreta en notificarles la rescisión del referido contrato por falta de cumplimiento, conforme a las cláusulas estipuladas en el mismo, en concreto en cuanto a los plazos de ejecución, falta de capacidad de APIMET, retrasos injustificados...que implican que al término final es de imposible cumplimiento, suponiendo el previsible incumplimiento por parte de mi mandante con el Concello de Vigo y las correspondientes penalizaciones que ello le derivará (...) se les repercutirán los daños y perjuicios que se le irroguen a mi mandante con motivo de su incumplimiento, así como las penalizaciones por el retraso en la ejecución de los trabajos..."*

La anterior conclusión probatoria se refuerza si repasamos los siguientes hitos:

El 21 de mayo del 2018 se firma el acta de comprobación de replanteo positiva, por lo que siendo el plazo de ejecución del contrato de tres meses, debería concluirse el 21 de agosto del 2018.

A partir de la documental presentada por la propia actora, informe elaborado por el responsable de la coordinación de seguridad y salud obra, , que minuciosamente plasma la evolución de la obra a partir de las numerosas



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

visitas, casi diarias, que realizó a la misma, incorporando reportaje fotográfico, advertimos que:

Las obras comenzaron puntualmente, el 21 de mayo del 2018, consistiendo en tareas de desmontaje de barandillas, demoliciones, hormigonado, apertura de zanjas, cimentación ... Luego, no es cierto como se afirma las conclusiones finales de la actora que ***“Se retrasó el inicio de la obra a conveniencia de la Administración demandada, para la conclusión del curso lectivo, cuando después fue necesario afrontar la obra el periodo lectivo.”***

No obstante, desde el 18 de junio al 27 de agosto del 2018, vemos que las obras han permanecido inexplicablemente paradas, sin ningún tipo de actividad, y se reinician en esa última fecha, con la instalación de la estructura metálica. El primer informe del coordinador de seguridad y salud obra, , concluye en aquel primer periodo de actividad, con la última visita a la obra, realizada el 11 de junio del 2018 y la siguiente anotación:

*“Durante el periodo del presente informe, no se han realizado anotaciones en el libro de incidencias de la obra.”*

Ciertamente, con ocasión de la visita 7, el 31 de mayo del 2018, se dejó constancia de que:

***“Adicionalmente, se ha detectado la interferencia de parte de la cimentación del edificio anexo al centro educativo, con la prevista ejecutar en nuestra actuación. Se está a la espera de que se establezca el sistema de ejecución adecuado.”***

Pero la circunstancia no parece haber tenido mayores repercusiones, como se desprende de las conclusiones periciales ya analizadas, del hecho de que las obras continuasen tras ese 31 de mayo del 2018, diez días más, y al contrario, lo que enseña que ha determinado la paralización de las obras durante los dos largos meses del verano es la falta de suministro de la cubierta, como se desprende de la narración de hechos contenida en el segundo de la demanda, cuando se reconoce que la subcontrata responsable de su suministro se desentendió de su cumplimiento, que hasta el 14 de agosto del 2018, la recurrente habría presionado a “APIMET Construcciones autoportantes, S.L.”, para la entrega de la estructura portante, sin éxito. Finalmente en esa fecha la actora rescinde el contrato con la subcontrata y no es hasta el 18 de agosto del 2018 cuando procura una alternativa. Pero ya se había perdido un tiempo precioso, de dos meses en un contrato que debería materializarse en tres, y sobre todo, se perdió la oportunidad de ejecutar las obras en una época óptima, tanto desde la óptica de menor o nula incidencia en el funcionamiento normal del colegio, como desde la climatológica que luego veremos que puede tener su trascendencia en cuanto a la tarea de pintado de la pista.



Pero es que tenía que haberse acometido en verano, como estaba previsto, y si no se ha hecho así, ha sido por la sola responsabilidad del contratista, y frente a ello, lo que es peor, tenemos la inacción de la recurrente. Porque de nada o poco vale el subrayado que se expresa en el último párrafo de la página de la demanda que narra el "hecho" segundo, porque la cuestión no es que la demandada sea informada puntualmente del incumplimiento de la subcontratista y se mantengan reuniones frecuentes con la dirección facultativa. La cuestión es que a la demandada le da igual ese incumplimiento, no es su responsabilidad, y lo que tendría que haber hecho la actora si hubiera querido guarecer la suya es haber procedido de otro modo:

Para empezar, dejar debida constancia documentalmente de la imposibilidad de cumplimiento en plazo del contrato, desde que surgió el problema con la subcontratista, e instar, o intentar una modificación del contrato en su aspecto temporal, o pedir la prórroga del plazo para su ejecución. Sí sabemos que esto último hizo, pero tarde y mal y así se aborda correctamente en el acuerdo de incoación de la resolución impugnada que impone la penalidad, al motivar que la solicitud de prórroga contractual presentada el 20 de agosto del 2018, no cumple con las exigencias previstas en el art. 100 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que ni ha sido motivada, ni indicó una fecha probable de conclusión del contrato, y sobre todo, por presentarse la víspera de la fecha en la que debería estar terminada la obra, cuando la norma impone que la Administración debe resolver antes de la terminación del plazo de ejecución, lo que en el presente caso resultaría prácticamente imposible. La gravedad de la negligente actuación de la actora en este punto es mayor si reparamos en que, según sus propias palabras, desde el 30 de junio del 2018, conocía que la subcontrata se había desentendido de sus obligaciones.

Pero esa paralización de las obras de algo más de dos meses, imputable solo a la actora, no ha sido la única; tras su reanudación, a finales de agosto del 2018, el 21 de septiembre se ha suscrito acta de recepción negativa de las obras, concediendo a la actora el plazo de un mes y medio para la conclusión de las tareas pendientes, en concreto:

*"-Á data da presente, a edificación non se atopa finalizada, estando executada a cimentación, parte da estrutura, o que supón aproximadamente un 25% do importe das obras adxudicadas.  
-As obras pendentes de executar, á data da presente, consisten na finalización da estrutura autoportante metálica, material de cubrición na súa totalidade, e remates de pavimentación*



*albanelería e instalacións, o que representa un 75% do importe das obras”.*

En consecuencia, un mes después de cuando se tenían que haber terminado las obras, solo se había ejecutado su 25%, y este extremo, incontrovertido, unido al hecho de que la demora sea imputable solo a la actora, fundamenta la procedencia de la penalidad impuesta.

**QUINTO.-** La anterior conclusión se abona con el resultado de la prueba practicada en el acto del juicio, que reproducimos a continuación:

, jefe de obra de la actora, respondió que se mantuvieron reuniones periódicas con la dirección facultativa, cada quince días en obra, y cada tres semanas en las dependencias del Concello con todas las partes, sobre seguridad y asistencia técnica de la obra. El coordinador de seguridad realizaba visitas diarias, confeccionando informes que remitía a todos los agentes de la construcción.

