

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33041620

NIG: 28.079.00.3-2019/0019274

Recurso de Apelación 961/2020

De: [REDACTED]

**Contra: AYUNTAMIENTO DE MAJADAHONDA
LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL**

**D./Dña. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] Letrado/a de la
Administración de Justicia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-
Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

**DOY FE: Que en el Recurso de Apelación 961/2020 se ha dictado resolución del
siguiente tenor literal:**

SENTENCIA NÚM. 165/2021

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. [REDACTED]

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]

En la Villa de Madrid, a 10 de marzo de 2021.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida en Sección, el recurso de apelación nº 961/2020 interpuesto por [REDACTED], contra Sentencia de 23 de julio de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Madrid, en Procedimiento Ordinario nº 352/2019. Siendo parte apelada el Ayuntamiento de Majadahonda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificada la Sentencia que ha quedado descrita en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la recurrente, en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos, acordándose dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

SEGUNDO.- Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en la Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el 10 de marzo de 2021, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. ██████████.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se apela Sentencia de 23 de julio de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Madrid, en Procedimiento Ordinario nº 352/2019, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución presunta del Ayuntamiento de Majadahonda, que desestima reclamación de devolución de las fianzas definitivas con importe 228.328,80 y 51.141,57 euros por, respectivamente, garantía del cumplimiento del contrato de ejecución de las obras de construcción del centro ██████████) en Majadahonda, celebrado el 26 de agosto de 2009, y su modificación, aprobada el 24 de octubre de 2011. Además del importe de los gastos ocasionados por el mantenimiento de la garantía, 5.541,20 euros a la fecha de la reclamación y los posteriores que se devengarán hasta la total cancelación.

SEGUNDO.- La Sentencia es apelada por la UTE que interpuso el recurso en reclamación de la devolución de la fianza. Alega como único motivo de apelación la infracción del art.218.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Debido a que la Sentencia no analiza de forma correcta tres cuestiones: el plazo de garantía del

contrato; que la contratista realizó tres subsanaciones de defectos en la obra; y, por último, que ciertos informes y periciales no podrían enervar la devolución de las garantías reclamadas, porque no fueron notificados a la recurrente ni dieron lugar a actuación administrativa para reclamar a la recurrente que realizara en el centro deportivo las reparaciones detalladas en dichos documentos.

Termina la apelante solicitando la revocación de la Sentencia apelada, y la estimación de su demanda.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Majadahonda se opone a la apelación, alegando que la apelante reitera motivos alegados en instancia y resueltos en la Sentencia apelada, que no infringe lo dispuesto el art.218.3 LCSP. Por lo que solicita la desestimación del recurso con imposición a la recurrente de las costas causadas.

CUARTO.- Como señala la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1.998 el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. La jurisprudencia —Sentencias de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993, etc.— ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere, la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que esta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo. Así pues, los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. En este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril y 14 de junio de 1991, indican que el recurso de apelación no tiene por objeto reabrir el debate sobre la adecuación jurídica del acto administrativo, sino revisar la Sentencia que se pronunció sobre ello, es decir, la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, por lo que el escrito de alegaciones del apelante ha de ser, precisamente, una crítica de la Sentencia impugnada con la que se fundamente la pretensión revocatoria que integra el proceso de apelación, de suerte que, si esa crítica se omite, se priva al Tribunal ad quem del necesario conocimiento

de los motivos por los que dicha parte considera a la decisión judicial jurídicamente vulnerable, sin que se pueda suplir tal omisión ni eludir la obligada confirmación de la Sentencia por otro procedimiento, ya que la revisión de ésta no puede "hacerse de oficio por el Tribunal competente para conocer del recurso". Sin embargo, el incumplimiento de dichos requisitos no constituye causa de inadmisión del recurso de apelación sino de desestimación.

Teniendo en cuenta la anterior Jurisprudencia, procede desestimar el recurso de apelación.

Sobre el plazo de garantía y la incidencia de las reparaciones que se dicen ejecutadas por la contratista. Afirma la apelación que el acta de recepción de la obra tuvo lugar el 2 de diciembre de 2011, en ella consta que el estado de la obra era correcto, empezando a correr el plazo de garantía de cinco años, que finalizó el 2 de diciembre de 2016. Afirma que en___ éste caso tiene importancia decidir los efectos que sobre el periodo de garantía de un contrato administrativo de obra tiene el hecho de que se ejecuten por el contratista reparaciones de defectos de ejecución aflorados precisamente dentro del periodo de garantía, y que, se compute como se compute, el plazo de garantía venció sin haber requerido nunca la Administración la ejecución de más reparaciones que las efectivamente realizadas, y que por tanto debió acordarse la devolución de las dos garantías.

Al respecto, indica la apelante que a partir de escritos e informes de la concesionaria del centro deportivo que arrancan del 24 de septiembre de 2012, se dicta un acta municipal de 22 de mayo de 2013, seguida de instrucciones de la Dirección Facultativa a la UTE que dieron lugar a la subsanación de las deficiencias solicitadas. Después se presentaron otros escritos por la concesionaria y un requerimiento del Ayuntamiento de 28 de agosto de 2013, dirigido a la Dirección Facultativa y a la UTE, que dio lugar a una segunda ejecución de reparaciones. Finalmente, tras nuevos escritos de la concesionaria se dicta el informe municipal de 18 de mayo de 2015 proponiendo requerir a la UTE y a la Dirección Facultativa para que procedan a restituir la cubierta del pabellón de menor altura de acuerdo con la solución propuesta por el Servicio de Obras concediendo dos meses y añadiendo que de no ejecutarse esas obras se ejecutarán las garantías tanto de la Dirección Facultativa como de la UTE. Notificado ese informe, acabaría dando lugar al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 5 de diciembre de 2016, recurrido en el PO 202/2019, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº13.

