

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
ZAMORA**

SENTENCIA: 00228/2019

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
ZAMORA**

SENTENCIA: 00228/2019

SENTENCIA

En Zamora a 6 de septiembre de 2019

Visto por mí, Celia Aparicio Mínguez (Magistrado Juez del Juzgado Contencioso Administrativo número uno de los Zamora y su partido) el presente **Procedimiento Ordinario 329/2017** en el que han sido partes, como demandante [REDACTED] (representada por el procurador Sr. [REDACTED] y asistida de la letrada Sra. [REDACTED]) y como demandada el AYUNTAMIENTO DE ZAMORA (representado y asistido por el letrado del Ayuntamiento Sr. [REDACTED]), siendo la cuantía del procedimiento indeterminada, procede dictar la presente Sentencia sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el citado demandante se interpuso recurso contencioso que fue admitido a trámite y, tras reclamarse el expediente administrativo, la actora formuló demanda sobre la base de los hechos que alegaba, y respecto de los que invocó los fundamentos jurídicos que estimó oportunos, terminando con la solicitud de que se admitiera la demanda y se dictase sentencia en la que, estimando el recurso en todas sus partes, se anulara la resolución impugnada.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, quien manifestó su voluntad de oponerse a la misma sobre la base de los hechos que alegaban, y respecto de los que invocaron los fundamentos jurídicos que estimaron oportunos, terminando con la solicitud de que se desestimara la demanda y se dictara sentencia por la que se les absolviera de las pretensiones en su contra formuladas.

Tercero.- Practicadas las pruebas que fueron admitidas y tras las respectivas conclusiones por escrito has que dado los autos pendientes de dictarse la correspondiente sentencia.

Cuarto.- En la sustanciación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Es objeto del procedimiento el Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Zamora de 12 de junio de 2017 relativo al expediente sancionador por retraso en la ejecución de las obras del “Proyecto de Ejecución para adecuación de espacios y modernización de las instalaciones para dependencias de la policía municipal y archivo municipal, en el edificio sito en la Plaza de Cristo Rey núm. 3º D de Zamora”, resolución confirmada en recurso de reposición resuelto mediante Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Zamora de 20 de octubre de 2017.

La parte demandante entiende que la resolución recurrida es nula de pleno derecho y debe ser revocada, reconociendo que procede la resolución del contrato según se solicitó el 24 de abril de 2017 con los efectos del art. 225.3 TRLCSP y, subsidiariamente, que se anule la imposición de penalizaciones, con devolución de cantidades detraídas por tal concepto, en base a los siguientes argumentos:

- Que se debió declarar la resolución del contrato porque las modificaciones que se debían introducir en dicho contrato superaban el límite del 10% del precio del contrato del art. 107 TRLCSP.
- Que dada la existencia de la tramitación de un modificado del proyecto y que los problemas habidos durante la ejecución (desde la suspensión por un mes entre septiembre y octubre de 2016 por la averiguación de la existencia de amianto), el plazo para la ejecución de la obra se debió haber suspendido, sin que hubiera obras que se pudieran realizar durante esta tramitación, ya que la obra que se estaba realizando era completamente diferente al proyecto aprobado.
- No procedencia de penalizaciones ni multas coercitivas en tanto en cuanto no se podía haber acabado la obra completa en el plazo puesto que estaba pendiente un modificado del contrato.

Segundo.- La Administración demandada solicita la confirmación de la resolución recurrida en base a los siguientes argumentos:

- Desviación procesal respecto de la petición efectuada de “resolución del contrato” ya que nos encontramos ante un expediente sancionador por retraso en la ejecución de las obras objeto de contrato, sin que tampoco sea objeto del recurso la existencia y contenido de un proyecto modificado que ha sido dejado firme y consentido por el recurrente en Decreto de 28 de julio de 2017.

- Carencia sobrevenida de objeto al haberse declarado la resolución del contrato, que ha sido objeto de recurso ante este mismo Juzgado.

- Subsidiariamente, desestimación de la demanda al haberse constatado en el expediente que a la fecha indicada en el Decreto recurrido la obra no solo no se había terminado sino que se había abandonado por la contratista, habiendo ya sido sancionado previamente (en Decreto de 9 de febrero de 2017) por retraso en la ejecución.

