



LUIS ALVAREZ FERNANDEZ
ANTONIO ALVAREZ ARIAS DE VELASCO
PROCURADORES
Marqués de Pidal, 7 - 1ª Izqda.
Tel: 986 24 06 97 Fax: 986 27 24 58
33004 OVIEDO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

APELACION Nº 43/11

APELANTE: SISTEMAS AVANZADOS DE TRANSFORMACION INDUSTRIAL, S.L.

PROCURADOR: Dª MONTSERRAT MUÑIZ MORAN

APELADO: AYUNTAMIENTO DE GIJON

PROCURADOR: D. LUIS ALVAREZ FERNANDEZ

ES COPIA

SENTENCIA DE APELACIÓN nº 251/11

Ilmos. Sres.:

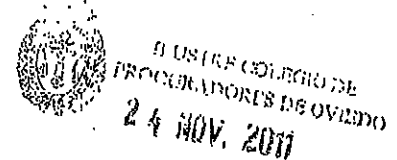
Presidente:

D. Luis Querol Carceller

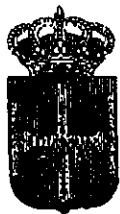
Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. Olga González-Lamuño Romay



En Oviedo, a veintidós de noviembre de dos mil once.



PRINCIPADO DE ASTURIAS

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 43/11, interpuesto por SISTEMAS AVANZADOS DE TRANSFORMACION INDUSTRIAL, S.L. y representado por la Procuradora Dª Montserrat Muñiz Morán



contra el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN representado por el Procurador D. Luis Alvarez Fernández. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado DÑA. OLGA GONZÁLEZ-LAMUÑO ROMAY.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Ordinario nº 318/09 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de los de Gijón.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 20-10-2010. Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

TERCERO.- Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 18 de noviembre pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete a la consideración de esta Sala en el presente recurso de apelación, la Sentencia dictada el día veinte de octubre de 2010 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Uno de Gijón, en autos de Procedimiento Ordinario seguido con el nº 318/2009 desestimatorio del recurso interpuesto por la entidad "Sistemas Avanzados de Transformación Industrial, S.L." aquí apelante, contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de fecha 5 de mayo de 2009 por la que se le impuso una sanción de 93.702,17 euros por el retraso de 8 meses y 12 días en la ejecución de las obras de Construcción de Locales de Empresa y un Centro de Servicios en Polígono Industrial e Mora Garay.





Se alega por la apelante como motivos del presente recurso de apelación que las penalidades en el ámbito de la contratación administrativa 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, de tal forma que el Ayuntamiento de Gijón no ha ajustado su actuación a lo dispuesto ni en el art. 137 del Reglamento General de Contratación, ni en el art. 96 de la Ley 13/95, toda vez que concluido el plazo previsto para la realización de la obra, ni resolvió el contrato, ni optó por la imposición de penalidad con la consiguiente ampliación del plazo de ejecución, iniciado después de la recepción de las obras, el expediente que finaliza con la imposición de la penalidad controvertida, que pierde así su finalidad coercitiva, pretensiones éstas a las que se opondrá la Administración apelada, Ayuntamiento de Gijón.

SEGUNDO.- Antes de continuar adelante con el examen de las distintas cuestiones suscitadas en la presente instancia, conviene recordar la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (SSTS, entre otras muchas, de 3 de junio de 1982, 13 de enero de 1992; 25 de junio y 24 de julio de 1996) en la que se señala que "no cabe confundir el recurso de apelación con una segunda instancia en la que se discutan de nuevo la totalidad de las cuestiones de hecho y de derecho resultas por la sentencia apelada. Por el contrario, el apelante debe esforzarse en demostrar que la sentencia del Tribunal de instancia vulnera el ordenamiento jurídico, constituyendo una desnaturalización del recurso la reiteración de los argumentos ya esgrimidos en el proceso ante aquella instancia".

Y conviene dejar sentado que el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el juzgador de instancia. Sin embargo la facultad revisora por el Tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el juzgado de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien las realizó con inmediación y por tanto dispone de una percepción directa de aquella, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental. En este caso el tribunal "ad quem" podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba llevadas a cabo defectuosamente, se entiende por





infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo dialéctico alguno, porque el error es patente y claro.

Sentado lo anterior es preciso manifestar, como bien se señala por el Ayuntamiento de Gijón, que discutida en la instancia que el retraso en la finalización de las obras no le sería en ningún caso imputable al contratista sino a la existencia en todo caso de defectos en el proyecto y modificaciones en el mismo, y en segundo lugar la falta de advertencia por parte de la propiedad y de la Dirección Facultativa en el sentido de que la obra se estaba retrasando por causas imputables al contratista. Argumenta en el presente recurso de apelación hechos o motivos nuevos no alegados en la instancia y sobre las que el órgano judicial no tuvo ocasión de pronunciarse, así la naturaleza jurídica de las penalidades que puede imponer la administración para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual; ahora bien el que tal motivo de oposición no hubiera sido alegado no obsta para que deba examinarse el mismo.

Señala pues que no es conforme a Derecho, que la Administración una vez ejecutada la obra imponga penalidades por el retraso, cuando ha podido ir verificando durante el plazo en que se realizan las obras los retrasos en su ejecución, y que la finalidad de la imposición de penalidades es precisamente constituir un medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual.

Ahora bien, como señala la Sentencia de instancia, la existencia de retraso era evidente desde el momento en que se le notifica la resolución que concedió una ampliación de tres meses del plazo contractual fijado como fecha límite de ejecución de las obras el 5 de marzo de 2008, estableciendo el art. 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas que la constitución en mora del contratista no precisaba de intimación previa por parte del Ayuntamiento, es por ello que se opta por la imposición de penalidad por retraso como medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual ya desde la concesión de la prórroga de tres meses, sin que fuese debidamente atendida por la contratista.

La Dirección Facultativa advirtió a la constructora en reiteradas ocasiones del retraso en la ejecución de la obra, dejando constancia en reiterados informes de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



irregular desarrollo de la obra motivada por la falta de planificación y coordinación interna del personal de la empresa, debiendo por ello confirmarse los acertados argumentos de la Sentencia de instancia que el retraso es imputable a la contratista sin que se hubiese rebatido como recoge la Sentencia de instancia que las dilaciones se hubieran producido por la existencia de otros motivos.

TERCERO.- En materia de costas procesales las mismas deben ser impuestas a la parte apelante al ser desestimadas sus pretensiones y no concurrir motivos o circunstancias para su no imposición, de conformidad con lo establecido en el art. 139.2 de la Ley 29/1988 reguladora de esta Jurisdicción.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Montserrat Mufiz Morán en nombre y representación de SISTEMAS AVANZADOS DE TRANSFORMACION INDUSTRIAL, S.L. contra la Sentencia dictada el día 20 de octubre de 2010 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Gijón en autos del P.O. nº 318/2009, Sentencia que se confirma en sus propios términos por ser ajustada a Derecho. Con expresa imposición de costas a la parte apelante.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