Tal y como consta en la Sentencia apelada, la Sentencia dictada en el PO 202/2019, de 11 de enero de 2019, desestimó el recurso, debiendo abonar la apelante 63.526,16 euros. Después del Acuerdo recurrido, el Ayuntamiento en distintos informes verifica que existen patologías generalizadas en el centro deportivo, que son conocidas por la dirección facultativa y la constructora desde el momento de la aparición. Por ello la Sentencia aquí apelada estima que no se produjo el cumplimiento satisfactoria del contrato ni su liquidación por dicho motivo, por lo que no estima procedente la devolución de las fianzas, a pesar de

que haya existido un pronunciamiento judicial sobre determinadas responsabilidades, pues se referían a parte de las deficiencias que habían sido apreciadas. La Sentencia apelada entiende que la anterior Sentencia de 11 de enero de 2019 recoge que, según el informe técnico municipal, no puede considerarse que los defectos y daños apreciados en aquel momento provengan de las causas alegadas por la recurrente, sino que existen otros incumplimientos o actuaciones imputables a la constructora que pudieran ser causa o contribuir a la existencia de filtraciones de agua.

En contra de lo afirmado por la apelante, las deficiencias de la obra aparecieron y fueron denunciadas ante la constructora antes de que finalizara el periodo de garantía. Estas deficiencias dieron lugar hasta a tres intervenciones reparadoras de la constructora recurrente, según su propia declaración, pero según los informes y denuncias, los defectos de la construcción eran más amplios de los que fueron reparados, incluso tras la intervención judicial. De hecho, los informes acreditan que persisten hasta la fecha numerosas goteras y daños en el interior del centro deportivo. De lo que resulta, por una parte, que los defectos sí que aparecen en el periodo de garantía, y, por otra, que las reparaciones supuestamente acometidas fueron insuficientes para entender cumplido satisfactoriamente el contrato, que de hecho aún no ha sido liquidado. Así en el informe técnico de Fhoma Arquitectura se concluiría que en la cubierta del polideportivo había patologías generalizadas de las que tendría conocimiento la Dirección Facultativa y la apelante desde el momento de su aparición. Era pertinente, además, que ante la situación de la obra que mostraba los defectos y la falta de reparación o subsanación por la contratista, se continuaran emitiendo informes por el Ayuntamiento para acreditar el verdadero alcance de los defectos y requerir la reparación, culminando por ahora en el informe de 5 de febrero de 2020 de la Jefe del Servicio de Obras, que también justifica la existencia de más incumplimientos que los establecidos en la Sentencia del Juzgado nº13, indicando que la previsión de 63.526,13 euros estaba hecha sobre una parte de la cubierta, aunque estaba dañada toda la cubierta, cuya obra de reforma se cifra en 497.158,12 euros. Situación ante la que debe considerarse plenamente ajustada a derecho la conclusión de la Sentencia apelada, que estima no procedía devolver las garantías, en aplicación de las previsiones del art.90 LCSP.

En cuanto a la alegada falta de eficacia del informe de la Jefe del Servicio de Obras de 10 de octubre de 2017, la pericial de Fhoma Arquitectura SLU y el informe de 5 de febrero de 2020 de la Jefe del Servicio de Obras para enervar la devolución de las garantías definitivas, debido a que no fueron notificados a la recurrente, ni dieron lugar a actuación administrativa para reclamar a la recurrente que realizara en el centro deportivo las reparaciones detalladas en dichos documentos.

La falta de notificación de dichos informes, de concurrir, no puede determinar que la recurrente tenga derecho a la devolución de las garantías mientras esté pendiente la subsanación de defectos, tal omisión sería un vicio del procedimiento con unas posibles

consecuencias procedimentales en orden a su subsanación, entre las que no se encuentra el nacimiento de un derecho a la devolución de las garantías. Este derecho tampoco se deriva de la falta de reclamación por el Ayuntamiento de la reparación de los defectos que se detallan en dichos informes, que sustancialmente son los mismos reclamados desde el principio; defectos en la cubierta del polideportivo que produce filtraciones de agua. Como se ha dicho también, los defectos de la obra aparecen durante el periodo de garantía y desde entonces están en proceso no terminado de cuantificación y reclamación. Tampoco la terminación del plazo de garantía impide seguir reclamando los defectos aparecidos y no subsanados, cuando la prolongación en el tiempo del contrato y la necesidad de nuevos informes se debe fundamentalmente al incumplimiento por el contratista de su deber de entregar la obra sin defectos en primer lugar, y de reparar estos una vez detectados, en segundo lugar. En definitiva, estando pendiente el cumplimiento satisfactorio del contrato no procede la devolución de las garantías, como prevé el aplicado art.90 LCSP.

La Sentencia apelada se ajusta a derecho en cuanto estima adecuada la denegación de devolución de las garantías en aplicación de lo previsto en el art.90 LCSP, sin que incumpla por ello las previsiones del art.218 LCSP sobre recepción y plazo de garantía.

Por todo ello, el recurso de apelación debe ser desestimado.

QUINTO.- De conformidad con el art.139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede imponer a la apelante las costas causadas en apelación, con el límite de 2000 € por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, atendida la complejidad del caso enjuiciado y la actividad desplegada en el presente recurso.

Vistas las disposiciones legales citadas

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] contra Sentencia de 23 de julio de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Madrid, en Procedimiento Ordinario nº 352/2019;

Se condena al pago de las costas causadas en esta instancia a la apelante, con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último fundamento de derecho.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000-85-0961-20 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo “concepto” del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85-0961-20 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Y para que conste , expido el presente testimonio que firmo.

En Madrid, a 10 de marzo de 2021.

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA