

TRIBUNAL SUPERIOR DE MURCIA

Sentencia 25 de enero de 2015

Nº de Recurso: 106/2015

Nº de Resolución: 33/2016

En Murcia, a veinticinco de enero de dos mil dieciséis.

En el rollo de apelación nº 106/15 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia nº. 117/14, de 11 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 8 de Murcia dictada en el procedimiento ordinario nº 236/12, figuran como parte apelante GOMENDIO CONSTRUCCIONES S.A.U representada por el Procurador D. José Augusto Hernández Foulquie y dirigido por el Letrado D. Juan Enrique Serrano López, y como parte apelada el Ayuntamiento de Murcia, representado y defendido por la Procuradora D. Carmen Rosagro Sánchez y defendido por el Abogado D. Carlos Alarcón Terroso, sobre contratación administrativa.

Siendo Ponente la Magistrado Ilmo. Sr. D. Abel Ángel Sáez Doménech , quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 8 de Murcia lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, que designó Magistrado ponente y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 15 de enero de 2016.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada estima en parte el recurso contencioso- administrativo formulado por la mercantil GOMENDIO CONSTRUCCIONES S.A.U. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia de 7 de marzo de 2012 que desestima las alegaciones realizadas por la actora frente al resultado de la medición general de la obra "Proyecto modificado de construcción de Centro de Iniciativas Municipales en Murcia" y frente al Decreto del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio de la misma Corporación de 27 de enero de 2012 por el que se aprueba la certificación nº. 19 última y final correspondiente a la misma obra referida. La estimación parcial se deriva de declarar el derecho de la parte actora a que la Administración demandada le abone la cantidad de: 6.630,84€ (P.E.M), en concepto de

Honorarios del Coordinador de Seguridad y Salud de las obras, manteniendo el resto de la resolución recurrida; todo ello sin hacer pronunciamiento alguno respecto de las costas procesales causadas en el presente procedimiento.

Alegaba la recurrente que no se había procedido a la medición conjunta de las obras y que la certificación n.º 19 final de las mismas debía dar un resultado a pagar de 65.079,22 euros, más impuestos, gastos generales y beneficio industrial, menos el 15/100 por baja en la licitación, en concepto de exceso en la ejecución de la unidades de obra, obras realmente ejecutadas y no reconocidas en la liquidación, sobrecostes derivados de las imposición realizadas por la Dirección Facultativa de las Obra, más 77.657,03 euros en concepto de sobrecostes indirectos derivados del retraso en su ejecución imputables exclusivamente a la Administración demandada.

Subsidiariamente pretendía que se declarara la nulidad o anulabilidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de marzo de 2012 desestimatorio de las alegaciones realizadas por la recurrente el 26-1-2012 frente al resultado de la medición general de las obras así como del Decreto del Concejal de Contratación y Patrimonio de 27 de enero de 2012 que aprueba la referida certificación n.º 19 final de la obra al amparo del art. 62.1 e) y 63 de la Ley 30/1 992 por vulneración del art. 166 del RGLCAP, al no haberse procedido a la medición conjunta de las obras con presencia del contratista y al rectificar la certificación final de la obra en función del resultado de dicha medición.

El Juzgado después de hacer referencia a los fundamentos en los que cada una de las partes fundamenta su pretensión señala como hechos que resultan acreditados por el expediente administrativo y totalidad de los documentos que obran en autos, los siguientes:

1) Mediante Acuerdo de Junta de Gobierno de 28 de Abril de 2010 se adjudicó provisionalmente a la empresa Gomendio Constructores, S.A.U. el contrato para la ejecución de las obras del Centro de Iniciativas Municipales de Murcia, en la cantidad de 732.758,62 € + 16% IVA (folios 17 a 19).

Por Acuerdo de 12 de Mayo de 2010 se elevó a definitiva la adjudicación, según preveía la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, aplicable a este contrato (folios 20 y 21), formalizándose el contrato con fecha 19 de Mayo de 2010 (folios 22 a 27).

2.- El contrato establecía un plazo de ejecución de 7 meses a contar desde el día siguiente a la formalización del Acta de comprobación del replanteo (cláusula 17.3 del Pliego de Condiciones, folios 1 y siguientes), Acta que se firmó el 10 de Junio de 2010.

El 26 de Octubre de 2010 la empresa constructora presenta un escrito solicitando la ampliación del plazo de ejecución de las obras en tres meses (documento n.º 1 de la demanda), autorizándose una prórroga de dicho plazo hasta el 31 de Marzo de 2001, mediante Acuerdo de Junta de Gobierno de 1 de diciembre de 2010.

El 28 de Febrero de 2011 la empresa presenta un nuevo escrito solicitando la concesión de una segunda prórroga de 2 meses (documento n.º 2 de la demanda), que es autorizada mediante Acuerdo de 23 de Marzo de 2011, quedando establecido el plazo de finalización de obras para el 31-5-2011.

3.- Mediante Acuerdo de Junta de Gobierno de 22 de Junio de 2011 (folios 28 a 30) se aprobó el Proyecto de “Modificado del Centro de Iniciativas Municipales de Murcia, por importe de 1.000.000 € (IVA incluido), lo que suponía un incremento de 135.344,83€ (1565 %) sobre el principal adjudicado.

El Modificado al Proyecto Básico y de Ejecución del Centro de Iniciativas Municipales fue redactado por los arquitectos municipales D. Porfirio y D. Jose Carlos , obrando en la documentación correspondiente al mismo una Memoria justificativa que explicaba la necesidad de Modificado, así como la conformidad de la empresa adjudicataria con la modificación, estableciéndose, además, un plazo de 2 meses para la finalización de las obras recogidas en el Proyecto de modificado, que serían ejecutadas por la actora. El Proyecto Modificado se formalizó el día 13 de Julio de 2011 (folios 31 a 35).

4.- El 11 de Agosto de 2011 la empresa presenta un nuevo escrito solicitando una nueva ampliación del plazo de ejecución de las obras por un mes (documento nº 3 de la demanda), autorizándose mediante Acuerdo de Junta de Gobierno de 7 de Septiembre de 2011 una prórroga del plazo hasta el 13 de octubre de 2011.

Llegada dicha fecha las obras no estaban finalizadas, por lo que la empresa presentó un nuevo escrito el 14 de Octubre de 2011 solicitando la recepción parcial de las obras interiores del edificio y un aumento del plazo para finalizar las exteriores (documento nº 4 de la demanda), denegándose dicha solicitud por Acuerdo de Junta de Gobierno de 2 de Noviembre de 2011, requiriéndose en el último Acuerdo a la empresa para que procediera a la finalización de las obras, advirtiéndole que en caso de incumplimiento se podría hacer uso de las facultades previstas en el artículo 196.4 de la Ley y 21 del Pliego de Condiciones.

5.- Con fecha 15 de Diciembre de 2011 (folio 39) se levanta un Acta de recepción (folio 39) en el que se constata la existencia de deficiencias en la obra, requiriéndose a la empresa para su subsanación en un plazo de 10 días (folios 40 y 41) con carácter previo a su recepción.

Dicha recepción de las obras se produce el 27 de Diciembre de 2011, según informan los técnicos municipales al folio 202.

6.- Con fecha 20 de enero de 2012 se procede a la firma del Acta de Medición General de Obras (folio 65), constando en la misma la disconformidad de la empresa.

De la medición efectuada resulta un importe de ejecución material de 830,84082 €, resultando de la misma una certificación nº19 (última y final) por importe de 21 33900€.

Así consta en la documentación obrante a los folios 102 a 123 del expediente.

7.- El 26 de enero de 2012 la empresa presenta alegaciones a la medición general de obra y certificación final (folios 126 y siguientes).

Con su escrito la empresa presenta un “estado de mediciones” por un importe de ejecución material de 865.83545 € (folios 141 a 161), solicitando además el importe de una serie de “unidades ejecutadas fuera de planificación”, trabajos realizados y no reconocidos en liquidación”, “costes incurridos a petición de la

dirección facultativa, y “costes indirectos por exceso de plazo, lo que elevaba el importe solicitado como precio de ejecución material a 989.28940 €, que incluyendo gastos generales y beneficio industrial, baja del 15% y 18% IVA daba un resultado total de 119070872€

8.- Por Decreto de 1 de febrero de 2012 (folios 184 y 185), y previo informe del Técnico Municipal Director de Obra de 23-1-20 12 (folio 43), se acordó desestimar las alegaciones presentadas por la recurrente mediante escrito de 19-1-2012 (folio 66) en relación con la medición general y certificación n° 19 y final, y se aprobó la obligación correspondiente a ésta última, por importe de 21.339 €.

Con fecha 31 de enero de 2012 el Servicio de Contratación remite a la Oficina Técnica de Proyectos el escrito de alegaciones presentadas por la empresa, el 26 de enero de 2012, (folio 193).

Los técnicos Municipales emiten con fecha 6 de febrero de 2012 (folios 197 a 205) informe sobre las alegaciones presentadas por la empresa con fecha 26-1-2012.