Preguntado a propósito de quién había partido la idea de la modificación de los pilares ubicados en el extremo opuesto a las gradas, respondió que ha sido de la dirección de la obra consensuada con la Administración, debido a la imposibilidad de ejecución imprevista, ya que en el subsuelo había algo con lo que no se contaba, las zapatas, la cimentación del edificio colindante. Este extremo supuso varias semanas de retraso en la obra, pues también afectaba a la cubierta, ya que era parte de su soporte.

Se generaron tensiones con la empresa que suministraba la cubierta, ya que tenía que ser consensuada, y se acabaron resolviendo y subcontratando a otra. Esto sucedió en agosto del 2018, pero en una semana, diez días, sustituyeron la subcontrata, segregaron los contratos, cubierta y estructura, y todo esto supuso un incremento de costes.

La zapata próxima a la grada no estaba prevista en el proyecto, iban dos zapatas que sustentaban dos pilares, pero se ejecutaron tres, para soportar una viga en celosía también no prevista. Esto se trató en esas reuniones y en todas las demás, y los cambios fueron a instancia de la dirección facultativa. Las zapatas tal como eran previstas en el proyecto no eran ejecutables.

Respecto de la partida de las luminarias ofrecieron distintas alternativas y el Concello elige. Eligieron otras distintas de las previstas en el proyecto y también supuso retraso...ya que no las había en stock.

Preguntado por qué no se repusieron las preexistentes, respondió que luces, y báculos se las llevó el Concello, servicio de obras ..





A propósito de la instalación del cierre de chapa de policarbonato, explicó que la chapa prevista en proyecto oscurecía la pista, hubo quejas del colegio, y fue la solución que se escogió, consensuada con la demandada. Los medios auxiliares para ejecutarlo es lo que la encarecía y además, el porte de traer el material, desde el País Vasco, o Navarra, y colocarlo en fin de semana, por las prisas de la demandada.

Preguntado cuándo estuvo la cubierta terminada, respondió que aproximadamente sobre el 20 de octubre del 2018.

Todo lo que se hizo fuera de proyecto fue a petición de la dirección facultativa, la constructora pasaba el presupuesto y la demandada decidía, toma de tierra, cancellas, protecciones de pilares... Si la chapa microperforada de la jaula, está oxidada, es porque se pasaron dos ofertas: de acero inoxidable 304 y 316, actora recomendó ésta que es mejor, pero más cara, pero la dirección facultativa escogió la solución económica.

El primer pintado de la pista fue en noviembre del 2018, en malas condiciones meteorológicas, se podía y debía haber postergado el pintado de la pista, pero no se hizo porque hubo presión escolar para utilizar la pista y de la dirección facultativa que tenía prisas e impuso acabar.

Desde que se concluyó esa tarea hasta marzo del 2019, solo colocaron una canaleta que no incidía en la conclusión de la obra.

El pago fue en marzo y fue así porque lo gestionó así la demandada.

A propósito de la partida de algo más de 11.000 euros, en concepto de imprevistos, que luego resultaron ser 0, respondió que se nos insinuó por la demandada, que los aumentos de obra nuevos se pagarían por ahí, pero no se hizo así, les dijeron que se habían detectado problemas, que ya les pagarían.

La última certificación no se pagó.

Florescencias aparecieron en varias zonas de la pista, donde se aplicó mal la pintura, en perímetro de la pista no cubierto, el fabricante, y todos recomendaban no pintar pero la dirección facultativa insistía, quedó mal y para reparar no era necesario pintarla toda... Bastaba una zona de 50 m<sup>2</sup> y una tira de 50 centímetros, pero se decidió cambiar toda la superficie para cambiar su color ya que el instalado inicialmente ocasionaba oscuridad. El segundo pintado de la pista se realizó en agosto del 2019, y aun ha habido una tercera actuación en la pista, un parche, en junio del 2020, en el punto de las zapatas conflictivas, en unión de pista polideportiva con el colindante, ya que se levanta el pavimento y se unen materiales, el nuevo y el preexistente.



El proyecto no preveía una solución para las juntas entre solera de hormigón

A preguntas de la defensa municipal, reconoció que la fecha del acta de inicio de las obras se levantó en mayo del 2018, pero que se ejecutó la obra desde agosto del 2018 a mediados de diciembre, comienzos de enero del 2019.

Que no intervino en la redacción de la oferta; no recibió avisos de compañeros sobre que había algo mal en el proyecto, en el estudio interno tampoco se detectaron esas anomalías, era difícil...

Preguntado si la constructora no había documentado esas anomalías que imposibilitaban la ejecución de lo proyectado, respondió que no, que las vieron in situ, no le pareció necesario documentar el extremo de las novedosas zapatas. Mientras no se solucionó esta cuestión no se podía avanzar por otros frentes. La subcontrata no entendió el cambio, luego operaron con dos, la de la ejecución de la estructura, la subsanaron en una semana, y la de cubierta un poco más, un mes, desde su resolución hasta que reanudaron el trabajo.

, aparejador, coordinador de seguridad de la obra, designado por la demandada, realizó visitas diarias a la obra y confeccionó informes que remitía a todos los intervinientes. Explicó que había casas adyacentes en la zona de esas zapatas, en el fondo de la esquina de la pista.

, directora del centro, respondió que sobre los vinilos laterales del pabellón, no se les consultó nada. Que el primer pintado fue del mismo color que el que había, luego sugirieron cambiar sus colores ya que era muy oscuro y habló con el chico de la pintura... Cuando comenzaron las obras no había actividad lectiva, empezaron con retraso, al comienzo del curso 2018-19, estaban las obras y la zona precintada, y terminaron cerca de festival de Navidad. Había vallas cerca de la portería donde se levantó la pintura. Repintada la pista, de rojo a azul, aparecieron defectos, e hicieron un parche en pintura de color distinto. Después de la entrega no le suena que se realizasen otras intervenciones.

, técnico municipal, integrante de la dirección facultativa, autor del informe de 30 de septiembre del 2019 (documento nº 14), supervisa obra pública de varios servicios municipales. Preguntado si alguien propuso la modificación del proyecto, respondió que la contratista propuso un cambio de ubicación de los pilares en parte trasera de la parcela, ya que suponía menos coste, se habló con el colegio, estuvieron de acuerdo, y se aceptó. Luego



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

surgieron problemas con los asentamientos en la finca colindante, sobrevenidos, y se habló de posibilidad de modificación de proyecto, pero la contratista lo rechazó y aceptó que el coste adicional de este aspecto, lo asumía. El caperuzo que se reclama, no es de la cubierta, sino de la base de un pilar, es un remate, un elemento necesario, no a mayores, no hay unidades nuevas y las que hay se compensaron, con las que se ejecutaron de menos. Se equilibraron las partidas.

No tiene duda de que se superó el plazo de ejecución de obras, porque terminó el plazo para el suministro de la estructura y no aparecía y la explicación que les dieron es que habían roto relaciones con la subcontrata. Hubo quejas de colegio, necesitaban el patio, se hicieron actas de recepción parcial de fechas todas posteriores a fin de plazo de ejecución.

Se presentaron posteriormente problemas con la estructura, óxido, deficiente, florescencias en la pista, mala ejecución, la garantía no cree que cubra el coste de los ensayos que habrá que hacer...

A preguntas de la defensa actora respondió que forma parte de la dirección facultativa de la obra, que realizó visitas a la obra, acompañado de la asistencia técnica, hubo reuniones periódicas para ver el seguimiento de la obra.

El cambio de los pilares del lado izquierdo fue decisión unilateral de la empresa; en la derecha, se presentó el problema de una zapata imprevista, pero se solventó en una semana a iniciativa de la contrata.

En esa reunión no se trató tema de luminarias, la actora debía reponer las mismas y la contratista puso otras porque quiso, ignora donde están las primitivas.

Preguntado por la chapa microperforada, respondió que ha sido un remate de la obra, que no se presentaron presupuestos, pero si es galvanizada no se oxida; se le pedían los certificados de los materiales; si saldo 0, es que no hubo trabajo en obra.

Preguntado si se trabajó de noviembre del 2018 a marzo del 2019, respondió que cree que sí, aunque no en unidades de obra nuevas, solo tareas de reparación.

Preguntado si la actora pidió un día para medir obra y liquidar antes de marzo del 2019, respondió que solo conoce esta vía judicial.

Preguntado sobre cuándo se hizo el pintado de la pista, respondió que en octubre del 2018, "...os rapaces salían con chaquetas manchadas de la pintura..."

Preguntado si había un plazo para pintar la pista, respondió que estaban fuera de plazo, y no propusieron dejar pintado para el verano..





El perito Javier Suárez del Río, en la página 72 de su informe, aclaró que sobre la certificación 10, respecto de la suma de 99.538,25 euros, no se le aplica la baja de 17,28%, a su resultado se le debe añadir el importe de la certificación nº 10, 25.699 euros, íntegro ya que ya le habían aplicado la baja ofertada, sino se aplicaría la baja dos veces.

Precio de pintura es el de proyecto (56,57 euros, incluye beneficio industrial y gastos generales pero no el IVA), y precios según mercado.

Preguntado por el importe de la jaula en chapa, respondió que vio su factura, y cree que es elevada; preguntado si está oxidada, respondió que el acero inoxidable también se oxida y depende de su calidad, más o menos. En proyecto no estaba definida esa calidad, ahora se puede reparar, sin necesidad de sustituirla.

Las partidas enumeradas en ese resumen de la valoración de su informe como: 2 y 3 no se podían ejecutar tal como estaba en proyecto, pero la diferencia entre lo previsto, lo que se iba a hacer y lo que se hizo es de 120 euros.

Respecto de las luminarias: hubo un cambio, había 4 +2, el proyecto preveía su reutilización y solo se reutilizaron las 2, las de graderío, y las otras, se pusieron nuevas, seis en lugar de las cuatro preexistentes.

El elemento disuasorio, anti pájaros, no estaba previsto, lo contemplado era una red horizontal bajo la cubierta, pero ante su ineficacia se sustituyó esta solución.

Sobre el pintado de la pista, dijo que es una resina, mortero acrílico, con especiales requerimientos de aplicación exigidos por el fabricante (humedad relativa en el exterior no superior al 70%, no en días de lluvia), cautelas en humedad de ambiente y superficie, pero se aplicó con lluvia, adversa (soplete) y a sabiendas de aquellos requerimientos. Esta partida supone 1/3 del total con lo que la dirección facultativa manda en cuanto a su ejecución.

Entiende que ha habido un vicio de proyecto y en las órdenes de la dirección facultativa. Las florescencias no son tales; la pintura se levantó porque mal aplicada, solo en zonas de pista de márgenes exteriores, en las no cubiertas, y había una reparación parcial, ya que la superficie afectada era  $\frac{1}{4}$  del total aproximadamente.

Tras el segundo pintado de la pista aparece esa línea, la fisura en solera, y origina un tercer pintado, en la zona de las uniones de los materiales. Hay soluciones en obra, sellados, pero el proyecto no preveía nada al respecto y cree que en el lugar aflora agua, no cree que se trate de un problema de aplicación, ya que reincide.



Recuerda que, en el importe de la valoración de las obras, que reputa ejecutadas a mayores por la contratista, por importe de 103.585,27 euros no ha contabilizado el descuento de la valoración necesaria para las reparaciones de las patologías observadas en la unión de la solera, por importe de 2.464,04 euros, IVA no incluido.

Beatriz Arca Naveira, perito designada judicialmente, aclaró que:

Respecto de la partida de elementos de acero, chapa microperforada (página 40 de su informe) no hizo minoración por su oxidación, entiende que la actora debe repararla sin coste, ya que lo suministrado no ha sido correcto. Cuando ahí indica: suma 0%, es un error; lo correcto, se indica en la página 54, partida 15, por 384 euros.

Lavado muros, partida 9 esta sí considera que debe ser 0. Página 10 de su informe, partidas 2 y 3 de la valoración económica de la obra no proyectada, página 54 de su informe, aclaró que no se ejecutó lo del proyecto (abrir donde nuevos pilares, zapatas), se tiró todo el muro y se hizo de nuevo; diferencia entre una y otra, 283 euros. Entiende que lo previsto en proyecto era perfectamente posible.

Partida 8 de la valoración económica de la obra no proyectada, página 54 de su informe, soporte decorativo en policarbonato, aclaró que la actora incluye otros conceptos, por lo que lo apuntado por la actora es desproporcionado, ya considera medios auxiliares que tienen que estar en obra (andamios, grúa).

Sobre la pintura de la pista: a partir del informe de "Pintarche" entiende que hubo una primera deficiente ejecución, en exceso sencilla, consistente en tapado de grietas y pintado con pintura acrílica, que si se hubiese ejecutado correctamente, no habrían aparecido esas deficiencias, y que en la segunda actuación se realizó correctamente porque las especificaciones de la subcontrata se definieron mejor, fueron las acertadas a la preexistencia de una pista, como era el caso. Le parece evidente que no puede acometerse lloviendo, con humedad, aunque hay resinas que resisten condiciones adversas. No cree que pintura se levantara.... a tenor de las fotos nº 113,114 de su informe, entiende que no se ejecutó bien, o no era el producto adecuado, y en la página 48 de su informe se ve que hay dos acabados de pintura distintos, tacto diferente, por lo que confirma que se ejecutó de manera incorrecta, en el tratamiento del soporte de la pintura, debido a la discontinuidad de los materiales y su mala adhesión.

El proyecto no definía ni marca comercial, ni resinas, ya que la solución prevista era otra, era tratar con



microcemento, sanear lo existente, no pintar por completo la pista. Considera un único valor a estos efectos, el del segundo pintado de la pista, no es posible la facturación de tres pintados de la pista, menos aun imputárselo a las condiciones meteorológicas.

Podía aplazarse la actuación pero depende del tiempo del que disponga la contratista para la conclusión del contrato, en todo caso el aspecto meteorológico no lo considera ni decisivo, ni causa del mal resultado.

El problema de las zapatas, en su criterio, no supuso nada relevante, es nimio.

**SEXTO.** - Retomando el análisis de la cuestión atinente a la penalidad impuesta, hemos dejada clara su procedencia, en nada obsta la circunstancia de que la recepción de la obra hubiese tenido lugar en marzo del 2019, después de supuestamente meses sin actividad, porque en la demora se había incurrido ya en octubre del 2018. Resultando procedente la penalidad resta por analizar su cuantificación, de la que subsidiariamente discrepa la recurrente.

Para ello, reparemos en las siguientes circunstancias que también consideramos probadas:

El 1 de octubre del 2018 se levantó acta de apertura provisional y parcial para la utilización de parte del patio del colegio, hasta la reanudación de las obras que se produciría según el nuevo plan de trabajo de la contratista, el 22 de octubre del 2018, por estar pendiente la recepción de la cubierta. En dicha acta se reflejó que la ocupación parcial no implicaba ni la ocupación efectiva, ni suponía ningún acto de recepción de la obra.

Llama la atención que en la enumeración de los antecedentes de hecho que hace la resolución impugnada se dé un salto temporal desde esa última fecha hasta la del 6 de marzo del 2019, cuando se levantó el acta de recepción de las obras favorable con la siguiente observación:

*"apreciase a existencia de fluorescencia na etapa base de acabado de pavimento da pista que deberá de ser correxida cando as condicións climatolóxicas o permitan, sendo o prazo máximo o inicio do próximo curso escolar".*

Pues bien, a partir del informe del coordinador de seguridad y salud obra, , sabemos que las obras se reanudaron, en realidad, el 26 de octubre del 2018, y que el 31 de octubre se había concluido la instalación de la cubierta. El 5 de noviembre comienza la tarea de pintado de la pista y del cierre de policarbonato. El 15 y 16 de noviembre concluyen los trabajos en el exterior, los del cierre de policarbonato, el sistema antipájaros y protección de pilares y avanza la tarea de pintura.



El 19 de noviembre del 2018, con ocasión de la visita 47, el técnico concluye que prácticamente están finalizados los trabajos de ejecución de la obra, centrándose nuevamente la actividad en la realización de los trabajos de pintura de las líneas de delimitación de la pista deportiva.

El 21 de junio del 2019, ha sido la directora del centro quien pide que la pista se repinte de azul, la dirección facultativa, el 18 de junio del 2019, señala que se pinte la pista en la primera quincena de agosto del 2019 y que se coloque también antipájaros en las barreras centrales. Las últimas reparaciones en el margen de pista, se ejecutaron los días 29 y 30 de julio del 2020.

Pues bien, la resolución que impone la penalidad fundamenta la decisión en la evocación de lo contemplado en los siguientes preceptos legales, 212.1 y.8 LCSP, y en la cláusula 35 PCAP, y recuerda que el incumplimiento de los plazos establecidos para la ejecución de las obras será calificado como falta grave cuando los plazos finales de ejecución sean superiores al 50% del plazo previsto, o como falta leve en caso de que el incumplimiento del plazo sea inferior.

Y a la vista de lo expuesto alcanzamos la siguiente conclusión, por un lado, encontramos injustificado que la recepción de la obra se hubiese postergado a marzo del 2019, pues la prueba practicada indica que las obras estaban concluidas a finales de noviembre del 2018, con las observaciones que se considerasen oportunas (igual que se reflejaron en marzo del 2019), pero terminadas. No se ha demostrado ninguna razón objetiva que justificase la demora en la recepción de las obras hasta marzo del 2019.

Ahora bien, por otro lado, este dato no cambia las cosas a los efectos que por ahora nos ocupan, ya que aun cuando demos por concluidas las obras a finales de noviembre del 2018, seguimos moviéndonos en el ámbito de lo que los pliegos consideran infracción grave a tenor de lo dispuesto en la cláusula 35.3.b) PCAP, ya que en ese momento se habría excedido en más de un 50% el plazo previsto para la ejecución del contrato.

Hemos de respaldar pues, no solo la procedencia de la penalidad impuesta, sino también su importe, ya que la actora no ha argumentado atinadamente en el sentido opuesto: Ciertamente la cláusula 35.3.b) PCAP establece:

*"...como norma xeral a súa contía será do 1% do importe de adxudicación do contrato, agás que o órgano de contratación considere que o incumprimento é grave ou moi grave, en cuxo caso podería acadar o 5% ou 10%, segundo a infracción fose **grave o moi grave.**"*

Esta previsión se contempla para supuestos de incumplimientos de los criterios de adjudicación como, desde luego, puede ser el caso; pero para los supuestos de mora que parece más propio, el apartado d) de la cláusula 35.3 PCAP se remite al



art. 212 LCSP, y de su lectura no extraemos la disconformidad a Derecho de la solución adoptada. Si a caso, la recurrente podría haber postulado la mayor conformidad a Derecho de la previsión contemplada en el art. 212.4 LCSP: "Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato."

Pero no lo ha hecho, e ignoramos, si en virtud de la aplicación de dicha regla el resultado obtenido sería más desfavorable a sus intereses; en todo caso el precepto legal también añade:

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente."

Queremos dejar constancia de afirmaciones no veraces de la actora que se contienen en sus conclusiones finales:

Por ejemplo, que no hubiera habido apercebimiento de la imposición de penalidades durante la ejecución de la obra, pues, como vimos, de los términos del burofax que la propia recurrente dirigió en agosto del 2018 a la subcontratista "APIMET Construcciones autoportantes, S.L.", se extrae con nitidez que era consciente del incumplimiento que generaba la situación y las penalidades a que se exponía. Y tampoco es cierto, como se afirma en esas conclusiones finales de la actora que se le hubiera impuesto la penalización más alta posible para compensar el pago, porque como se ha visto, las penalizaciones pueden alcanzar hasta el 10% del importe de la adjudicación.

La aplicación por la demanda de una penalidad del 5% del precio de adjudicación del contrato, 11.372,79 euros, se ajusta a la Ley y al contrato, sin que la actora hubiese acreditado razones que lo desvirtúen, o apunten como más adecuada una solución distinta, como la postulada de reducir su importe al 1% de la adjudicación.

**SÉPTIMO.-** La primera parte del recurso contencioso administrativo debe pues, desestimarse, ratificando la conformidad a Derecho de la resolución de 13 de febrero del 2020, recaída en el expediente nº 283/441, que le impuso una penalidad en la ejecución del contrato, y con ello, también se desestima la impugnación dirigida a la resolución de 10 de junio del 2020, recaída en el expediente nº 4817/440, que de la cantidad debida en concepto de la última





certificación de obra del contrato, detrae el importe de la penalidad.

Se reduce entonces el ancho del recurso contencioso administrativo que nos resta por analizar a verificar la adecuación a Derecho de la resolución de 1 de julio del 2020, recaída en el expediente nº 4529/443, que, anuló la factura nº 061, de 16 de diciembre del 2019, por importe de 25.699 euros, IVA incluido, expedida en el contrato de obra.

En este punto queremos tener a la vista, presentes los siguientes datos que nos parecen relevantes para la solución de esta impugnación:

El presupuesto de la contrata, según el trabajo realizado por el arquitecto , era de 275.000 euros, al que aplicada la baja ofertada por la contratista, del 17,28 %, resulta la cifra de 227.455,8 euros IVA incluido, y un presupuesto de ejecución material de 194.420,41 euros (190.985,48 euros, en el proyecto básico).

La resolución anulatoria se dicta a la vista del informe emitido por el jefe del servicio de control presupuestario del área de fomento/responsable del contrato, y éste indica sucintamente como motivo que el importe de la factura que propone anular, excede del importe a abonar a la contratista a resultas de la certificación final que, según la resolución municipal de 10 de junio del 2020, asciende a 14.326,24 euros.

Nos parece injustificada, insuficientemente motivada esta decisión anulatoria de la factura, cuando apenas un mes antes, el 10 de junio del 2020, se había resuelto que considerando la medición de la obra realizada en su recepción, con la que ambas partes mostraron conformidad, se autorizó la ampliación del gasto en la suma de 4.090,82 euros, resultado de aplicar a esa medición general, los precios unitarios incluidos en el presupuesto, incluida la baja de la oferta, se le reconocía a la recurrente la obligación municipal de abonar el importe de esa última factura, con la sola deducción de la cantidad correspondiente a la penalidad. De forma que la demandada reconoció el derecho de la actora a la percepción de la suma de 14.326,24 euros y nos parece arbitraria la anulación de dicho crédito, por lo que en este punto la demanda se acoge, apreciamos la disconformidad a Derecho de la resolución municipal de 1 de julio del 2020, recaída en el expediente nº 4529/443, y declaramos el derecho de la recurrente a la percepción de ese crédito, 14.326,24 euros, que se incrementará en los intereses legales moratorios devengados de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, con adición de la indemnización por gastos de cobro, tal como contempla el precepto legal y ha pedido la actora.



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

**OCTAVO.-** La demanda contiene una última pretensión: que se reconozca el derecho de la actora frente a la demandada, al cobro de la cifra de 100.388,08 euros, resultante de la certificación nº10, impagada + la liquidación de la obra ejecutada, con su correspondiente IVA (21%). Subsidiariamente, pide que se condene a la demandada al abono de las cantidades resultantes de la práctica de la prueba, incluyendo los gastos generados por la interpelación judicial, más los intereses de demora desde el 12 de junio del 2018 (dos meses después de la última certificación emitida tras el fin de la obra), sin perjuicio de los intereses procesales.

La pretensión resulta admisible en la medida en que la actora ha dirigido a la demandada, el 18 de noviembre del 2019, un requerimiento en la vía administrativa que no ha merecido respuesta. En cuanto a su atendimiento, a estas alturas probatorias y a modo de consideración general, adelantamos que no albergamos dudas de que se han producido excesos de obra, respecto de elementos no proyectados, algunos imputables a la actora y otros a la demandada, y claro está, solo en cuanto a éstos se estimará la pretensión, en este caso, sin incremento de intereses, ni conceptos adicionales como los gastos de cobro que también se pretenden, ya que respecto de estas partidas descartamos la existencia de una situación de mora, y en cambio, apreciamos una de iliquidez que resulta incompatible con el devengo de esos conceptos.

Antes de resolver la cuestión atinente a los supuestos aumentos de obra, supuestamente no previstos en el proyecto, y no cobrados, queremos dejar constancia de la dificultad que entraña la solución de este capítulo ante la disparidad de resultados periciales que se han traído al juicio. Pero no solo la abierta discrepancia existente entre ambos informes, dificulta alcanza una convicción objetiva al respecto, es que incluso intrínsecamente los dos informes periciales, aun considerados aisladamente, nos parecen en el sentido que a continuación exponremos, en cierto modo, incoherentes, y así: Si atendemos al contenido de los informes periciales vemos que:

Respecto del confeccionado por Javier Suárez del Río, compartimos la reflexión de la demandada en cuanto que no parece de recibo, que respecto de una obra cuyo PEM eran 194.420,41 euros, se cuantifiquen más de cien mil euros, como trabajos ejecutados a mayores, respecto de lo proyectado y presupuestado inicialmente, y se defienda, como pide la actora, la condena a su abono, cuando ni siquiera se ha formalizado una modificación del proyecto.

La recurrente ha quedado muy lejos, probatoriamente, de acreditar que hubiese existido una desviación de tal calibre,



pues supone un tercio más del PEM, en el coste de los trabajos acometidos y, menos aun que tenga derecho a su cobro. En el análisis de esta pericia, concretamente del sumatorio de partidas que representan la valoración de ese supuesto exceso (página 72 del informe), llama la atención el coste del pintado de la pista, pues supone más de la mitad de esos 103.585,27 euros, en que se cuantifica la valoración del exceso de obra, 12.162,55 euros + 52.610,10 euros. Lo que de ningún modo estimará este órgano jurisdiccional es una pretensión que persiga paliar o enmascarar con supuestos aumentos de obra, los sobrecostes de la misma padecidos por la recurrente a consecuencia de la inoperancia de las subcontratistas con las que contrató, y la demora en la ejecución del contrato que, como vimos, solo a ella es imputable.

