



1660.

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 GIJON

SENTENCIA: 00042/2017

Modelo: N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA Nº 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

Equipo/usuario: MAC

N.I.G: 33044 45 3 2015 0001685

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000110 /2016PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000240 /2015

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/Dª: EXCAVACIONES ALLENDE Y JARDINOR S.L.

Abogado: JOSE FELIX MANTECA PEREZ

Procurador D./Dª: JOSE ANTONIO GARCIA RODRIGUEZ

Contra D./Dª ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON

Abogado: ANGEL MIGUEL JAIME GUTIERREZ

Procurador D./Dª CECILIA LOPEZ-FANJUL ALVAREZ

SENTENCIA

En GIJON, a dos de marzo de dos mil diecisiete.

Visto por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Abreviado nº 110/2016, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante Excavaciones Allende y Jardinor S.L., representada por el Procurador Don José Antonio García Rodríguez y asistido por el Letrado Don Don José Félix Manteca Pérez; de otra como demandado el Ayuntamiento de Gijón, representado por la Procuradora Doña Cecilia López-Fanjul Álvarez y asistido por el Letrado Don Ángel Miguel Jaime Gutiérrez; sobre Contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la parte actora se presentó demanda en la que alegó los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la misma y terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que estimando el presente recurso contencioso-administrativo:

1º) Se declare nula o subsidiariamente, anulable y sin efecto la Resolución del Excmo. Ayuntamiento de Gijón, de fecha 10 de junio de 2015, por la que se le impone a la empresa Excavaciones Allende y Jardinor, S.L. una sanción de 6.587,96 Euros, como consecuencia del retraso que se le imputa en la finalización de la obra de adecuación de parcela en el ámbito de La Tejerona, en Ceares.

2º) Se condene a la administración demandada a reintegrar a la empresa Excavaciones Allende y Jardinor, S.L. la cantidad de 6.587,96 Euros detraídos de la factura nº 3/15, de fecha 10 de marzo de 2015.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

3º) Se condene en costas a la administración demandada.

SEGUNDO: La demanda fue admitida a trámite señalándose día y hora para la celebración de la vista, acordando reclamar de la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, el cual fue remitido, celebrándose la vista con el resultado que obra en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 10-6-15 que le impuso una sanción de 6.587,96 euros a la misma, adjudicataria del contrato de obras de adecuación de parcela en el ámbito de la Tejerona en Ceares, por haberse producido un retraso en el plazo fijado de finalización de las citadas obras de 6 meses imputables al contratista.

Se señala en la demanda que por resolución del Ayuntamiento de Gijón de 2-10-13, la actora resultó adjudicataria del contrato de obra de adecuación de parcela en el ámbito de la Tejerona, en Ceares, (Gijón) por un precio de 179.998,92 euros (IVA excluido) y con un plazo de ejecución de 5 meses formalizándose el preceptivo contrato administrativo el 15-10-13. Con fecha 25-10-13 se formalizó el acta de comprobación de replanteo, resultando que hasta el día 28-11-13 la actora no recibió autorización para iniciar la excavación al no disponer el Ayuntamiento hasta ese momento del documento de acceso al vertedero municipal.

Sigue la demanda que desde el inicio de los trabajos se produjeron diversas incidencias imprevisibles y ajenas a la actora que demoraron los plazos inicialmente previstos en el Pliego y en el contrato, destacando tanto la falta de autorización para entrar en el vertedero municipal y por tanto en la parcela objeto de actuación como las adversas condiciones climatológicas, así como también la orden dada por el Ayuntamiento de transportar y depositar las tierras procedentes de la excavación, no en Cogersa, cuyo horario se adecua al propio del sector de la construcción, sino en el vertedero municipal de la Pedrera, cuyo horario es únicamente de 9 a 13 horas; así como la existencia de una tubería de gas, no contemplada en el proyecto. Tales incidencias están reconocidas en la resolución impugnada y dieron lugar a la concesión al actor de una prórroga del plazo de ejecución de tres meses, hasta el día 25-6-14.

Se añade que el Ayuntamiento reconoce en la resolución impugnada que se produjeron modificaciones, aumentos y cambios en las diferentes partidas de obra respecto de las contempladas en el proyecto, asumiendo únicamente la responsabilidad de la demora en un mes y 26 días, imputando a la recurrente la responsabilidad por la demora de un total de seis meses.