Los Servicios Jurídicos emiten informe el 28-2-2012 (folio 235). El 20-2-20 12 la mercantil recurrente presenta recurso de reposición frente al Decreto de 27-1-2011 (folio 226), dando por reproducidos todas las alegaciones contenidas en su escrito de alegaciones de 26-1-20 12.

9.- Mediante Acuerdo de Junta de Gobierno de 7 de marzo de 2012 se desestimaron las alegaciones presentadas por la empresa, el 26-1- 2012, frente al resultado de la Medición General de Obra, y, el recurso de reposición presentado frente al Decreto de 27-1-2012 que aprobó la certificación n° 19 y final.

Entra a examinar seguidamente las cuestiones planteadas por las partes señalando:

1) Efectivamente, el artículo 166 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 dispone: “Medición general y certificación final de las obras.

1. Recibidas las obras se procederá seguidamente a su medición general con asistencia del contratista, formulándose por el director de la obra, en el plazo de un mes desde la recepción, la medición de las realmente ejecutadas de acuerdo con el proyecto. A tal efecto, en el acta de recepción el director de la obra fijará la fecha para el inicio de dicha medición, quedando notificado el contratista para dicho acto. Excepcionalmente, en función de las características de las obras, podrá establecerse un plazo mayor en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

5. El resultado de la medición se notificará al contratista para que en el plazo de cinco días hábiles preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos...

Y, en nuestro caso, si bien es cierto que, como alega el Letrado de la parte actora, la Administración demandada ha incumplido los dos requisitos, de referencia, así, por un lado, al folio 39 del expediente obra acta de recepción de las obras, en la que no se hace referencia alguna al día y la hora en la que tendrá lugar la medición conjunta de las obras; y, por otro, por medio de fax de fecha 19 de enero de 2012 la Administración demandada convoca a la recurrente para que el día siguiente 20 de enero acuda al acto de

firma del acta de medición general y liquidación de la obra, manifestando en el acta la mercantil Gomendio Constructores, SAU, su disconformidad con la misma (folio 65 del expediente), también lo es, que para que tal omisión conlleve la nulidad de la resolución decisoria es necesario que la misma haya causado indefensión material a la recurrente, en este sentido cabe citar la Sentencia de 01 de julio de 2008, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, que en su Fundamento de Derecho segundo dice:

“(…) Examinando el primer grupo de alegaciones impugnatorias, todas de índole procedimental o formal, es de señalar que efectivamente, tal y como se denuncia por la recurrente, al concluirse la obra, por la Administración contratante no fue observado el trámite previsto en el art. 166 del Reglamento de la LCAP; en especial en el punto relativo a dar oportunidad a la contratista de comparecer a la medición general de lo ejecutado.

El acto de medición definitiva es uno de los mecanismos mediante los que se constata el estado de la ejecución de la obra contratada por la Administración. Su carácter formal se explica por ser definitivo y el antecedente inmediato de la liquidación de la prestación debida al contratista; también porque, dada la trascendencia de la medición para los intereses del contratista, éste tiene la posibilidad de concurrir in situ y plantear las objeciones u otras cuestiones que estime oportunas sobre la medición, con lo que se posibilita, al tiempo que se agiliza, la defensa de dicho interesado en el procedimiento.

Dicho esto, y como es sabido, la infracción de la norma de procedimiento aboca sólo a la nulidad de la resolución decisoria si de aquélla se deriva una indefensión material para el afectado (art. 63.2 LRJAP y PAC), lo que quiere decir que éste, efectivamente, se haya visto privado de la posibilidad de aportar las alegaciones y pruebas cuya relevancia hubieran podido cambiar el contenido de la decisión en un sentido más favorable a sus intereses, o, en palabras de nuestro Tribunal Supremo, que se le hubiera impedido “. . . la introducción en el expediente los elementos fácticos y jurídicos de la oposición que la Administración debía tener en cuenta antes de producir el acto definitivo” (SSTS de 3-5- 1980 y de 23-12-2001). Sólo a partir de la cuidadosa ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso cabe un juicio sobre la realidad de la alegación de indefensión material.

Tras examinar el resto de las alegaciones de la recurrente, se colige que su queja se centra no tanto en la omisión denunciada, cuanto en el resultado que sobre la medición general de la obra ofrece la Administración contratante, resultado que, en vía administrativa, impugnó la contratista y hoy recurrente proponiendo su propia medición, aunque a la postre ésta fuera rechazada por la Administración mediante el acto cuya nulidad se promueve en el presente proceso.

De ahí que, a este respecto, puesto que la contratista no sufrió indefensión material, la infracción procedimental detectada carece de relevancia.”

Indefensión material que no se ha producido en nuestro caso, en el que, como alega el Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Murcia: “(…) ninguna indefensión se ha ocasionado a la empresa, que presentó su propia medición ya la que se dio oportunidad de medir conjuntamente las obras junto a la Dirección Facultativa,

habiendo recibido contestación expresa a cada una de las alegaciones efectuadas al respecto, por cuanto consta acreditado, como se dijo, que: El 26 de enero de 2012 la empresa presenta alegaciones a la medición general de obra y certificación final (folios 126 y siguientes); por Decreto de 1 de febrero de 2012 (folios 184 y 185), y previo informe del Técnico Municipal Director de Obra de 23-1-2012 (folio 43), se acuerda desestimar las alegaciones presentadas por la recurrente mediante escrito de 19-1-2012 (folio 66) en relación con la medición general y certificación nº 19 y final, y se aprueba la obligación correspondiente a ésta última, por importe de 21.339€; con fecha 31 de enero de 2012 el Servicio de Contratación remite a la Oficina Técnica de Proyectos el escrito de alegaciones presentadas por la empresa, el 26 de enero de 2012, (folio 193); los técnicos Municipales emiten con fecha 6 de febrero de 2012 (folios 197 a 205) informe sobre las alegaciones presentadas por la empresa con fecha 26-1-2012; los Servicios Jurídicos emiten informe el 28-2-2012 (folio 235). El 20-2-2012 la mercantil recurrente presenta recurso de reposición frente al Decreto de 27-1-2011 (folio 226), dando por reproducidos todas las alegaciones contenidas en su escrito de alegaciones de 26-1-2012.

2) Sentado lo anterior, la actora reclama a la Administración demandada las cantidades y por los conceptos que anteceden, excepción hecha de los honorarios de coordinador y salud, que se verá más adelante.

Los técnicos municipales han efectuado la liquidación del contrato en base a la medición de lo realmente ejecutado en la obra, y conforme a los precios establecidos en el proyecto modificado aprobado, siendo así, que, como afirma el Letrado del Ayuntamiento de Murcia:

1.- La actora prestó expresamente su conformidad al modificado del Proyecto aprobado el 22-6-2011 (que preveía un nuevo plazo de 2 meses), una vez que ya se habían concedido las dos primeras prórrogas del contrato.

2.- Dicho proyecto modificado establecía unos precios que fueron aceptados por el contratista, sin reparo alguno y sin poner de manifiesto en aquel momento la procedencia de abono alguno por estos supuestos, retrasos en las obras que, a su juicio, pudieran resultar imputables a la Administración.

3.- Con posterioridad se aprobó una tercera prórroga solicitada por el contratista (mediante Acuerdo de Junta de Gobierno de 7-9-2011) por retrasos en las obras de acondicionamiento exterior del edificio.

4.- Se solicitó una cuarta prórroga, denegada por el Ayuntamiento, en Acuerdo de la Junta de Gobierno Municipal de 02 de noviembre de 2011, en el que se requiere: "al amparo de lo establecido en el art 196.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la empresa adjudicataria para que proceda a la finalización de las obras, con los efectos, en caso de incumplimiento, previstos en el art 196.4 de la mencionada Ley y en la cláusula 21 del Pliego de Condiciones base de la convocatoria..., por otro lado, el informe técnico emitido conjuntamente por el arquitecto municipal director de obras y el arquitecto técnico director de ejecución material de las obras, de fecha 6-2-2012 (folio 197 a 205), que ha sido ratificado por ambos técnicos en esta sede, emitido, en contestación a las alegaciones presentadas por la actora, en 26-1-2012, frente a la medición general de obra, da respuesta una por una a las partidas reclamadas, reafirmando en la medición efectuada que figura junto al Acta de Medición General de Obra, en definitiva,

analizan una por una tales partidas que son reclamadas, justificando su improcedencia, y acreditan que la liquidación aprobada por el Ayuntamiento es conforme a derecho, en los conceptos aquí discutidos, toda vez que, los dos técnicos municipales que han emitido el informe de referencia, no solo lo han ratificado, sino que han explicado en su comparecencia, de forma detallada cada uno de los apartados del mismo, sin que se haya desvirtuado con prueba en contra por la recurrente.