- Que en ningún caso procede la devolución de cantidades por las penalizaciones porque no se han hecho efectivas por el Ayuntamiento.

Tercero.- Debemos comenzar analizando la causa de inadmisibilidad por desviación procesal alegada por el demandado en su escrito de contestación a la demanda y que se concretaría en que el acto recurrido nada tiene ver con la pretensión deducida en el suplico de pretender la resolución del contrato firmado entre las partes el día 11 de julio de 2016 según se solicitó en el escrito de 24 de abril de 2017 y que se encuentra a los folios 97 y sig. EA (2º exped. sancionador).

Dicho escrito, presentado en la fase de alegaciones de un procedimiento sancionador abierto como consecuencia de retrasos en la ejecución de conformidad con el art. 212 TRLCSP (manifestado esto sin prejuzgar la actuación de la contratista sino solo haciendo referencia al Decreto que lo incoa de fecha 11 de abril de 2017 -folios 72 y sig. de su exped-), contiene la siguiente argumentación:

- Que a la fecha de dicho segundo expediente sancionador por retraso en la ejecución se está tramitando un expediente de modificación del contrato (desde el 10 de marzo de 2017), por lo que carece de sentido incoar tal expediente sancionador.

- Que la obra debería haber estado suspendida desde febrero de 2017 o incluso antes cuando se detectaron los primeros errores en el proyecto, por lo que la contratista no ha podido incumplir ningún plazo ya que no se podía continuar con la ejecución de la obra al estar afectado al proyecto modificado más del 50% del presupuesto.

- Que ni siquiera procedería la redacción de un proyecto modificado puesto que las modificaciones a incluir superan ampliamente el límite legal del 10%, por lo que se debería proceder a la resolución del contrato según el art. 105.1.2º TRLCSP.

- Que en todo caso el retraso no es imputable al contratista ya que la obra que se está ejecutando nada tiene que ver con la obra contenida en el proyecto que adolece de innumerables indefiniciones y que el propio proyecto modificado prevé un retraso de 45 días para la ejecución de los trabajos contenidos en el mismo.

- Que no se concretan por la técnico del Ayuntamiento qué trabajos son los que se podrían ejecutar mientras se tramita el proyecto modificado.

La solicitud de redacción del proyecto modificado se recibe en el Ayuntamiento de Zamora el día 2 de febrero de 2017 (folios 1 y sig. EA modificado) respecto de 19 partidas del proyecto referentes a demoliciones y albañilería e instalación eléctrica no contenidos en el proyecto (por lo tanto precios nuevos), con un importe total de 179.715,44 euros (aunque a los folios 174 y sig. EA aparecen una serie de informes de la jefe de obra Sra. López sobre indefiniciones y dudas en que a su juicio incurre el proyecto). A continuación, consta un informe del Sr. Granados, como proyectista y DF de la obra (folios 92 y sig. EA modificado) para recogerse a continuación multitud de correos electrónicos entre las partes y la DF sobre la ejecución de la obra y los problemas que se iban presentando, incluida la solicitud expresa de precios nuevos (de fecha 27 de enero de 2017 y la contestación de la DF, esta última a los folios 273 y sig. EA modificado).

Finalmente el proyecto modificado es aprobado mediante decreto de 23 de mayo de 2017 y confirmado tras la interposición del oportuno recurso de reposición (arts. 660 y sig. EA modificado) en Decreto de 28 de julio de 2017 que no fue objeto de recurso contencioso-administrativo por la UTE por lo que ha devenido firme y consentido a los efectos del art. 28 LJCA.

Debemos tener en cuenta que la llamada desviación procesal puede hacer referencia a tres supuestos:

A) Discrepancia entre lo impugnado en vía administrativa y lo impugnado en vía contencioso-administrativa.

Es sabido que en vía contencioso-administrativa pueden incorporarse cualesquiera “motivos jurídicos” nuevos, pero eso sí, no cabe apartarse del objeto impugnatorio combatido en vía administrativa (salvo, claro está, que se acuda a

las técnicas de impugnación autónoma y ulterior acumulación). Así, debe rechazarse el recurso por desviación procesal cuando tiene lugar “*el planteamiento de pretensiones no planteadas en vía administrativa*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2003, rec.3142/2000).

B) Discrepancia entre el objeto impugnatorio delimitado en el escrito de interposición y el objeto impugnatorio delimitado en la demanda.

Así afirma la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 2010 (rec.2338/2006) antes citada que “*El planteamiento no puede ser acogido pues el mero cotejo de los escritos de interposición del recurso contencioso- administrativo y de demanda pone de manifiesto que entre esos dos escritos ha habido un cambio sustancial en el objeto de impugnación.*”

C) Discrepancia entre el objeto impugnatorio delimitado en la demanda (pretensiones contra una actuación) y el objeto impugnatorio expuesto en el escrito de conclusiones (añadiendo nuevas pretensiones o nuevas actuaciones).

Así, queda cerrado el paso a incorporar pretensiones y motivos de inadmisibilidad en el escrito de conclusiones (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Mayo de 2004, rec. 7025/2000). También “*está vedada, normativamente, la posibilidad de introducir nuevos hechos o cambios sustanciales en los ya expuestos, capaces e individualizar histórica y jurídicamente nuevas pretensiones o de modular las previamente esgrimidas*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Enero de 1994, rec. 1247/92).

Nos encontramos con que si bien sí se planteó en fase administrativa la solicitud de resolución del contrato, lo cierto es que se hizo en una fase inadecuada. Ciertamente la ejecución del contrato presentó problemas apenas si se inició (presencia de asbestos que finalmente se descartó, cambios en la DO por la contratista, indefiniciones del proyecto...) y todo ello está relacionado. Pero esta relación no puede servir para hacer un *totum revolutum* en las peticiones dentro de la ejecución del contrato.

Evidentemente dentro del contrato pueden surgir multitud de problemas en cuanto a su ejecución y así el propio recurrente solicitó una prórroga del contrato por 3 meses (folio 1 EA sancionador primero), pero esta solicitud fue desestimada y únicamente se le concedió una ampliación del plazo desde el 11 de febrero de 2017 al 11 de marzo de 2017 por la paralización de la obra durante la

investigación de la existencia de amianto y hasta el 11 de abril de 2017 con la consideración de retraso culpable del contratista del art. 98 RCGC (Decreto de 9 de febrero de 2017) -folios 60 y sig. EA sancionador, primero-. Dicho decreto además inició el expediente sancionador por retrasos que fueran más allá del día 11 de marzo de 2017. Contra este Decreto se interpuso el día 20 de febrero de 2017 recurso de reposición (folios 96 y sig. EA sancionador primero) pero únicamente para que la ampliación del plazo lo fuera hasta el 18 de marzo de 2018 y sin penalización alguna. El recurso y las alegaciones fueron desestimadas mediante Decreto de 22 de marzo de 2017 (folios 188 y sig. EA sancionador primero). Contra el mismo se interpuso recurso de reposición que fue desestimado expresamente mediante Decreto de 2 de agosto de 2017.

Pero una cosa es la solicitud de ampliaciones del plazo de ejecución, la existencia de sendos expedientes sancionadores (potestad de la Administración ante retrasos) e incluso de un modificado y otra muy diferente es que dentro de los supuestos de sanción por retraso se pueda entrar a valorar la resolución del contrato vía art. 211.2.b) y 213 TRLCSP. Y ello porque estimar esta pretensión implicaría “dejar sin efecto” resoluciones posteriores que no han sido recurrida por el demandante: el Decreto de 23 de mayo de 2017 de modificación del proyecto y el decreto de 2 de agosto de 2017 de imposición de primeras penalidades, que no ha sido objeto de recurso jurisdiccional.

Por lo tanto, sin perjuicio de que efectivamente deban examinarse las incidencias habidas durante el contrato para determinar la procedencia de las sanciones impuestas en la resolución recurrida, no existe una relación directa entre el contenido de la resolución recurrida y la pretensión de resolución del contrato pretendida como primer petitum del suplico, que en ningún caso podría ser declarada en esta acto y que debería haberse articulado al recurrir el Decreto que aprobó el proyecto modificado puesto que lo que realmente señala la recurrente es que las modificaciones superan el límite legal del 10% y no el 9'95% señalado por la Administración.

Es más, el propio art. 212 TRLCSP determina que es la Administración la que debe decidir entre imponer sanciones por el retraso o la resolución del contrato, sin que las partes se encuentren en una posición de igualdad. Como dice la STSJ de Madrid de 21 de enero de 2005 *“(…) no está de más recordar que en la contratación administrativa, a diferencia de lo que sucede en los contratos sometidos al Derecho privado por aplicación del art. 1124 CC, la facultad de resolver el contrato no es de cada una de las partes de aquel cuando la otra*

incumpla, sino que en virtud de la especial posición que la Administración ocupa frente al contratista, que se recoge en la LCAP en su art. 60, dicha Administración tiene, entre otras, la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos administrativos y determinar los efectos de esta resolución, previa audiencia del contratista, y ello porque la Administración ocupa una posición preeminente frente al que contrata con ella, por razón del interés público que defiende, lo que no significa que quien contrata con la Administración carezca de garantías frente a los excesos que el uso indebido de aquellas prerrogativas pudieran producirle, sino sencillamente que esas garantías tiene que ejercitarlas quien contrata con la Administración conforme a lo que previene al respecto la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y no como a él le parezca oportuno (...)."

Cuarto.- En cuanto a la pérdida sobrevenida del objeto del recurso alegada también en la contestación a la demanda, se remite a los arts. 74 y sig. LJCA, que se completan con la regulación del art. 22.1 LEC cuando determina que *“Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvención, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniendo o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Letrado de la Administración de Justicia la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas”*.

Sin embargo en el presente caso no hay tal carencia de objeto. Dado el concreto contenido del acto recurrido (la imposición de penalidades por retraso en la ejecución de la obra contratada), el hecho de que finalmente se haya resuelto el contrato por culpa de la adjudicataria mediante Acuerdo de la JBL de 13 de febrero de 2018 (y que es objeto del PO 108/2018 seguido ante este mismo Juzgado) no implica en ningún caso que las sanciones se hayan dejado sin efecto. Y esto aun cuando las sanciones no se hayan hecho efectivas. La resolución del contrato implicará la liquidación de las pretensiones y con ello, la inclusión de las penales impuestas, por lo que el interés del recurrente en que efectivamente se anulen las mismas continúa intacto.

Quinto.- Contempla el TRLCSP dos tipos de modificaciones: Las que se encuentran previstas en el pliego o en el anuncio de licitación, y las no previstas en estos documentos, estableciendo regímenes, límites y procedimientos distintos para cada uno de ellas.

Siendo las que aquí nos ocupa las modificaciones no previstas en el pliego, se encuentra regulada en el art. 107 TRLCSP, que exige que:

- Concurran y se justifiquen suficientemente alguna de las circunstancias previstas para ello en la ley.
- No se alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación definidas en la ley.

Para que se produzca una modificación es preciso que concurran las siguientes circunstancias:

a.- Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b.- Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c.- Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d.- Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e.- Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Y lo que está claro que era precisa una modificación del contrato en los términos del art. 219 TRLCSP, esto es, por razones de interés general. Modificación que como ya hemos dicho se realizó mediante Decreto de 23 de mayo de 2017 cuyo contenido debe ser tomado por cierto: tanto en cuanto a las partidas que faltaban por concretar en el proyecto como en cuanto al porcentaje y precio que dicha

modificación supuso de un 9'95% y un coste adicional de 62.882'22 euros. Las partidas cuya ejecución habría que realizar constan al folio 476/13 y sig. de su expediente y sin que en ningún caso pueda darse por acreditadas las conclusiones del informe pericial del Sr. ██████ que determinan que las modificaciones a realizar superaron ampliamente el límite del 10% porque no se recogen las variaciones del art. 234.3 TRLCSP y ello porque todo ello se debió hacer valer al recurrir el Decreto que aprobó la modificación del proyecto y no ahora. Las controversias sobre cuál debía ser el contenido de la modificación, la existencia de precios nuevo o de aumento de mediciones, los problemas de electricidad con Iberdrola, la tabiquería... todo ello hay que dejarlo tanto al proyecto inicial (conocido por el recurrente y sobre el que presentó una baja a priori calificada como temeraria y que pudo justificar) como al modificado no recurrido. El resto con cuestiones que surgen durante la ejecución y que deben ser resueltas mediante las reuniones con la arrendataria del edificio y el proyectista (como se observa en los numerosos correos que obran al expediente con la Jefa de Obra).

La única circunstancia cierta es que a pesar de que el plazo inicial concluía el día 11 de febrero de 2017 y que se amplió hasta el 11 de abril de 2017 las obras no habían concluido (ni lo fueron nunca, construyéndose aproximadamente un 36% de la obra). Y también es una declaración legal que para la constitución en mora del contratista no es precisa intimación alguna de la Administración, a pesar de lo cual constan multitud de requerimiento de que las obras no van a buen ritmo o de que la obra directamente está cerrada y no se está trabajando. En el expediente hay la multitud de informes técnicos elaborados por el Ayuntamiento sobre este retraso y existe un hecho cierto, cual es que a marzo de 2017 (fecha en la que los trabajos dejaron de realizarse en el edificio) únicamente estaba realizado un 36% del edificio y que en mayo de 2017 (incluso antes de aprobar la modificación) la contratista no solo no tenía a nadie trabajando sino que incluso había retirado la seta de obra, por lo que se presume que su voluntad de cumplir el contrato era nula, por más que la Jefe de obra Sra. ██████ haya manifestado que “se iban haciendo cosas según se podía”. Y decimos esta fecha porque es a la que se debería haber terminado la obra, aunque excepcionalmente se concedió un mes más para la terminación pero ya con penalidades, de nuevo, para el contratista en los términos del contrato firmado: cláusula 35ª, serán incumplimientos leves los “incumplimientos de los plazos establecidos en este pliego para la realización de los sucesivos trámites administrativos y para la ejecución de las obras cuando este incumplimiento sea inferior a un 50% del plazo previsto para cada trámite” mientras que tienen la calificación de graves

cuando el incumplimiento de los plazos del pliego “sea superior a un 50% e inferior a un 100% del plazo previsto para cada trámite, cuando no se hubiera ofertado por el contratista reducción en el plazo de ejecución previsto en el proyecto”. El plazo para la ejecución del contrato se amplió pues del 11 de febrero de 2017 (puesto que el acta de replanteo tuvo lugar el 11 de agosto de 2016) hasta el 11 de abril de 2017 como consecuencia de la paralización de la obra en septiembre de 2016 por la posible existencia de amianto. Ninguna otra consecuencia se puede dar a esta paralización puesto que ya está contemplada en el Decreto de 9 de febrero de 2017 ya que no se recurrió el Decreto de 22 de marzo de 2017 que confirmó este plazo.

La cuestión será si durante la tramitación del modificado era posible continuar con la obra que no estaba afecta a la modificación (puesto que es evidente que no se podía terminar en tanto en cuanto no se aprobase la modificación) y en qué porcentaje, al menos para demostrar la voluntad de la empresa contratista de cumplir el contrato firmado.

Al folio 97 EA modificado consta un informe de la DF de la obra, Sr. ██████████ de 16 de febrero de 2017, emitido con ocasión de la solicitud de modificación del proyecto en el que se determina que *“las soluciones propuestas por la dirección facultativa en este informe dan solución técnica para continuar la obra sin superar el porcentaje del 10% del precio de ejecución material de proyecto. Los precios propuestos son acordes con los de proyecto en cuanto a las unidades de la obra contenidas en él y los precios de las partidas nuevas son obtenidos de bases de precios de edificación y precios de mercado obtenidos de varios tarifarios. No obstante se puede seguir desarrollando la obra en tiempo y forma para concluir la hasta su conclusión final. Por ejemplo se pueden seguir ejecutando vestuarios, tabiquería, fontanería, electricidad salvo el tramo mencionado, luminarias y cableado hasta cajas de registro, rampa en el exterior, toda la climatización, carpinterías, yesos...”*. Esta posibilidad también es compartida por la técnico del Ayuntamiento al folio 384 EA modificado, en su informe de 20 de febrero de 2017 y fue ratificada en el acto de la vista por la Sra. Marcos.