Se aduce que esas modificaciones, aumentos y cambios ordenados por el Ayuntamiento han sido sustanciales (hasta un total de 13) y han provocado el que la obra no se haya podido terminar en el plazo señalado en el contrato para la ejecución



de lo que estaba previsto en el proyecto. Algunas de esas modificaciones y cambios fueron ordenados por el Ayuntamiento incluso después de haber finalizado la prórroga concedida, sin seguir ningún procedimiento para la aprobación municipal de las mismas, sin proyecto y sin fijar plazo alguno para su ejecución, siendo las mismas ordenadas por escrito, verbalmente o vía telemática. Se resalta que algunas de esas modificaciones han supuesto nuevas partidas, sin cuya ejecución no se podía continuar con la ejecución del resto de la obra.

Se acompañó informe pericial en el que se hace una relación y descripción de todas las variantes introducidas, poniéndolas en relación con la duración mínima que la ejecución de las mismas conlleva. De la factura nº 3/15 el Ayuntamiento de Gijón ha procedido a detraer del importe que le correspondía cobrar a la actora, la cantidad de 6.587,96 euros a que asciende la sanción improcedentemente impuesta.

Como fundamentos de derecho se invocan el art. 3 de la Ley 30/92, 9.3 CE y el 212.4 del TRLCSP, así como las cláusulas 33 y 21 del Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por la Administración demandada se solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO: Por providencia de 11-1-17 de conformidad con lo establecido en el art. 33.2 de la LJCA, pudiendo concurrir en el caso una causa de anulabilidad consistente en haberse incoado el procedimiento de imposición de penalidades con posterioridad a la recepción de las obras, cuando la naturaleza jurídica de las penalidades por demora no es sancionadora sino que su finalidad es la de intimar la correcta ejecución del contrato, se acordó conceder a las partes un plazo común de 10 días para alegaciones.

Por la parte actora se presentó escrito en el que se alega que no cabe la imposición de penalidades por demora cuando ya se han ejecutado las obras.

Por la representación del Ayuntamiento de Gijón, se presentó escrito en el que alega que no concurre causa de anulabilidad al haber sido incoado el procedimiento o trámite de penalidades con anterioridad a la recepción de las obras. Se indica que en el presente caso la constatación del incumplimiento contractual, el trámite o la intimación de la imposición de penalidades es previa a la conclusión de las obras, pues consta realizada en julio de 2014.

TERCERO: Examinadas las alegaciones de las partes procede estimar el recurso interpuesto.

Ya en nuestra sentencia de 9-2-2009 (PO 337/2007) señalábamos que: "con respecto a la naturaleza jurídica de las penalidades por demora, la misma no es de carácter sancionador, sino que se trata de cláusulas contractuales penales de una obligación accesoria. Y en este sentido las sentencias del TSJ de Cataluña de 14-2-2006 y del TSJ del País Vasco de 9-3-2007 señalan que no es conforme a derecho que la administración, una vez ejecutada la obra, imponga penalidades





por retraso cuando ha podido ir verificando durante el plazo en que se realizaban las obras los retrasos en su ejecución, iniciando, en su caso, el correspondiente expediente administrativo sin hacerlo, pues del art. 137 del Reglamento General de Contratación se deduce que se pueden imponer penalidades una vez se incurra en mora, pero no una vez finalizada la obra, ya que su finalidad es intimar el debido cumplimiento. Así la sentencia del TS de 6-3-97 señala que el procedimiento sancionador no resulta de aplicación al caso, en el que se discute sobre la multa o penalidad que, en el seno de la contratación administrativa, permite a la Administración Pública ejercer facultades de coerción sobre los contratistas para una correcta ejecución del contrato. La naturaleza jurídica de estas penalidades que constituyen un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual, ha sido discutida en sede doctrinal, siendo subsumida en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía de interés público, se atribuyen a la administración contratante".

Consta en el expediente (folio 589) el acta de recepción de la obra de 10-3-15, en la que se consigna como fecha de terminación de la misma el 20-2-15, mientras que el procedimiento de imposición de penalidades ha de considerarse iniciado el 4-5-15 (folio 593 del expediente), fecha en la que se concede a la actora un plazo para justificar los motivos del retraso.

No puede acogerse al criterio del Ayuntamiento de Gijón, según el cual el trámite o la intimación de la imposición de penalidades es previa a la conclusión de las obras, pues se realiza en julio de 2014.

En el informe del Jefe del Servicio de Jardines de 22-7-14 (folio 580 del expediente) se señalan, con respecto a la solicitud de aprobación de precio contradictorio de la obra de adecuación de la parcela, obra que en la actualidad se encuentra fuera del plazo de ejecución, ya que tenía como fecha límite de finalización el 25-6, diversas circunstancias que han motivado en parte el retraso de las obras, añadiendo que lo expuesto será tenido en cuenta, sin perjuicio de que una vez finalizada la obra se estudien las causas del retraso que puedan dar lugar a penalización.

En el presente caso, concluido el plazo previsto para la realización de la obra, la Administración ni resolvió el contrato ni optó por la imposición de penalidades, sino que en el referido informe señala "sin perjuicio de que una vez finalizada la obra se estudien las causas del retraso que puedan dar lugar a penalización". Esto es, no se utilizan las penalidades como medio de coerción para la finalización de la obra, sino como un castigo o punición por ese retraso, lo que es contrario a la naturaleza coercitiva pero no sancionadora de dichas penalidades. Que la incoación del procedimiento de imposición de penalidades es posterior a la terminación de las obras se desprende del informe de la Jefa de Servicio de Tesorería de 23-4-15, en el que se señala (folio 590 del expediente) que remite informe técnico (al Servicio de Contratación) sobre el retraso en las obras al objeto de que





se "inicie", en su caso, la "sanción" administrativa correspondiente.

La naturaleza coercitiva (no sancionadora) de las penalidades se desprende del art. 98 del RD 1098/2001, según el cual "cuando el órgano de contratación en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al art. 95.3 de la Ley opte por la imposición de penalidades y no por la resolución, concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato". En la actualidad el art. 212.4 del RD-Leg 3/11 previene que "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".

Del art. 98 mencionado se deduce que la imposición de penalidades tiene por finalidad la de presionar al contratista para que finalice el contrato a cuyo fin se le otorga un plazo para la terminación de las obras pero no castigar su tardanza en los casos en los que la obra ha finalizado, conclusión ésta no desvirtuada por lo establecido en la cláusula 33 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, cuyo contenido se ajusta a las disposiciones legales y reglamentarias ya citadas.

El párrafo segundo de dicha cláusula dispone que "el órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el Cuadro de Características Particulares de unas penalidades distintas...cuando...se considere necesario para su correcta ejecución...". Se evidencia así la verdadera naturaleza jurídica de las penalidades: obligar al contratista a la correcta ejecución del contrato y no castigarlo por la indebida tardanza en su finalización.

La sentencia del TSJ de Asturias de 28-12-2009 respalda el criterio mantenido en esta resolución: "nos hallamos ante una penalidad por mora derivada del incumplimiento del plazo pactado en un contrato típico administrativo de obras que conforme la reiterada doctrina jurisprudencial (por todas sentencias del TS de 6 de marzo de 1997) permite a la Administración Pública en el seno de la contratación administrativa, ejercer facultades de coerción sobre los contratistas para una correcta ejecución del contrato, cuya naturaleza jurídica ha sido discutida en sede doctrinal, siendo subsumida en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público se atribuye a la Administración contratante. Continúa el TS señalando que nos encontramos ante sanciones previamente pactadas por las partes "a semejanza de la multa convencional del artículo 1152 del Código civil, aunque la multa convencional no ostente en la contratación administrativa las finalidades que cumple en la esfera civil de pena convencional que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1152.1 y 1153.2 CC), ni lo que la doctrina privatista ha denominado "dinero de arrepentimiento" (art. 1153.1 CC)".





"Tal penalidad está prevista en el apdo. 3º del art. 95 del TRLCAP que establece que: "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 relación con lo dispuesto en el art. 98 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 (en adelante RGLCAP). Y como se dijo, carecen de naturaleza sancionadora, esto es, no se utilizan para castigar conductas, sino como mecanismo jurídico de corrección de eventuales incumplimientos contractuales, de ahí que deban ser impuestas durante la ejecución del contrato, y no cuando la obra contratada ha concluido. Así resulta también del último párrafo del mentado artículo 98 del Reglamento General de Contratación, al disponer que cuando en el supuesto de incumplimiento del plazo total por causas imputables al contratista la Administración opte por la imposición de penalidades, "concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación de las obras". Lo que resulta imposible una vez que la obra ha sido concluida y recibida por la Administración".

En el caso de autos la multa fue impuesta cuando la obra contratada había concluido, lo que contradice la naturaleza jurídica propia, ya examinada, de las penalidades previstas en el PCAP, lo que ha de conducir a la estimación del recurso interpuesto, debiendo procederse por la Administración a reintegrar al actor la cantidad de 6.587,96 euros indebidamente detraída con motivo de la resolución recurrida.

CUARTO: En materia de costas de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la LJCA no procede su imposición habida cuenta de la controversia jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

FALLO

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don José Antonio García Rodríguez en nombre y representación de Excavaciones Allende y Jardiner S.L contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 10-6-15 debo anular y anulo dicha resolución por no ser la misma conforme a derecho, debiendo procederse por la Administración demandada a reintegrar a la actora la cantidad de 6.587,96 euros indebidamente detraída con motivo de la resolución recurrida; sin costas.

La presente sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha; doy fe



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