De la pericia confeccionada por Beatriz Arca, hemos de reconocer que no alcanzamos a comprender algunos de sus cálculos, son los de la página 54 de su informe:

Enumera una serie de partidas y respecto de las que señala que se corresponden con lo reclamado en demanda, primero cuantifica 84.243,49 euros, pero con un asterisco matiza que solo se reclaman 61.726,40 euros, para a renglón seguido concluir que:

***“Por lo tanto, el importe de ejecución material de los trabajos reclamados en demanda, asciende a la cantidad de 31.109,44 euros, correspondiendo 19.899,39 euros, a las partidas incluidas en el proyecto y 11.210,05 euros a trabajos a mayores sobre lo proyectado.”***

La realidad es que la actora ha reclamado en demanda la cifra de 100.388,08 euros, y la pregunta es obligada: en qué quedamos, qué es lo que esta perito considera que se reclama en la demanda, 84.243,49 euros, 61.726,40 euros, ó 31.109,44 euros. No queda claro; como tampoco entendemos bien la columna de esa página 54 referida a “a mayores unidades incluidas en proyecto”, pues, si están incluidas en el proyecto, desconocemos por qué se les califica como “a mayores”.

El informe sigue diciendo:

“Los trabajos a mayores de 11.210,05 euros, de partidas no incluidas en el proyecto, podrían considerarse incluidos también en proyecto dentro del capítulo de imprevistos a justificar [...]

Y el desconcierto absoluto de este juzgador llega con la conclusión final de este apartado quinto del informe, cuando a vuelta de página, 55, expresa:

“Por lo tanto, aplicados estos conceptos a la cantidad de 31.109,44 euros, resulta una cantidad de trabajos a mayores de 30.619,88 euros.





Seguidamente el informe pericial inserta un cuadro explicativo de la valoración total de la obra ejecutada no cobrada con las siguientes partidas:

Certificación nº 10 no cobrada: 21.238,37 euros.

Aumento sobre certificación nº 10: 30.619,38 euros.

Suma: 51.858,75 euros.

21 %IVA: 10.890,34 euros.

Suma total: 62.749,09 euros."

Con este panorama vamos a dejar a un lado por un momento las conclusiones periciales, y plasmaremos los resultados de nuestra propia convicción, alcanzada tras la valoración en bloque o conjunta de toda la prueba y de acuerdo con la sana crítica, y así, nos referiremos separadamente, en el siguiente fundamento, a las partidas que nos parecen relevantes para resolver esta cuestión.

**NOVENO.**-Sin duda, por su importe, por su mal resultado inicial, y por ser la última en ejecutarse y/o concluirse, la partida de la pintura de la pista es la que merece nuestra primera atención.

Para ello acudimos a la memoria del proyecto de la obra donde vemos que, como puntualizó la perito designada judicialmente, la actuación prevista era otra, mucho más simple, que no incluía el pintado completo de la pista, sino únicamente de las líneas de juego, y el sellado de grietas. Así se reflejó en la partida 09.06 Ud Trazado de líneas de juego.

"Suministro y aplicación, sobre pavimento, de pintura de poliuretano, para el marcado de las líneas de juego en pista. Incluso p/p de limpieza previa del polvo existente en su superficie, replanteo y encintado del suelo con cinta adhesiva a ambos lados de las líneas de juego.

I/p.p.de ayudas, medios auxiliares, costes indirectos y medios necesarios de seguridad y salud.

Incluye: Limpieza general de la superficie soporte. Replanteo. Encintado. Aplicación de la pintura. Incluyendo todo lo necesario para su correcta ejecución."

Tan insignificante era la actuación que se presupuestó en 244,90 euros/unidad. Pues bien, acudimos en segundo lugar al resultado de la diligencia de prueba consistente en la testifical del representante legal de "Pintarche, S.L", de la que nos llama la atención que gozando la actora de la oportunidad de obtener de manera objetiva, de esta mercantil, al amparo de lo dispuesto en el art. 381 LEC, respuestas contundentes y claras sobre los importes de los trabajos abonados por la recurrente, las consignas que, en su caso, hubiese recibido de ambas partes, promotora y contratista, o la inconveniencia de proceder a su tarea en noviembre del



2018, con condiciones atmosféricas adversas o desfavorables, sin embargo, no se le hubiese formulado ninguna pregunta al respecto, y en consecuencia, en la diligencia, ninguna respuesta se hubiese consignado sobre el particular. La conclusión probatoria lógica es obvia y debe perjudicar en este punto a la recurrente.

La subcontratista respondió primero sobre el tratamiento aplicado en la primera ejecución de la tarea, y a partir de la respuesta advertimos su correspondencia con lo proyectado, con la salvedad de que se ha actuado sobre la totalidad de la pista (982 m<sup>2</sup>), cuando eran solo las líneas las que se debían reparar. En todo caso, refiriéndose también a la totalidad de la pista, vemos que la actuación es distinta de la que se ejecutó posteriormente, y que la desarrollada en último término, ha tenido escasa entidad.

El juicio que al respecto alcanzamos es doble y coincide en buena medida, con la conclusión de la perito judicial, y es que, por una parte, resulta inadmisibles la pretensión de repercutir el coste de los tres pintados, el de la primera actuación, ejecutada de manera deficiente, no resulta imputable a la demandada. En cambio, entiendo que debe ser asumido por ésta el coste de la segunda actuación sobre la pista, ya que nos ha quedado claro que ha habido una equivocada elección en el color, inicialmente mantener el preexistente, y posteriormente, cambiarlo a azul, ya que el primero oscurecía en exceso el espacio. La decisión del cambio de color ha contribuido a que en la segunda actuación se realizase también el pintado integral de la pista, ahondando en el alejamiento de lo proyectado, y ha partido inicialmente de la dirección del centro escolar, pero con evidencia, ha contado con la autorización de la demandada. De no manifestarse esa elección sobre el cambio de color, las deficiencias resultantes de la primera actuación podrían haberse paliado mediante una reparación parcial de las zonas afectadas, como apuntó la perito judicial.

El coste de esta segunda actuación supone una desviación del proyecto autorizada por la demandada que debe asumir su coste, y su cuantificación habría sido fácilmente acreditable si la recurrente nos trajese la factura que le ha pasado "Pintarche", por lo que de los 52.610,10 euros que se piden a partir de la pericia de Javier Suárez, nada.

Nos quedaremos con la explicación cabal que ofrece la perito designada judicialmente, que considera las circunstancias anteriores, que compartimos, en cuanto a la negligente ejecución de la primera actuación, motivada en buena medida por las prisas que solo eran imputables a la mora de la actora, en cuanto a que se ha pintado una superficie de pista completa de 930 m<sup>2</sup>, y ha atendido al coste de 244 euros por unidad, de todo lo cual, resultan los cálculos que se



desglosan en la página 53 de su informe, y que representan un sobre coste de esta actuación, no certificado, pero debido a la recurrente, igual a 9.731,30 euros, consecuencia de la diferencia entre lo certificado y el coste que apunta la perito, 44.457,10 euros.

Algo parecido a lo que aconteció con la pintura de la pista, sucede con las luminarias de la pista: Vamos a la memoria y vemos que contemplaba:

"Picarase o material da pista actual e da zona das gradas onde vaian a dispoñerse os pilares, e procederese á excavación necesaria dos terreos.

Posteriormente, executarase a cimentación a base de zapatas ailladas de formigón armado, conectadas mediante vigas riostras, e a estrutura metálica. A continuación colocarse a cuberta de chapa e todos os demais complementos necesarios (canalóns, baixantes, remates, etc), e conectaranse novamente as instalación existentes: nomeadamente, o alumado da pista e as farolas da zona das gradas, que reaxustarán lixeiramente a súa posición con respecto á actual, conexión das pluviais á rede existente no centro, etc. En canto ao alumado, este manterase igualmente conectado a través do cadro de mando actual, xa que non cambia a configuración, número nin posición dos elementos existentes. (Página 43) (subrayado, nuestro).

Es decir, queda claro que se contemplaba una reposición de los elementos preexistentes, pero no se atendió y en parte, se colocaron elementos nuevos, exactamente seis en lugar de cuatro de los que había.

También su coste puede y debe ser repercutido en la demandada ya que entendemos acreditado que ha autorizado el cambio, la mejora, al permitir que los elementos no repuestos no se reutilizasen y fueran retirados por el servicio de obras de municipal.

Existe coincidencia entre los peritos sobre el importe de esta partida al tomar como referencia precisamente el coste previsto en el proyecto, por lo que representa la suma de 4.585,85 euros.

Como concluyó la perito Arca Naveiro, también apreciamos desviación del proyecto, promovida y autorizada por la demandada en lo que se refiere a la partida consistente en el cierre de chapa de policarbonato, debido igual que el color de la pista, al efecto no previsto de que, tras cubrir el patio, se oscurecía en exceso el espacio. En su lugar se ha instalado un soporte para el letrero de policarbonato, no chapa como lo proyectado.

Sin embargo, en consonancia con el criterio de la perito judicial y en parte también con el del técnico designado por



la parte, Javier Suárez, a quien también le ha parecido excesivo, al cuantificar su importe rechazaremos el coste que apunta la actora ya que, aunque fuera el que se dice, atendemos las razones apuntadas por la perito Arca Naveiro, en cuanto que los medios auxiliares para su colocación deben estar en obra y sobre las prisas para su colocación (que a criterio de la actora habrían disparado su coste en cuanto a transporte y ejecución en fin de semana), nos remitimos a lo ya extensamente razonado en cuanto que cualquier perjuicio económico derivado de aspectos cronológicos de la ejecución debe pechar la actora con el mismo, ya que la indebida demora solo a ella le resulta imputable.

La partida proyectada tenía un coste de 7.520 euros, se han certificado 9.281 euros, y la perito a partir de las diferencias apreciadas en su visita, sobre los materiales empleados, y la explicación que ofrece sobre el distinto modo de ejecución del elemento que, también respaldamos, admite un sobrecoste de 1.636,72 euros, que deben ser abonados por la demandada.

Por fin, consideramos una variación del proyecto cuyo coste debe ser asumido por la demandada, el relativo al coste del elemento disuasorio, anti pájaros, no estaba previsto ese sistema, se sustituyó la solución prevista y atendemos como coste de la ejecutada a la cifra que apunta la perito designada judicialmente, 3.864 euros.

Las demás partidas que integran los sumatorios de los respectivos informes periciales, como supuestos aumentos de obra no proyectados, no entendemos acreditado que lo fueran y por tanto, no se ha justificado debidamente que deba repercutirse su importe en la demandada. En consecuencia, la suma de las cantidades a las que nos hemos referido que constituyen derecho de la contratista frente a la promotora, representan 54.543,67 euros, pero de esta cifra es justo deducir la partida 10 del proyecto, referida a imprevistos, que se cuantificó en 11.845 euros, por lo que resultan 42.698,67 euros, que es la cantidad a respecto de la que declaramos el derecho de la actora a percibir, sin adición de otros conceptos secundarios, en base a las desviaciones de lo proyectado que ha sido ejecutado con la autorización de la demandada.

Estimamos en parte la pretensión actora, apreciamos la disconformidad a Derecho de la desestimación presunta de su reclamación y reconocemos su derecho en los términos expuestos, y con todo, se produce una estimación también parcial de la demanda.

**DÉCIMO.-** En lo que a las costas del proceso se refiere, en el artículo 139.1 LJCA se establece el principio de vencimiento objetivo, y que en los supuestos de estimación o desestimación



parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, que es lo que sucede en el presente caso.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLO

Estimo parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la letrada María Luisa Arosa Barbeira, en nombre y representación de "Covisam Norte, S.L.", frente al Concello de Vigo, y en consecuencia:

- Declaro la conformidad a Derecho de la resolución de 13 de febrero del 2020, de la concellería de fomento del Concello de Vigo, recaída en el expediente nº 283/441, que le impuso una penalidad en la ejecución del contrato de obra "Cubrición de patio do colexio Rocío".
- Declaro la conformidad a Derecho de la resolución expresa de la concellería de fomento del Concello de Vigo, recaída en el expediente nº 4817/440, de 10 de junio del 2020, que, entre otros extremos, aprueba la última certificación de obra del contrato de obra "Cubrición de patio do colexio Rocío", reconociendo el adeudo a la actora de la cifra de 25.699.03 euros, y disponiendo la deducción de dicha suma de la cantidad que se le había impuesto como penalidad, 11.372,79 euros.
- Declaro el derecho de "Covisam Norte, S.L.", a percibir el crédito de 14.326,24 euros, suma que se incrementará en los intereses legales moratorios devengados de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, con adición de la indemnización por gastos de cobro.
- Declaro la disconformidad a Derecho de la resolución municipal de 1 de julio del 2020, recaída en el expediente nº 4529/443, que se anula y revoca.
- Declaro la disconformidad a Derecho de la desestimación presunta de la solicitud de fecha 18 de noviembre del 2019, que "Covisam Norte, S.L.", dirigió al Concello de Vigo, a propósito de la ejecución del contrato de obra



"Cubrición de patio do colexio Rocío", en el expediente nº 4817/440, reclamando cantidades debidas con motivo de esa ejecución.

- Declaro el derecho de "Covisam Norte, S.L.", a percibir la suma de 42.698,67 euros, incrementada solo en el interés legal que se devengue desde la notificación de esta sentencia y hasta su completo pago, en concepto de costes adicionales respecto de la obra proyectada.

Sin imposición de costas.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de 15 días ante este mismo Juzgado, para su posterior remisión al Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

## XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

Modelo: N06550

C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2  
**Teléfono:** 986 817860/72/61 **Fax:** 986 817873  
**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: RG

**N.I.G:** 36057 45 3 2020 0000210

**Procedimiento:** PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000110 /2020 PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000110 /2020

**Sobre** ADMON. LOCAL

**De D/ña:** COVISAM NORTE, SL.

**Abogado:** MARIA LUISA AROSA BARBEIRA

**Procurador Sr./a. D./Dña:**

**Contra D/ña:** CONCELLO DE VIGO

**Abogado:** LETRADO AYUNTAMIENTO

**Procurador Sr./a. D./Dña:** RAMON CORNEJO-MOLINS GONZALEZ

### A U T O

En VIGO, a catorce de enero de dos mil veintidós.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** En los presentes autos se ha dictado sentencia, que ha sido notificada a las partes, observándose un error en la fecha de la misma.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** - El artículo 214 de la LEC, después de proclamar el principio de que los tribunales no podrán variar las resoluciones judiciales una vez firmadas, admite, sin embargo, la posibilidad de aclarar algún concepto oscuro, de oficio o a petición de parte, que deberá interesarlo en el plazo de dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución.

En su apartado tercero, dicho artículo establece que "Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones de los Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia podrán ser rectificadas en cualquier momento".

**SEGUNDO.-** En el presente caso procede rectificar la sentencia dictada al ser evidente el error que padece, en el sentido de



que en la fecha de dicha resolución debe figurar el año 2022 y no 2021.



## PARTE DISPOSITIVA

### ACUERDO:

- Rectificar la sentencia dictada en el presente procedimiento en el sentido de que en la fecha de dicha resolución debe figurar **el año 2022** y no 2021, manteniendo el resto de su contenido.

- Unir testimonio a las actuaciones y el original junto con la resolución aclarada al Libro Registro correspondiente.

### MODO DE IMPUGNACION

No cabe recurso alguno contra la presente resolución, sin perjuicio de los recursos que, en su caso procedan contra la resolución objeto de aclaración, cuyo plazo comenzará a computarse desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución.

Lo acuerda y firma el/la Ilmo/a. Sr/a. D. /Doña. MARCOS AMBOAGE LOPEZ MAGISTRADO-JUEZ del XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 de VIGO. Doy fe.

**EL MAGISTRADO-JUEZ**

**LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

## XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

Modelo: N40010

C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2

Teléfono: 986 817860/72/61 Fax: 986 817873

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MR

N.I.G: 36057 45 3 2020 0000210

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000110 /2020 PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000110 /2020

Sobre ADMON. LOCAL

De D/ña: COVISAM NORTE, SL.

Abogado: MARIA LUISA AROSA BARBEIRA

Procurador Sr./a. D./Dña:

Contra D/ña: CONCELLO DE VIGO

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

Procurador Sr./a. D./Dña: RAMON CORNEJO-MOLINS GONZALEZ

### PROCEDIMIENTO ORDINARIO 110/20

## AUTO

En Vigo, a 8 de febrero de 2022

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** El 13 de enero de 2022 se dictó sentencia en el presente procedimiento en la que se estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo presentado por la representación procesal de "Covisam Norte, S.L.", frente al Concello de Vigo.

En tiempo y forma la representación procesal de la actora ha presentado frente a ella solicitud para su aclaración, complemento, y rectificación, en relación a dos extremos, adición a la suma condenatoria del importe correspondiente a la partida relativa a "imprevistos", e inclusión expresa del IVA.

Conferido traslado a la demandada como exige el art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), se opuso motivadamente a la modificación de la sentencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** El art. 214 LEC al igual que su homólogo, el art. 267 LOPJ, reconoce el principio genérico de la invariabilidad de las resoluciones judiciales una vez firmadas: "Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de

firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.”

Ya habíamos reparado en que la certificación nº10, impagada y a cuyo abono condenamos a la demandada (salvo la legítima deducción del importe de la penalidad), se había calculado tomando como referencia la deducción respecto de la cifra del presupuesto de ejecución material 194.420,41 euros, y que a su vez, en esta última cifra, la partida ahora cuestionada, la nº 10, “imprevistos”, estimada en la cantidad de 11.845 euros, no se había abonado.

Sin embargo, no cambian las cosas, o mejor dicho, mantenemos el razonamiento contenido en el penúltimo fundamento jurídico de la sentencia porque, precisamente, si resolvemos que ha habido desviación de lo proyectado, del PEM, apreciamos que hubo aumentos de obra, no previstos y no imputables a la recurrente, y consideramos una cantidad como debida por ese concepto, es justo ratificar la procedencia de que respecto de ese resultado indemnizatorio se detraiga la cantidad que, aun no abonada, se contempló en el presupuesto de la obra para financiar estas eventualidades.

En lo que lleva razón la actora es en cuanto al segundo punto de su escrito de aclaración –rectificación, pues hemos de reconocer que para la determinación de las cantidades que consideramos debidas en aquel concepto, aumentos de obra, atendimos en buena medida a los cálculos reflejados en el informe pericial de la técnico designada judicialmente, Arca Naveiro, y efectivamente, las diferentes cantidades se expresaron allí, primero, sin el correspondiente IVA (21%). Naturalmente, la cifra objeto de condena por este capítulo debe incrementarse en el porcentaje impositivo, como las demás cantidades satisfechas en las demás certificaciones. Se accede a la rectificación del fallo en este solo punto, declarando que la suma de 42.698,67 euros, se incrementará en su IVA (21%) y en el interés legal que se devengue desde la notificación de esta sentencia y hasta su completo pago, en concepto de costes adicionales respecto de la obra proyectada.

Indican los apartados 7 y 8 del art. 267 LOPJ: “No cabrá recurso alguno contra los autos en que se resuelva acerca de la aclaración, rectificación, subsanación o complemento a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia o auto a que se refiera la solicitud o actuación de oficio del tribunal.

En atención a lo expuesto,

## **DISPONGO**

Estimo en parte la solicitud de rectificación de la sentencia de 13 de enero del 2022 dictada por este órgano jurisdiccional, presentada por la letrada María Luisa Arosa Barbeira, en nombre y representación de “Covisam Norte, S.L.”, frente al Concello de Vigo, de manera que su fallo debe reputarse corregido en el siguiente sentido:

Donde expresa:

- *“Declaro el derecho de “Covisam Norte, S.L.”, a percibir la suma de 42.698,67 euros, incrementada solo en el interés legal que se devengue desde la notificación de esta sentencia y hasta su completo pago, en concepto de costes adicionales respecto de la obra proyectada.”*

Debe decir:

- *“Declaro el derecho de “Covisam Norte, S.L.”, a percibir la suma de 42.698,67 euros, incrementada en su IVA (21%) y en el interés legal que se devengue desde la notificación de esta sentencia y hasta su completo pago, en concepto de costes adicionales respecto de la obra proyectada.*



Se mantienen invariables los demás pronunciamientos del fallo.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma es firme y que no cabe recurso frente a ella.