La autorización para la redacción del proyecto modificado en los términos del informe de la DF y en aplicación del art. 234.3 TRLCSP se hace mediante Decreto de 8 de marzo de 2017 (folios 448 y siguientes EA, modificado) y lo hace en base a las siguientes consideraciones (según el informe de la TGA del Servicio de Contratación de 22 de febrero de 2017):

- Errores de proyecto en cuanto a la tabiquería de yeso-cartón (considerada en las mediciones como un trasdosado cuando se necesitaba un tabique), falta de previsión de impermeabilización de fosos de ascensores, cálculo de potencia de electricidad y no idoneidad del grupo de previsión contra incendios.

- Otras cuestiones surgidas durante la obra y que obligaron a realizar cambios: chapa metálica en el muro del mostrador, apertura de hueco para el paso entre el hall y la escalera, corte de 1 m² de peto de fábrica, red de saneamiento, cableados, alicatado existente...

El proyecto modificado se presenta el 23 de marzo de 2017 por la contratista (doc. 476 EA modificado) y se adjunta el informe de la DO de 29 de marzo de 2017 (folios 479 y sig. EA modificado), sin admitir todos los cambios y en los precios que solicitan los recurrentes. Pendiente por lo tanto solo de su aprobación formal, sin embargo no haya actividad apenas en la obra (hasta febrero la obra solo está ejecutada al 32'69 % y durante el mes de abril y mayo el importe de las certificaciones mensuales fue 0), alegando a fecha 11 de abril de 2017 (precisamente la fecha en la que se debería haber terminado la obra o más bien aquella parte de la obra que sí se podía continuar) que el presupuesto de ejecución del modificado asciende ampliamente el 10% del precio del contrato por lo que se debe proceder a su resolución. La DO, en el traslado conferido, folios 539 y sig. EA, desestimando tal pretensión y alegando que la recurrente realizó una baja en su oferta superior al 24% y que lo que está haciendo es poner impedimentos para continuar la obra, poniendo en duda todas las órdenes dadas por la DF. En ningún momento en el EA consta que no se pudiera continuar con la obra, entendiéndose como un impedimento material y fáctico. No es sino hasta el informe pericial del Sr. ██████████ cuando al folio 23 y 24 especifica que no era posible realizar los trabajos que se indicaba por la DO como el alicatado o remate de los vestuarios, fontanería, electricidad o rampa porque dependían de precios nuevos pendientes de la aprobación del proyecto, aunque a preguntas de las partes el perito lo que ha indicado es que existía una imposibilidad "jurídica" y no fáctica. Sin embargo, esta imposibilidad jurídica no debería haber obstado a la continuación de las obras (no solo las que no estaban afectas por la modificación sino incluso estas, ya que constaba el proyecto con las obras a realizar y su oportuna cuantificación) aunque ello podría dar lugar a que hubieran terminado las obras antes de la aprobación del modificado.

A juicio de esta Juzgadora nos encontramos, conforme ha apreciado también el Consejo Consultivo (en el expediente de resolución del contrato -doc. 1 de la

contestación-), con una decisión voluntaria y consciente de la contratista de no ejecutar la obra que desde un primer momento tuvo problemas de ejecución, cuestionando todas las órdenes de ejecución (y recordemos que las obras eran obligatorias para el contratista y ante las posibles modificaciones que no superasen el 10%). Obra que conocía ya que presentó una justificación de su baja de más de 170 folios conforme se ha puesto de manifiesto en el expediente. Probablemente por razones económicas la obra ya no era rentable económicamente a la contratista, por lo que se intentó aumentar unidades de obras y justificar precios nuevos para aumentar el porcentaje de obra a cobrar al principio y al ver que esto no era posible, realizó una dejación de la construcción tratando de forzar una resolución de mutuo acuerdo primero y después por vulneración del art. 107 TRLCSP. Prueba de todo ello son los innumerables correos electrónicos remitidos por la Jefe de Obra tanto a la DO como al Ayuntamiento, incidiendo una y otra vez en cuestiones ya resueltas de precios, aumento de unidades o problemas con DBT-SI.

Pero no olvidemos que la modificación del contrato por debajo del 10% es obligatoria para el contratista (art. 234.2 TRLCSP y STS 3293/2011) y ante esta negativa la Administración podría contratar las obras con un tercero. Pero no hay una negativa explícita del contratista sino directamente un abandono de la obra. Y ello a pesar de que la técnico del Ayuntamiento (folio 3 EA sancionador 2) propuso una ampliación del plazo de 45 días para la ejecución para “al menos” la ejecución de los trabajos que la DO había señalado como posible su realización (según el informe de 29 de marzo de 2017 – folios 5 y sig. EA sancionador 2-) y así se admitió en el Decreto de 11 de abril de 2017 por el que se concede una ampliación de plazo de 45 días para la ejecución de las obras y se incoa el expediente sancionador y que finaliza con el Decreto sancionador de 12 de junio de 2017, sin que ninguna de estas obras se realizara.

De todo ello se desprende:

- Que el plazo era un elemento esencial en la formalización del contrato (cláusulas 4, 33, 35 y 36 del pliego), además de la previsión del art. 212.2 TRLCSP según el cual el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo.
- Que el retraso originado por el estudio del amianto ya fue recogido en el Decreto de 9 de febrero de 2017 (hasta el 11 de marzo de 2017), por lo que no se puede ampliar el plazo de ejecución posteriormente por la misma causa.

- Que los trabajos que se podían realizar durante la tramitación del modificado están claramente definidos en los informes de la Técnico y de la DO de febrero y marzo de 2017, y que la recurrente no realizó trabajo alguno en la obra desde abril de 2017. Se produjo por lo tanto una paralización unilateral de las obras por la contratista obviando su posición jurídica en el contrato y que debía estar a la interpretación del contrato y modificaciones del contrato conforme al proyecto que ya tenía en su poder, realizada por la Administración.

- Que estos trabajos que se debían realizar son independientes del modificado cuya autorización se produjo apenas unos días antes de concluir el plazo, por lo que la Administración sabía que a fecha 11 de abril de 2017 la obra no podía estar concluida e incluso concedió 45 días más para la realización de los trabajos que faltaban (de conformidad con los términos del art. 98 RGC), sin que a la fecha de imposición de las penalidades durante estos 45 días se hubieran realizado estas obras.

- Si se hubiera visto que durante el mes de marzo-mayo de 2017 (concedido ya con penalidades no recurridas por el contratista) los trabajos hubieran seguido avanzando, tanto respecto de las obras no afectadas por el modificado como incluso poder haber ido realizando los trabajos del propio modificado (presentado el proyecto el 31 de marzo de 2017), la Administración probablemente hubiera concedido el plazo de los 45 días sin penalización alguna.

- La sanción impuesta en la resolución recurrida lo es no solo por no acabar la obra, que era imposible dado que se estaba tramitando un procedimiento de modificación, sino por no realizar ninguna de las obras (a excepción de la climatización) que a juicio de los técnicos del Ayuntamiento se podían haber realizado. Así consta en el informe de la Jefa del Servicio de Contratación de 8 de mayo de 2017 (folios 113 y sig. EA, sancionador 2):

“En el expediente consta una solicitud de suspensión en el plazo ejecución de las obras presentada en el Registro General de Entrada de este Excmo. Ayuntamiento el 6 de abril de 2017, realizada por la UTE adjudicataria de las obras dentro del plazo de ejecución del contrato. En dicho escrito se solicita, basándose en que la fecha de finalización de la obra previsto es el 11 de abril de 2017, y es obvio que con un modificado tramitándose no va a ser posible terminar la obra en dicha fecha, por causas que no son imputables a la contratista, tal y como se ha venido exponiendo en diferentes escritos, que se suspenda la obra hasta que esté el proyecto modificado, y se conceda una ampliación de plazo

atendiendo al proyecto modificado que se va a aprobar, y el tiempo en el que no ha podido ejecutarse obra por estar afectada por dicho modificado. No obstante, en el presente contrato ya se concedió una ampliación en el plazo de ejecución de las obras de dos meses, un mes entendiéndose que la demora no debía ser únicamente imputable al contratista y el segundo por causas imputables al contratista y, por lo tanto, acordando la imposición de sanciones. Sin embargo, finalizando el día 11 de abril el plazo que estimó la Administración suficiente para la ejecución de las obras no afectadas por el proyecto modificado, éstas no han finalizado, por lo que se propuso, y así consta en el informe de la Sra. Arquitecta Municipal y Supervisora Municipal de las citadas obras, un nuevo plazo de cuarenta y cinco días para la ejecución de estos trabajos, considerando que su no ejecución se debe únicamente a causas imputables al contratista, por los motivos expuestos en el citado informe de fecha 7 de abril de 2017. No procede, por lo tanto, en opinión de la informante acordar la suspensión en el plazo de ejecución solicitada por el contratista, a la vista de que existen unidades de obra que el contratista puede continuar ejecutando por no estar afectadas por el proyecto modificado y su no ejecución se debe a causas únicamente imputables a él. El plazo que se fije, en su caso, para la ejecución de las unidades de obra incluidas en el proyecto modificado, deberá, de acuerdo con lo previsto en el artículo 162 del RGLCAP, estar en proporción a lo que afecte al importe del contrato las modificaciones introducidas.”

- Que la sanción a imponer es conforme a los términos contractuales pactados según el cual los incumplimientos contractuales leves serán sancionados con multas coercitivas de entre el 0'1 y el 0'5% del precio de adjudicación y además la demora en la ejecución será penalizada con una multa coercitiva del 0'20 euros por cada mil euros de precio del contrato, por cada día de retraso (cláusula 36ª).

- La tardanza de 2 meses en aprobar el proyecto modificado (desde el 8 de marzo de 2017 hasta el 23 de mayo de 2017) no obsta para que pudieran haber ido realizando las obras constatadas por el DO y la técnico del Ayuntamiento e incluso las contenidas en el propio proyecto. Es más, en el Decreto de 23 de mayo de 2017 de aprobación del modificado ni siquiera consta un reajuste del plazo de ejecución del art. 159 y 162 RGC, porque precisamente ya se habían concedido los 45 días en abril de 2017 para la terminación de la obra. Y desde luego un plazo de 45 días (con un importe de modificación de aproximadamente 62.000 euros) no puede considerarse una modificación sustancial y susceptible de resolución de contrato cuando el plazo de ejecución total era de 6 meses y el precio de

adjudicación de más de 500.000 euros más IVA, máxime cuando en el Proyecto de 31 de marzo de 2017 se puede observar como la mayoría de las modificaciones por precios nuevos que pretendía el recurrente se podían reconducir a precios ya existentes, por lo que la obra se podía haber continuado en tanto en cuanto se tramitaba esta modificación.

En conclusión, el expediente sancionador por el retraso en la ejecución a fecha 11 de abril de 2017 abierto al recurrente por retraso culpable en la ejecución de obras que se podían realizar durante la tramitación del modificado (vía art. 98 RGC) es conforme a derecho y debe ser ratificado en esta sede, sin devolución de cantidades por dichas penalizaciones (impuestas en las cuantías previstas en el contrato y en los pliegos) puesto que no han sido objeto de detracción (doc. 2 de la contestación).

Sexto.- Dada la desestimación de la demanda, la parte recurrente deberá abonar las costas del procedimiento con el límite de 1000 euros más IVA (ar.t 139 LJCA) dada la complejidad y cuantía del procedimiento.

Séptimo.- En atención a la cuantía del procedimiento la presente sentencia es susceptible de ser recurrida en apelación ante el TSJ de Castilla y León (art. 81 LJCA).

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

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ██████████ contra el Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Zamora de 12 de junio de 2017 relativo al expediente sancionador por retraso en la ejecución de las obras del “Proyecto de Ejecución para adecuación de espacios y modernización de las instalaciones para dependencias de la policía municipal y archivo municipal, en el edificio sito en la Plaza de Cristo Rey núm. 3º D de Zamora”, resolución confirmada en recurso de reposición resuelto mediante Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Zamora de 20 de octubre de 2017, que confirmo por ser ajustado a derecho.

La parte recurrente deberá abonar las costas del procedimiento con el límite de 1000 euros más IVA.

Notifíquese esta resolución a las partes, indicándoles que es no firme, pudiendo interponer recurso de apelación ante el Ilmo. TSJ de Castilla y León.



Líbrese testimonio de esta Sentencia para su constancia en autos, llevando el original al Libro de las de su clase.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

La Magistrada Juez