Por último, en cuanto a los honorarios de coordinador de seguridad y salud, los técnicos municipales en su mentado informe de fecha 6 de febrero de 2012, sobre este particular, dicen:

“5.2. Honorarios del Coordinador de Seguridad y Salud de las obras” Este concepto no se considera en el Acta de Medición General de obras ni en la Certificación final de la misma, porque siguiendo directrices de la Oficina de Gobierno Municipal, el mencionado gasto no está incluido en el proyecto adjudicado, ya que no es financiable por el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

La empresa propuso como Coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de las obras a D. Javier (Arquitecto), cuyo nombramiento fue aprobado antes de comenzar las obras por el Ayuntamiento de Murcia y que a esta Dirección Facultativa le consta que ha realizado el trabajo encomendado. Por parte de ese Servicio de Contratación se deberá estudiar si el posible abono de los referidos honorarios técnicos se ha tenido en cuenta en el contrato correspondiente y, en su caso, establecer el criterio a seguir para su abono”

Y, en el apartado b) del resumen del citado informe:

b) En cuanto a la solicitud por la empresa del abono del gasto originado según su criterio por diversos conceptos, que se detallan en las Alegaciones 3a, 4a, 5a y 6a ya informadas; la Dirección de Obra considera, en función del informe anterior, que dicho gasto no es justificable y únicamente se reconoce la realización del trabajo del Coordinador de Seguridad y Salud durante la ejecución de las obras, cuyos honorarios no están incluidos en el presupuesto del proyecto original ni en el presupuesto del proyecto modificado adjudicados.

Así mismo, como alega el Letrado de la parte actora, en su escrito de conclusiones: “(...) Incluso los técnicos responsables del contrato, a preguntas de esta parte en la Vista en la que tuvo lugar la declaración testifical pericial de los mismos, reconocieron que, a pesar de no estar recogido en el contrato, se dio orden expresa a mi mandante de contratar al técnico de seguridad y salud, por lo que resulta indubitado el abono de esta partida a mi mandante, por tratarse de una imposición expresa del Ayuntamiento, no recogida en el contrato, y reconocida por los técnicos municipales responsables del mismo.

Por lo que, le son debidos a la recurrente los Honorarios correspondientes al Coordinador de Seguridad y Salud, que asciende a la cantidad de: 6.630,84€ (P.E.M), que es la que fijaba la parte actora en el borrador de “Presupuesto y Mediciones finales de obra” que entregó en mano a la Dirección de Obra, en fecha 12 de enero de 2012, sin que se acepte la cuantía que fija en 9.447,57 € (PEM), y que justifica en el mayor plazo de ejecución de las obras, al no ser imputables a la Administración demandada los retrasos en el plazo de ejecución, respecto a los cuales, el reiterado informe, que la que juzga comparte, dice:

“(…) De la lectura anterior del desarrollo de la obra se desprende que el total de 18 meses y 17 días que constituye la duración de la obra, comprende el plazo de ejecución del proyecto inicial (7 meses), el plazo del proyecto modificado (2 meses y 21 días contando desde la aprobación del proyecto modificado) y las tres prorrogas concedidas del plazo de ejecución (6 meses en total). El resto del plazo de obra se produce desde la última fecha prevista para la recepción de la misma (13/10/2011) y la fecha real de recepción (27/12/2012), encontrándose en esta fase la obra fuera de plazo de ejecución y advirtiendo el Ayuntamiento de esta situación a la empresa constructora, con el requerimiento para que proceda a la finalización de las obras.

Se considera que de las tres prorrogas concedidas del plazo de ejecución, la primera (3 meses) y la tercera (1 mes) no son imputables a la administración contratante de las obras, sin embargo la segunda prórroga (2 meses) se concede para realizar “cambios en la distribución de las plantas 1a 2a de la edificación” debidos a la propuesta de modificación realizada por la Concejalía de Empleo del Ayuntamiento de Murcia, por lo que en este caso la ampliación del plazo de ejecución en 2 meses obedece a petición expresa de la administración contratante.

Por otra parte, como ya se ha indicado, las obras incurrieron en su fase final en situación de fuera de plazo de ejecución durante 2 meses y 14 días, desde la fecha prevista para la recepción (1 3/1 0/2011) y la fecha real de la misma (27/12/2012).

Dado que el posible incremento de los costes indirectos de la obra por aumento del plazo de ejecución imputable a la administración, estimado en dos meses (segunda prórroga), es incluso ligeramente inferior al retraso de la obra por situación de fuera de plazo de ejecución, con requerimiento por parte del Ayuntamiento a la empresa para finalizar las obras, se considera, a juicio de la Dirección de Obra, que no es justificable el gasto por sobrecostes indirectos solicitado por la empresa.

La parte apelante fundamenta su pretensión en los siguientes argumentos:

1) Error en la determinación de los efectos derivados del incumplimiento de la obligación de efectuar la medición conjunta de las obras. Nulidad de pleno derecho (art. 62.1 e) ley 30/92).

La Sentencia apelada alega, a los efectos de desestimar la pretensión de nulidad de los actos administrativos impugnados por vulneración del art. 166 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, por la omisión del trámite de medición conjunta de las obras, que si bien es cierto que tal medición no se ha efectuado, se trata de un defecto que no lleva aparejada la nulidad de pleno derecho por cuanto dicha omisión no ha producido indefensión material a mi mandante, dado que tuvo la oportunidad de presentar su propia medición. Y todo ello en base a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que es contraria a la Jurisprudencia y Doctrina mayoritaria sobre la nulidad de la medición general efectuada sin presencia del contratista.

En el procedimiento de medición general en el seno del contrato de obra pública, la asistencia del contratista a dicha medición se configura como un trámite absolutamente esencial del procedimiento, puesto que a través de dicho trámite se permite al contratista concurrir in situ al acto de medición y plantear las objeciones

y otras cuestiones que estime oportunas sobre la medición, de tal forma que se permite efectuar una contradicción sobre las propias obras, sin perjuicio del derecho de presentar alegaciones durante el posterior trámite de audiencia, a la vista de lo que se manifieste en el acto de medición conjunta.

Y no son de recibo las alegaciones contenidas en la Sentencia cuya apelación se interesa, en concreto en el Fundamento Jurídico Quinto in fine, en cuanto a que no se ha producido indefensión material (y por ende no puede ser considerado el acto impugnado de nulo de pleno derecho) por cuanto se le dio la oportunidad de medir conjuntamente las obras junto a la Dirección Facultativa, y ello porque si bien es cierto que en el Informe de los Servicios Técnicos Municipales de fecha 23 de enero de 2012, se señalaba por el Director de Obra que no tendría inconveniente en proceder a la medición conjunta de las obras, tal medición conjunta nunca se produjo. Y no porque la actora no quisiera (recordemos que esta petición fue efectuada en varias ocasiones en el seno del expediente administrativo), sino porque tanto el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Murcia de fecha 7 de marzo de 2012, como el Decreto del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio de 27 de enero de 2012 que fueron objeto de impugnación en sede judicial, resolvieron desestimar la petición de medición conjunta de las obras, y ello a pesar de que el informe técnico que sirvió de base para la adopción de dichos actos administrativos admitía la inexistencia de medición conjunta y se proponía que se llevase a efecto.

Es cierto y no se discute que la nulidad de pleno derecho es un supuesto reservado, como se ha señalado en la Sentencia de 8 de febrero de 1999 , “para aquellas vulneraciones de la legalidad con un mayor componente antijurídico”, debiendo ser la omisión “clara, manifiesta y ostensible” (Sentencias de 30 de abril de 1965, 22 de abril de 1967, 19 de octubre de 1971 , 15 de octubre de 1997 y 30 de abril de 1998) y no pudiéndose calificar como supuesto de nulidad de pleno en caso de omisión de un mero trámite (por todas la Sentencia de esta Sección de 24 de febrero de 2004, dictada en el recurso de casación 7791/2008), salvo que el mismo sea esencial.

Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso que nos ocupa, puesto que, como se ha dicho, la asistencia del contratista al acto de medición general de la obra es un trámite esencial del procedimiento de medición, sin cuya observancia deviene nula la medición y certificación final de las obras efectuadas al amparo de dicha medición.

Y es que no puede considerarse subsanada la omisión del trámite de contradicción sobre la obra contratada y con presencia del contratista con el trámite de audiencia posterior a la medición conjunta previsto en el art. 166.5 del RGLCAP.

Como se reflejó en nuestro escrito de demanda, el Tribunal Supremo se pronunció en el sentido expresado en su Sentencia de fecha de 15 abril 1997 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5 y de forma más explícita también lo ha hecho la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 28 de septiembre de 2011 (Recurso de Apelación n°. 361/2010) y el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, entre otros, en su Dictamen n° 186/06, con lo que puede afirmarse la que la Jurisprudencia y Doctrina mayoritaria son contrarias a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

citada en la Sentencia apelada y que sirvió de base para la desestimación de la alegación de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos impugnados por falta de medición conjunta de las obras.

Resulta necesario hacer constar que la omisión del trámite esencial de medición conjunta de las obras por parte de la Administración demandada está imbuido por la mala fe. A sabiendas de que se estaba efectuando en fraude de ley, la Administración demandada procedió a aprobar la medición general de las obras y la Certificación Final nº 19 y última con el objeto de no perder la subvención concedida con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

Así se desprende del propio Decreto de Concejalía de fecha 27 de enero de 2012, cuyo Considerando Tercero afirma que, comoquiera que para poder acogerse a la subvención del Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local con cargo al cual se había ejecutado el contrato, la fecha máxima de la justificación de la subvención finalizaba el día 31 de enero de 2012, por lo que era imprescindible el cierre del expediente antes de dicha fecha. Y a juicio de la Administración demandada, daba igual la vulneración del procedimiento legalmente establecido, so pena de tener que asumir el importe íntegro del coste del contrato adjudicado.

Esta circunstancia dio lugar a que por parte del Ayuntamiento de Murcia se cometiesen las siguientes irregularidades: a) omisión del trámite de medición conjunta de las obras; y b) que no se resolvieran en el Decreto de fecha 27 de enero de 2012 las alegaciones formuladas por mi mandante en fecha 26 de enero de 2012 en el trámite previsto en el art. 166.5 del RGLCAP, que sólo fueron resueltas en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 7 de marzo de 2012, desestimatorio del Recurso de Reposición formulado por mi mandante frente al Decreto de Concejalía de fecha 27 de enero de 2012, precisamente por esta falta de resolución.

En definitiva, la Administración demandada ha actuado en clara vulneración tanto del RGLCAP (art. 166) como del Pliego de Cláusulas Administración, al omitir el trámite de medición conjunta de las obras, omisión que ha sido consciente y premeditada por el miedo a la pérdida de la subvención otorgada para la ejecución del contrato de obra pública.

A la vista de todo lo anterior, procede revocar la Sentencia apelada, declarando la nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Murcia de fecha 7 de marzo de 2012, por el que se acordó desestimar las alegaciones formuladas por mi mandante en fecha 26 de enero de 2012 frente al resultado de la Medición General de la obra de "PROYECTO MODIFICADO DEL DE CONSTRUCCIÓN DE CENTRO DE INICIATIVAS MUNICIPALES EN MURCIA, así como el recurso de reposición presentado por GOMENDIO CONSTRUCTORES S.A.U. con fecha 20 de febrero de 2012 contra el Decreto del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio de 27 de enero de 2012 por el que se aprobó la Certificación nº 19 última y final correspondiente al contrato "PROYECTO MODIFICADO DEL DE CONSTRUCCIÓN DE CENTRO DE INICIATIVAS MUNICIPALES EN MURCIA, ordenando a la Administración demandada proceda a efectuar una nueva medición de las obras objeto del contrato de referencia con presencia de mi mandante en su calidad de contratista.

2) Error en la sentencia en relación con la imputabilidad de la responsabilidad en el retraso en la ejecución de la obra. Causa imputable a la Administración demandada. Abono de los sobrecostes derivados del retraso en concepto de daños y perjuicios.

Una de las reclamaciones que se contenía en la demanda formalizada por la recurrente y que ha sido desestimada por la Sentencia apelada era la relativa al necesario abono, a favor de la actora, de los sobrecostes incurridos por el retraso en la ejecución de las obras contratadas, retraso que resulta imputable a la Administración demandada Ayuntamiento de Murcia.

La Sentencia cuya apelación se interesa, yerra al determinar la responsabilidad de mi mandante en dicho retraso, determinación de responsabilidad que la Sentencia efectúa por remisión al informe de los Servicios Técnicos Municipales de fecha 6 de febrero de 2012. Así, la Sentencia viene a determinar, por remisión, que de las 3 prórrogas concedidas, 2 de ellas no fueron imputables al Ayuntamiento de Murcia, así como que se incurrió en la fase final de ejecución en una situación de fuera de plazo de ejecución durante 2 meses y 14 días, por lo que se producía una suerte de compensación entre el retraso imputable a la Administración demandada respecto de la segunda prórroga y el retraso por situación de fuera de plazo de ejecución.

Con carácter previo, y con el debido respecto a ese Juzgado, debemos hacer constar que la mentada Sentencia que ahora se impugna incurre en contradicción al utilizar como base para la resolución de esta alegación el Informe de los Servicios Técnicos Municipales, por cuanto en el acto de ratificación judicial del mentado informe, la Juzgadora denegó a la recurrente la posibilidad de debatir con el técnico redactor del mismo a quién era imputable la responsabilidad por el retraso en la ejecución de las obras. Así, en el minuto 8:20 de la grabación de la prueba testifical celebrada el día 18 de noviembre de 2013, cuando esta representación procesal inquirió al Director Facultativa de la Obra para que se pronunciase sobre la responsabilidad de la Administración demandada respecto del deber de conservación del edificio, por la lma Sra. Jueza se advirtió que se trataba de una cuestión jurídica fuera de la esfera de las competencias propias del Director Facultativo de la Obra.

Pues bien, a este respecto debemos traer a colación los antecedentes que obran en el expediente administrativo respecto de las 3 prórrogas concedidas en el seno del contrato de obra pública así como al supuesto retraso en la finalización de las obras, y que fueron ratificados vía probatoria en el seno de los Autos nº 236/12.

La primera prórroga, por un periodo de 3 meses, trae causa del deplorable estado de salubridad y limpieza de las instalaciones en las que se debían ejecutar las obras adjudicadas, cuya titularidad ostentaba la Administración demandada, que obligó a ejecutar unos trabajos de desinfección y limpieza, inicialmente no previstos y que en parte fueron realizados por los servicios municipales. Ya con la obra limpia se procedió a los trabajos de demolición, descubriéndose toda una clase de patologías en la estructura que hubo que analizar y reparar.

A este respecto se debe hacer constar que la limpieza salubridad y conservación de las edificaciones y solares es una obligación que compete en exclusiva a su titular. Así, el artículo 2.5.1 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Murcia, establece que:

1. Los propietarios de edificaciones deberán mantenerlas en adecuadas condiciones de seguridad, salubridad y ornato público.

Quedan sujetos igualmente al cumplimiento de la normativa sobre protección del medio ambiente y de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos y sobre rehabilitación urbana.

2. Para asegurar el cumplimiento de estas condiciones y normativa la Administración Municipal podrá dictar las correspondientes órdenes de ejecución dirigidas a los propietarios de edificios que no cumplan tales condiciones y normativa, concediendo plazo para su ejecución y advirtiendo que, en caso de incumplimiento de lo ordenado, la Administración podrá utilizar el procedimiento de ejecución subsidiaria.

3. El incumplimiento del deber de conservación de las ordenes de ejecución dictadas para hacerlo efectivo determinará la exigencia de las responsabilidades correspondientes por infracción urbanística.

Por tanto, el retraso correspondiente a la primera prórroga concedida es imputable única y exclusivamente a la Administración demandada de forma directa, como titular del inmueble objeto de las obras adjudicadas, y como responsable de su conservación en condiciones de salubridad y limpieza, o bien por omisión, por cuanto el Proyecto que sirvió de base a la licitación fue redactado por la propia Corporación Local, por lo que debió recoger esta situación en el Proyecto inicial redactado al efecto.

En el Informe Propuesta emitido por la Mesa de Contratación en fecha 26 de noviembre de 2010 (aportado a los Autos por el Ayuntamiento de Murcia en el trámite de prueba documental, solicitado por esta parte en el escrito de demanda como más documental 2, del que se dio traslado por Diligencia de Ordenación de fecha 10 de septiembre de 2013) en relación con la petición de la primera prórroga solicitada por mi mandante, dice al respecto lo siguiente:

“Por el Arquitecto Jefe de la Oficina de Proyectos como Responsable del Contrato, se ha remitido el citado informe suscrito conjuntamente con el Arquitecto Director de las Obras en el que se hace constar que “Los trabajos iniciales han tenido una duración mayor de la prevista, dado que la edificación estuvo ocupada por inmigrantes con anterioridad al replanteo, teniendo que ejecutar dicha empresa una limpieza previa de enseres y basura acumulados en el edificio, incluyendo la desinfección del mismo.

Posteriormente, y una vez realizados los trabajos de demolición previstos en el proyecto, se comprobó que la estructura de hormigón armado de la edificación presentaba deterioros, con patologías de oxidaciones puntuales en las armaduras de vigas y zunchos, motivadas por desprendimiento del hormigón de recubrimiento, por lo que ha sido necesario realizar los oportunos trabajos de limpieza, pasivado por las armaduras afectadas y posterior recubrimiento con mortero de reparación

Es decir, la primera prórroga solicitada y concedida obedeció a la existencia de vicios ocultos, imputables al Ayuntamiento de Murcia en su calidad de titular del inmueble, por lo que resulta grosero pretender que la primera prórroga sea imputable a mi mandante, cuando la misma es imputable de forma directa y exclusiva al Ayuntamiento de Murcia en su calidad de titular del inmueble objeto del contrato de obras.

La segunda prórroga se solicita en fecha 28 de febrero de 2011, impuesta por las peticiones de la Concejalía de Empleo del Ayuntamiento de Murcia, de cambio de la distribución de las plantas la y 2a de la edificación.

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 23 de marzo de 2011, en el que se reconoce de forma expresa que los cambios a introducir en el Proyecto inicial son instados por esa Administración, y se acuerda iniciar la tramitación del Proyecto Modificado del de construcción de Centro de Iniciativas Municipales en Murcia.

Finalmente, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 22 de junio de 2011 se acuerda aprobar el Proyecto Modificado, firmándose el correspondiente contrato administrativo en fecha 13 de julio de 2011.

En el citado contrato (folios 31 a 35 del expediente administrativo), en concreto en su cláusula Tercera, se establece un plazo de ejecución de 2 meses, a contar desde la fecha de la formalización del contrato, por lo que el plazo de ejecución finalizaría el 13 de septiembre de 2011.

Así, desde la fecha en la que se insta la prórroga del contrato (28 de febrero de 2011, hasta la fecha en la que se firma el contrato administrativo modificado (13 de julio de 2011), más los dos meses de prórroga reconocidos en el mismo (hasta el 13 de septiembre de 2011), han transcurrido otros 7 meses de retraso que son imputables a la Administración demandada, quien ha reconocido de forma expresa la imputabilidad a la misma del retraso producido en la ejecución de las obras por este concepto.

La tercera prórroga se solicita el 11 de agosto de 2011, y se justifica en los retrasos en la definición, por parte de la Administración demandada, de las obras exteriores del edificio así como a retrasos en relación con los permisos de las empresas suministradoras de servicios, respecto de los que mi mandante era ajena, dado que su obtención correspondía a la Administración demandada.

Respecto de los problemas con las empresas de suministros, nos remitimos a los documentos adjuntos al escrito de demanda a los números 5 y 6, en relación con el suministro de energía eléctrica, que acreditan que a fecha 26 de septiembre de 2011 todavía no se había obtenido el permiso para ejecutar la instalación de energía eléctrica de baja tensión para el suministro de la obra.

Y en relación con las instalaciones telefónicas, se acompañó al escrito de demanda como documento nº. 12 copia del escrito remitido por Telefónica al Ayuntamiento de Murcia en fecha 29 de noviembre de 2011, en el que se requiere al Ayuntamiento la firma de diversa documentación en relación con la definición de la infraestructura canalizada que permita la variación de las instalaciones telefónicas afectadas por las obras de construcción del Centro de Iniciativas Municipales.

Pero es más, en fase probatoria la sociedad TELEFÓNICA S.A. presentó escrito remitido a la misma por el Ayuntamiento de Murcia el día 15 de noviembre de 2011 en el que solicitaba autorización para el soterramiento de la líneas telefónicas que discurren paralelas a la fachada del nuevo edificio municipal y la retirada de los postes (solicitado por esta parte en el escrito de demanda, como MÁS DOCUMENTAL 2.3, y facilitado a esta parte en virtud de Diligencia de Ordenación de fecha 10 de septiembre de 2013, obras que formaban parte del contrato administrativo.

En cuanto a quien correspondía la solicitud de dicha autorización, cabe indicar que la misma era competencia del Ayuntamiento de Murcia, tal y como así lo confirmó el Arquitecto Jefe de la Oficina de Proyectos como Responsable del Contrato Don José Carlos en el día 18 de noviembre de 2013, en la que se practicó la testifical pericial interesada por las partes.

A este respecto, el Director Facultativo de la Obra señaló lo siguiente (minuto 9:00 de la grabación):

“En todos los proyectos la dirección de obra de las instalaciones, tanto de electricidad como de aire acondicionado es llevada por los ingenieros industriales municipales, entonces ellos son un poco los que se encargan de las tramitaciones, o sea ellos se encargan de los boletines para que nos den las autorizaciones’

Igualmente, en el minuto 11:30 de la grabación, cuando se le pregunta al Director Facultativo cómo es posible que mi la actora tuviera que terminar las obras el día 13 de octubre de 2011 cuando la petición por parte del Ayuntamiento de Murcia del permiso para el soterramiento de las líneas telefónicas correspondiente a TELEFÓNICA SA. no se había efectuado hasta el día 15 de noviembre de 2011, el Director Facultativo señala que no puede responder a esa cuestión puesto que la autorizaciones las tramitaban los ingenieros industriales municipales, pero sin embargo, se permite afirmar en el informe de fecha 6 de febrero de 2012 que sirve de base para la desestimación de las alegaciones formuladas por mi mandante en cuanto a los sobrecostes incurridos por el retraso de las obras, que tal retraso es imputable a mi mandante, cuando en el acto de prueba señaló que no tenía la capacidad para definir tal cuestión al no ser el responsable de la tramitación de las autorizaciones.

Teniendo en cuenta que las conexiones exteriores de la obra ejecutada no dependían de la voluntad o actividad de mi mandante, la fase final de la obra en que se incurrió en fuera de plazo (que la Sentencia cuya apelación se interesa identifica en su Fundamento Jurídico Quinto como de 2 meses y 14 días) es igualmente imputable a la Administración demandada, puesto que a mi mandante le resultaba físicamente imposible terminar las obras exteriores del edificio sin contar, en la fecha de finalización del contrato (13 de octubre de 2011), con las autorizaciones correspondientes de las empresas suministradoras de servicios (recordemos que el Ayuntamiento solicitó a la empresa TELEFÓNICA SA. la autorización para el soterramiento de las líneas telefónicas que discurren paralelas a la fachada del nuevo edificio municipal y la retirada de postes en fecha 15 de noviembre de 2011, y que a fecha 26 de septiembre de 2011 todavía no se había obtenido el permiso para ejecutar la instalación de energía eléctrica de baja tensión para el suministro de la obra).

En resumen, ha quedado acreditado que el retraso en la ejecución de las obras contratadas es imputable, única y exclusivamente a la Administración demandada : a) por ser titular del edificio sobre el que se debían ejecutar las obras objeto del contrato público y encontrarse éste con anterioridad a su ejecución en deplorable estado de mantenimiento, circunstancia que mi mandante no pudo prever hasta que no tuvo acceso al mismo, acceso que se produjo una vez adjudicado el contrato (primera prórroga); b) por haber impuesto modificaciones respecto del Proyecto inicial en relación con la distribución de las plantas la y 2a de la edificación (segunda prórroga); y c) por falta de definición de las obras exteriores del edificio así como a retrasos en relación con los permisos de las empresas suministradoras de servicios (tercera prórroga y fase final de situación de fuera de plazo de ejecución).

Acreditado que el retraso en la finalización de las obras se debe a causas imputables única y exclusivamente a la Administración demandada, la consecuencia no puede ser otra que la indemnización a mi mandante de los daños y perjuicios irrogados por tal retraso, valorados en la cantidad de 77.657,03 €.

Así lo ha reconocido nuestra Jurisprudencia, pudiendo citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 7a de fecha 17 de noviembre de 2011 (RC 1640/2008), que estima el recurso de casación interpuesto por una mercantil contra sentencia de TSJ desestimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido contra la inactividad administrativa sobre reconocimiento de indemnización de daños y perjuicios causados por el retraso, por causas imputables a la Administración, en la ejecución de un contrato de obras:

“Procede la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el contratista cuando el retraso en la ejecución de las obras resulta directamente imputable a la Administración contratante, mucho más cuando, como acontece en el caso analizado, la actuación desplegada por la entidad recurrente ha de enmarcarse en los términos del principio de buena fe a que se refiere el artículo 3.1 in fine de la Ley 30/92 modificada por la Ley 4/99 aplicable en el ámbito de la contratación administrativa, entendida dicha buena fe como un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una específica conducta deducida de unos hechos, y que se concreta en una acción o conducta basada en una confianza legítima y en un proceder lógico y razonable, y no abusivo o fraudulento, que conduce a actuar de determinada manera en la creencia racional y fundada de estar obrando correctamente. En efecto la Sala ha venido manteniendo (por todas, en las sentencias de 22 de —recurso 2467/1988— y 17 de febrero de 1999 -recurso 3440/1993 -) la necesidad de respetar el principio constitucional de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9º.3 de la Constitución amparado por la buena fe del administrado y la confianza legítima o fundada esperanza, creada en el destinatario de una actuación administrativa como consecuencia precisamente de un acto externo y concreto de la Administración o de sus agentes, del que puede desprenderse una manifestación de voluntad de la misma con la consecuencia obligada de inducirle a realizar determinada conducta manteniéndose así la primacía del referido principio de seguridad jurídica y de la con fianza legítima, en la forma entendida por la jurisprudencia del T.J. U.E. citada por la parte adora”.

3) Error en la sentencia en la determinación de la improcedencia del abono de los sobrecostes en lo que incurrió la recurrente

3.1. Sobrecostes incurridos a petición de la dirección facultativa. El ensayo geotécnico no estaba incluido en el proyecto de obra, y no forma parte del plan de control.

La Sentencia cuya apelación se interesa, por remisión al informe de los Servicios Técnicos Municipales de fecha 6 de febrero de 2012, desestima la petición de abono a favor de la actora de los honorarios por la redacción del ensayo geotécnico que la Dirección Facultativa de la obra impuso a la demandante respecto de la zona de cimentación de la escalera exterior de emergencia.

Pues bien, a los efectos de argumentar lo expuesto, se aduce de contrario (y así se justificó en el acto de declaración testifical pericial de los técnicos municipales) que, al amparo de lo dispuesto en el art. 145 del RGLCAP, en relación con la Cláusula 2.5 del Pliego de Condiciones Técnicas Facultativas, es un gasto que debe asumir el contratista, por cuanto la citada Cláusula dispone que serán de cuenta del contratista cualquier ensayo no incluido en el Plan de Control , cuya necesidad surgiera por circunstancias de la obra a posteriori de la aceptación del Plan de Control cuyo coste sea inferior al 1 % del presupuesto de la obra.

Sin embargo, no es de aplicación la citada cláusula, por cuanto los ensayos geotécnicos no son ensayos o controles propios del Plan de Control.

El Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, distingue en su Anejo 1 (Contenido del Proyecto) entre el ensayo geotécnico del terreno y el Control de Calidad, se trata por tanto de estudios distintos, sin que quepa subsumir el primero (ensayos geotécnicos) en el contenido propio del segundo.

El ensayo geotécnico formaría parte en todo caso del estudio geotécnico, estudio que a su vez es independiente del Plan de Control de

Calidad, luego no se trata de una partida derivada del mismo y por ende no subsumible.

Nótese a este respecto, que el art. 145 del RGLCAP habla de “ensayos de los materiales y unidades de obra, cuando lo cierto es que el ensayo geotécnico se efectúa sobre el terreno, no sobre los materiales o las unidades de obras, por lo que en ningún caso podría argumentarse la improcedencia del pago de esta partida por remisión al mentado art. 145.

3.2. Sobrecostes incurridos por la pérdida de rendimiento de las unidades de obra ejecutadas fuera de la secuencia lógica de ejecución

Al igual que ocurre en el apartado anterior, la Sentencia cuya apelación se interesa, por remisión al informe de los Servicios Técnicos Municipales de fecha 6 de febrero de 2012, desestima la petición de abono a la actora de los sobrecostes incurridos en la ejecución de una serie de unidades de obra no reconocidas ni en el Proyecto inicial ni en el Modificado del mismo, que fueron ejecutadas al margen de la planificación normal de la obra alterando su secuencia lógica de ejecución, su ritmo y sistemas de ejecución, con la consiguiente pérdida de rendimiento ocasionando un incremento sustancial de costes a la recurrente.

Los técnicos municipales que fueron llamados a declarar en calidad de testigos-peritos, y cuyo testimonio ha servido de base para la desestimación mediante Sentencia de la petición de abono que ahora nos ocupa reconocieron la ejecución de estas unidades de obra, si bien consideran que se recogieron en la Certificación final de la obra. Sin embargo, lo que se reclamaba y se reclama ahora, y que no se ha resuelto en la Sentencia objeto de impugnación, es la pérdida de rendimiento, que no se ha valorado, y que supone ejecutar los trabajos fuera de la secuencia lógica de ejecución.

Cuando por causa imputable a la Administración se altera el programa de trabajos, nace a favor del contratista un derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se le produzcan (art. 208.3 LCSP) “... El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa de irroguen al contratista ‘

La responsabilidad de la Administración por alteración del programa de trabajos ha sido objeto de atención por la doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, el Consejo de Estado en su Dictamen de 11 de junio de 1971 se hace la siguiente consideración: “Cuarta: La modificación ordenada obliga a la Administración a responder de sus consecuencias. Hay que rechazar la idea de que la manifestación legal de que el contrato se celebra a nesgo y ventura del contratista implique que recaigan sobre éste las consecuencias perjudiciales de una modificación las condiciones contractuales que se deba a voluntad propia y exclusiva de otro contratante, aunque se trate de la propia Administración El riesgo y ventura del contratista supone de acuerdo con las normas generales del derecho, que las obligaciones contractuales deberán ser cumplidas, atemperándolas, es cierto, a las alteraciones razonablemente impuestas por las circunstancias, pero sin que las nuevas circunstancias resulten más onerosas para el contratista, porque, en este supuesto, debe volverse a restablecerse el equilibrio económico mediante las compensaciones que se estimen justas. Lo contrario vulneraría los principios generales de Derecho.

En idéntico sentido los Dictámenes de 22 de junio de 2000 y 21 de septiembre de 2000. En el segundo de ellos se establece que: “En efecto resulta de los antecedentes reseñados, así lo hace constar expresamente el Director de la obra en su informe de fecha 4 de junio de 1997 e implícitamente RENFE que se incumplió el denominado Plan Marco, ampliándose por encima de los estipulado inicialmente el horario de interrupciones de los trabajos en aras de la prestación del servicio ferroviario en la misma línea en la que se estaban ejecutando las obras. Como señalara el dictamen de este Consejo núm. 201/92, de 12 de marzo de 1992, este supuesto no es, sin más asimilable al de la suspensión temporal, sino más bien al incumplimiento genérico de las cláusulas del contrato, en detrimento de la economía del contratista y del principio general del equivalente económico del contrato administrativo de obras. Naturalmente que ello comporta el deber administrativo de indemnizar, que la ley vincula en todo caso al incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato”

De igual modo, si como consecuencia de la facultad que la ley otorga a la Administración de modificar los elementos que integran el contrato el órgano de contratación modificara el programa de trabajo contractual, también estaría obligado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al contratista. En este punto es necesario recordar que el ejercicio de ius variandi cuenta con determinados presupuestos como son el que

las modificaciones se deban a razones de interés público, y que sean debidas a necesidades nuevas causas imprevistas, teniéndolo que justificar debidamente en el expediente correspondiente.

En el mismo sentido, en el Dictamen de 29 de marzo de 2001 señala: “En efecto, con arreglo a las previsiones de la Ley de 8 de abril de 1965 de Contratos del Estado, aplicable al expediente sometido a consulta la Administración está obligada a indemnizar al contratista los daños y perjuicios que pudiera sufrir a consecuencia de la introducción de modificaciones en el objeto y plazo del contrato (artículos 49 y 50 de la Ley de 8 de abril de 1965 y 150 del Reglamento General de Contratación). Es claro que la modificación del programa de trabajo establecido y la orden de una ejecución más lenta de las obras contratadas que las ha alargado en más de cuatro meses sobre los cinco inicialmente Ajudados- constituye una modificación que, en el supuesto de generar perjuicios para la adjudicataria, como ocurre en el caso presente, la Administración pública debe compensar”.

Como hemos comprobado, tanto El Consejo de Estado como el Tribunal Supremo llegan a la misma conclusión. Tanto si se trata de la modificación del programa de trabajo por la Administración. Tanto si se trata de la modificación del programa de trabajo por la Administración como una manifestación del “ius variandi” o potestad de la Administración de alterar las condiciones contractuales, como si se trata de un caso de incumplimiento contractual por parte de la Administración, el contratista podrá pedir los daños y perjuicios que realmente le hayan originado los retrasos, con fundamento en que la ejecución dilatada de la obra produce una mayor onerosidad a éste, sin culpa por su parte, es decir, sin que deba asumir ese riesgo.

Habiendo reconocido la Sentencia cuya apelación se interesa, a través del informe de los Servicios Técnicos Municipales que sirven de base a la misma, la procedencia de abono de las unidades de obra relativas a este extremo (demolición de solado del edificio, remate de instalaciones y albañilería en el entorno del hueco del ascensor, barandillas de acero inoxidable modificaciones por no caber las máquinas de aire acondicionado en el espacio previsto en el proyecto, ejecución de una tabica en el falso techo para el plenum del aire acondicionado, barandilla de escalera de emergencia y ejecución de relleno de zahorra en la parte posterior del edificio una vez finalizados todos los trabajos de tierras), procede igualmente el abono por la pérdida de rendimiento en la ejecución de dichas partidas fuera de la secuencia lógica de ejecución de las obras, al amparo de la Jurisprudencia y Doctrina citadas en el presente apartado.

3.3.- Sobrecostes incurridos por unidades de obras realmente ejecutadas y no reconocidas en la medición general y certificación n° 19 final y última.

La falta de medición conjunta de las obras ha supuesto a la recurrente la desestimación de las peticiones contenidas en su escrito de alegaciones al Acta de Medición General y Certificación n° 9 final y última de las obras, así como en el recurso de reposición formulado frente al Decreto de la Concebía de Contratación y Patrimonio de fecha 26 de enero de 2012, en relación con la minusvaloración que la citada Acta efectúa respecto de la medición de las unidades de obra del proyecto modificado y/o precios contradictorios aprobados con posterioridad.

La Sentencia de instancia objeto del presente Recurso de Apelación se limita a desestimar esta petición concreta de abono al amparo del informe de los Servicios Técnicos Municipales que, según la propia Sentencia (Fundamento Jurídico Sexto in fine, no solo lo han ratificado (los autores del mentado informe), sino que han explicado en su comparecencia, de forma detallada cada uno de los apartados del mismo, sin que se haya desvirtuado con prueba en contra por la recurrente. Tal afirmación, como a continuación se verá, no es cierta.

Respecto de esta alegación, la actora solicitaba el abono de los siguientes excesos de unidades de obra realmente ejecutadas y no reconocidas en el Acta de Medición General y Certificación nº 19 final y última de las obras: a) Demolición de canto de forjado; b) Excavaciones; c) Limpieza final de la obra; y d) Pintura escalera de emergencia.

No puede alegarse de contrario, como hace la Sentencia de instancia, que el hecho de que la actora no efectuara reproche alguno en relación con el Modificado del Proyecto inicial le inhabilite para reclamar lo que en puridad se constriñe a variaciones de unidades de obra que no requieren de previa aprobación vía modificación del Proyecto, al no superar el 10 % del precio primitivo del contrato (art. 217.3 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público).

Y tampoco puede alegarse, como ya se ha anunciado, que la actora no haya desvirtuado con prueba en contra el informe de los Servicios Técnicos Municipales. Así y en relación con la partida relativa a excavaciones, por los servicios técnicos municipales se adujo de contrario que mi la contratista únicamente ejecutó un desbroce y limpieza superficial del terreno que aparece certificado en su partida correspondiente (Partida 1.11). Sin embargo, se aportó junto con el escrito de demanda como documento nº. 9 una fotografía del solar en la que se apreciaba como la totalidad del terreno había sido rasanteado y extendida la capa de zahorra para regularizarla, lo que desacredita por completo la justificación de la Oficina Técnica Municipal.

Por lo que respecta a la limpieza de solar, no se entiende la desestimación de su abono efectuado en la Sentencia objeto de apelación teniendo en cuenta que es evidente que no se trata de una Modificación del Proyecto, ni una obra a mayores. Se trata simple y llanamente de entregar la obra en perfectas condiciones para su uso, y que la actora entendió que al ser un trabajo común en todas las obras que ha ejecutado, sería abonada en la Certificación final de obra.

Por último, y por lo que respecta a la pintura de la escalera de emergencia, se debe hacer constar que cuando se redactó el Proyecto modificado, la contratista advirtió a la Dirección Facultativa de la existencia de un error en la definición y en el precio descompuesto de estructura metálica referente a la pintura. La Dirección de Obra decidió crear una partida nueva para el pintado de la escalera (partida 15.6 del presupuesto).

Por lo que no es de recibo que la Sentencia (por remisión al informe de la Oficina Técnica Municipal de fecha 6 de febrero de 2012) considere que el abono de esta unidad de obra no procede, por entenderla incluida en la partida 5.1 del proyecto modificado, referente a la medición del acero laminado de la estructura de la escalera de emergencia. Como se puede observar en la partida 5.1 del presupuesto parcial (precios

descompuestos) del Proyecto Modificado la misma sólo recoge el suministro de la pintura de minio, pero no la mano de obra y el esmalte, que sí aparecen en la partida 15.6, a pesar de lo cual la Administración se niega a su abono.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de abril de 1986 señala al respecto: “Es doctrina de esta Sala recogida entre otras en la 5 20 de diciembre de 1983 y las que en ella se citan que si las obras se han Alzado y han contribuido a completar el proyecto y suplirlas deficiencias presentando un acabado ajustado a los fines propuestos, no se puede consentir la consumación de un desequilibrio económico entre los beneficios obtenidos por una parte con la realización de tales obras y las cargas sufridas por la otra en su ejecución, desequilibrio que al surgir de una relación contractual ha de corregirse por medio de la regla prohibitiva del enriquecimiento sin causa siempre y cuando las modificaciones en la prestación del contrato fueran dadas por el arquitecto director de la obra, , o que aquí se deduce de las certificaciones aportadas...

Termina suplicando que se dicte sentencia en la que:

1. Se declare la nulidad Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Murcia de fecha 7 de marzo de 2012, por el que se acordó desestimar las alegaciones formuladas por mi mandante en fecha 26 de enero de 2012 frente al resultado de la Medición General de la obra de «PROYECTO MODIFICADO DEL DE CONSTRUCCIÓN DE CENTRO DE .NICIATIVAS MUNICIPALES EN MURCIA, así como el recurso de reposición presentado por GOMENDIO CONSTRUCTORES SAU. con fecha 20 de febrero de 2012 contra el Decreto del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio de 27 de enero de 2012 por el que se aprobó la Certificación nº 19 última y final correspondiente al contrato «PROYECTO MODIFICADO DEL DE CONSTRUCCIÓN DE CENTRO DE INICIATIVAS MUNICIPALES EN MURCIA, al amparo del artículo 62 1 e) de la Ley 30/92, por vulneración del artículo 166 del RGLCAP, al no haberse procedido a la medición conjunta de las obras, ordenándose a dicha Administración que proceda a efectuar una nueva Medición conjunta de las mismas , reconociéndose el derecho de mi mandante la cantidad de 77.657,03 € en concepto daños y perjuicios por los sobrecostes indirectos incurridos por el retraso en la ejecución de las obras, imputables exclusivamente a la Administración demandada.

2. Subsidiariamente, se declare la nulidad o anulabilidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Murcia de fecha 7 de marzo de 2012, por el que se acordó desestimar las alegaciones formuladas por mi mandante en fecha 26 de enero de 2012 frente al resultado de la Medición General de la obra de “PROYECTO MODIFICADO DEL DE CONSTRUCCIÓN DE CENTRO DE INICIATIVAS MUNICIPALES EN MURCIA, así como el recurso de reposición presentado por GOMENDIO CONSTRUCTORES S.A.U. con fecha 20 de febrero de 2012 contra el Decreto del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio de 27 de enero de 2012 por el que se aprobó la Certificación nº 19 ultima y final correspondiente al contrato “PROYECTO

MODIFICADO DEL DE CONSTRUCCIÓN DE CENTRO DE INICIATIVAS MUNICIPALES EN MURCIA’, al amparo del artículo 62.1 e)y 63 de la Ley 30/92, por vulneración del artículo 166 del RGLCAP, reconociéndose el derecho de mi mandante a que la Medición General y la Certificación nº 19 Final y última de la obra reconozca el abono a mi mandante de la cantidad de 65.079,22 € más impuestos, Gastos

Generales y Beneficio Industrial, y menos el 15 % por baja en la licitación , en concepto de exceso de unidades de obra obras realmente ejecutadas y no reconocidas en la liquidación, sobrecostes por la pérdida de rendimiento de las unidades de obra ejecutadas fuera de planificación, sobrecostes incurridos por imposiciones de la Dirección Facultativa de .a Obra , más la cantidad de 77.657,03 € en concepto de sobrecostes indirectos por el retraso en la ejecución de las obras, imputables exclusivamente a la Administración demandada.

Por último, el Ayuntamiento apelado se opone al referido recurso solicitando la confirmación de la sentencia de instancia por sus propios argumentos, alegando:

1) Como primer motivo de impugnación se alega error en la determinación de los efectos derivados del incumplimiento de la obligación de efectuar la medición conjunta de las obras previstas en el art. 166 del RO 1098/2001

Tal cuestión ha sido adecuadamente resuelta en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, que tras valorar la prueba practicada en autos declara que no cabe otorgar eficacia invalidante alguna al defecto alegado de contrario, con apoyo además en la jurisprudencia que cita.

Insiste el apelante en que la ausencia de una medición conjunta de la totalidad de las obras ejecutadas debe conllevar la nulidad del acto impugnado, con cita de diversas sentencias.

Frente a tales alegaciones debemos volver a insistir en cuanto ya manifestamos y quedó probado en autos con la prueba practicada y no desvirtuada de contrario, que es la que valora la sentencia apelada. Y además, hay que añadir que en el caso de autos concurrieron una serie de circunstancias que no permiten hablar de una medición “unilateral” y con desconocimiento de la actora que le causara indefensión, que son los supuestos contemplados en las sentencias que de contrario se citan.

2) En efecto, tal y como quedó acreditado en el informe emitido por la Dirección de obra el 23-1-2012 (folio 43) y con la declaración testifical del arquitecto técnico municipal D. Evaristo , en cuanto a la forma en que se realizó tal medición, resulta que:

- que finalizadas las obras el técnico municipal solicitó la medición de obras a la empresa, que le contestó que no disponía de tales datos, cuestión ésta que sorprendió al arquitecto técnico municipal dado que, como declaró, era la primera vez que le ocurría.

- que el arquitecto técnico municipal director de la ejecución material de la obra efectuó la medición de la obra realizada, estando presente en la obra el jefe de obra de la empresa. Y presentó dicha medición a la empresa para su estudio y alegaciones oportunas.

- que el técnico municipal cambió incluso sus vacaciones de Navidad para poder efectuar la medición conjunta con el jefe de obra de la empresa D. Leoncio , sin que este acudiera a efectuarla.

- el 12 de enero la empresa presentó en mano a la Dirección de Obra un borrador de presupuesto y mediciones finales de obra (folios 46 y siguientes) del que por la Dirección de Obra se tomaron en

consideración algunas partidas, explicando a la empresa los motivos de la no aceptación de las no consideradas, manifestando la empresa su disconformidad.

- según declaró el técnico municipal, dado que las obras habían sido financiadas con el fondo estatal para el empleo, había urgencia en efectuar tales actuaciones a fin de presentar la documentación justificativa.

Por tal razón se propuso a la empresa efectuar medición conjunta de los elementos en que pudieran existir discrepancias entre las partes, pero la empresa manifestó entonces su deseo de medir conjuntamente toda la obra.

El técnico municipal declaró que entendió esta actitud como una forma de presión de la empresa.

El 19 de enero de 2012 se efectuó una medición conjunta de parte de la obra, sin que en lo que fue objeto de medición existieran discrepancias respecto a la medición presentada a la empresa por el técnico municipal.

- previa citación de la empresa, el 20-1-2012 se firmó el acta de medición general de obras, expresando la empresa su disconformidad con la misma (folio 65), que presentó alegaciones que fueron informadas una por una por los técnicos municipales antes de adoptarse la resolución que aprobó la certificación final de las obras.

3) Entendemos por tanto que en autos quedó acreditado, y no desvirtuado de contrario:

- que la medición efectuada cuya acta se firmó el 20-1-20 12 (folio 65) se corresponde con las realmente ejecutadas, tal y como fueron comprobadas por el técnico municipal.

- que tal y como se fundamenta en la sentencia, ninguna indefensión material se ocasionó al contratista, que conoció y pudo alegar (tal y como hizo) cuanto le pareció oportuno frente a la medición efectuada por el técnico municipal (sin perjuicio de que, evidentemente, tales alegaciones pudieran ser motivadamente desestimadas, tal y como se hizo en vía administrativa).

- y que, desde luego, en este caso no puede hablarse en rigor de una actividad “unilateral” de la Administración, que efectuara la medición sin conocimiento alguno de la empresa, y sin opción alguna de efectuar tal medición. Solicitó a la empresa su medición (que contestó que no disponía de tales datos), tuvo ocasión de efectuar la medición conjuntamente (a tal fin cambió el técnico municipal sus vacaciones, según declaró, sin que el jefe de obra de la empresa accediera a efectuarla en aquel momento), se ofreció una medición conjunta de las obras respecto de las que pudieran existir discrepancias, y se llegó a efectuar una medición conjunta parcial, con diferencias insignificantes en el presupuesto global respecto a la efectuada por el técnico municipal. Además de que, como consta en autos, la empresa pudo efectuar cuantas alegaciones consideró oportunas frente a la medición efectuada.

Todas estas circunstancias concurrentes en el caso de autos impiden hablar de una actitud deliberada de la Administración contraria a la medición conjunta, y reafirman, en nuestra opinión, que en el caso de autos no existe defecto formal alguno que pueda conllevar la nulidad del acto impugnado.

4) Como segundo motivo de impugnación se alega error en la sentencia en relación a la imputabilidad de la responsabilidad en el retraso en la ejecución de la obra.

La sentencia, tras valorar los distintos antecedentes del expediente administrativo y la prueba practicada en autos, desestima las cantidades solicitadas en concepto de sobrecostes por el retraso de las obras en el fundamento de derecho séptimo “in fine, declarando que no son imputables a la Administración demandada los retrasos en el plazo de ejecución, asumiendo el contenido del informe emitido por los técnicos municipales, que la juzgadora comparte, informe que fue ratificado y explicado en sede judicial y que no ha sido desvirtuado de contrario con la prueba practicada.

En concreto, el apartado 6º del informe (folios 200 y siguientes del expediente) detalla minuciosamente el iter cronológico de la ejecución de las obras, concluyendo en base al mismo que no es justificable el gasto por sobrecostes indirectos solicitados por la empresa.

Además de lo informado por los técnicos municipales sobre la improcedencia de indemnizar por dicha partida, es importante poner de manifiesto nuevamente, tal y como se señaló al contestar demanda, que el actor prestó expresamente su conformidad al modificado del proyecto aprobado el 22-6-2001 (que preveía un nuevo plazo de dos meses para terminar las obras), una vez que ya se habían concedido las dos primeras prórrogas del contrato.

Dicho proyecto modificado establecía unos precios que fueron aceptados expresamente por el contratista, sin que en aquel momento se manifestara reparo alguno ni se reclamara cantidad alguna por estos supuestos retrasos imputables a la Administración.

Por ello decíamos que acceder a tal pretensión supondría un enriquecimiento injusto para el contratista, contrario a los términos en que se pactó el contrato y en contra incluso de sus propios actos, dado que prestó su conformidad al proyecto modificado, con los precios que en el mismo se recogían, con las dos primeras prórrogas ya aprobadas y sin que entonces se manifestara nada sobre estos supuestos sobrecostes por causas imputables a la Administración (respecto a la primera de las prórrogas concedidas), sobrecostes que negamos expresamente en base a lo informado por los técnicos municipales y no desvirtuado de contrario.

Y es que en ningún caso se ha acreditado de contrario que los retrasos incurridos en la parte final de la obra (para los que se concedió una tercera prórroga y se denegó la solicitud de una cuarta) fueran imputables a esta Administración a la hora de solicitar conexión con determinados servicios.

También pusieron de manifiesto los técnicos municipales la arbitrariedad a la hora de fijar tales importes en concepto de posibles sobrecostes, pues la empresa cuantificó esta partida en su borrador de Presupuesto y mediciones finales de obra en 44.881,70 euros (P.E.M), solicitándose en demanda por este mismo concepto la cantidad de 77.65703 euros (P.E.M), sin justificación en autos. Según declaró el técnico municipal director de obra tales cantidades, además de resultar claramente excesivas, no se ajustan a los precios previstos en el propio Proyecto aprobado, que recoge las cantidades que, en cualquier caso, procedería abonar por tales conceptos.

5) En el resto de motivos de impugnación contenidos en el recurso de apelación se vuelve a discutir la procedencia del abono de las distintas partidas que se solicitaron en demanda y que son denegadas, conforme a derecho, por la sentencia dictada en autos: sobrecostes incurridos a petición de la dirección facultativa, por pérdida de rendimiento de las unidades de obra ejecutadas fuera de la secuencia lógica de ejecución, y por unidades de obra realmente ejecutadas y no reconocidas en la medición general y certificación nº 19 final y última.

La sentencia da adecuada respuesta a estas cuestiones en el fundamento de derecho sexto de la sentencia, cuyo contenido damos por reproducido.

Señala la sentencia que el informe técnico emitido conjuntamente por el arquitecto municipal director de obras y el arquitecto técnico director de la ejecución material de las obras de fecha 6-2-2012 (folios 197 a 205), que ha sido ratificado por ambos técnicos en esta sede, da respuesta una por una a las distintas partidas reclamadas, reafirmando en la medición efectuada que figura junto al Acta de Medición General de Obra, analizando una por una tales partidas que son reclamadas, justificando su improcedencia, y acreditando que la liquidación practicada por el Ayuntamiento es conforme a derecho en los conceptos aquí discutidos, toda vez que los dos técnicos municipales que han emitido el informe de referencia no sólo lo han ratificado, sino que lo han explicado en su comparecencia, de forma detallada cada uno de los apartados del mismo, sin que se haya desvirtuado con prueba en contra por la recurrente.

Ciertamente, a la vista de la prueba practicada en autos no cabe sino llegar a la misma conclusión a la que se llega en sentencia, remitiéndonos en este punto a la extensa declaración testifical de los dos técnicos municipales, que obra en las actuaciones, y al resumen de dichas declaraciones que expusimos en nuestro escrito de conclusiones (alegaciones 5a a 9a), al que nos remitimos en aras de la brevedad, y en el que expusimos de manera resumida el contenido de la prueba practicada que debía conllevar la desestimación de las distintas partidas reclamadas.

Así por ejemplo, y respecto al ensayo geotécnico, el apartado 5º del informe emitido por los técnicos municipales (folio 200 del expediente), justifica la improcedencia de su abono como partida independiente en virtud de lo previsto en el propio Pliego de Condiciones Técnicas Facultativas que forma parte del proyecto de obras, debiéndose entender incluida tal partida, a la vista de su importe, en el precio del contrato, tal y como se explica en dicho informe.

Igualmente se justifica en dicho informe, una por una, la improcedencia del resto de partidas reclamadas.

SEGUNDO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los contenidos en la presente resolución.

Para resolver la pretensión principal planteada por el recurrente hay que partir de que el artículo 166 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 dispone: "Medición general y certificación final de las obras.

1. Recibidas las obras se procederá seguidamente a su medición general con asistencia del contratista, formulándose por el director de la obra, en el plazo de un mes desde la recepción, la medición de las realmente ejecutadas de acuerdo con el proyecto. A tal efecto, en el acta de recepción el director de la obra fijará la fecha para el inicio de dicha medición, quedando notificado el contratista para dicho acto. Excepcionalmente, en función de las características de las obras, podrá establecerse un plazo mayor en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

5. El resultado de la medición se notificará al contratista para que en el plazo de cinco días hábiles preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos...

La Sentencia apelada desestima la pretensión de nulidad de los actos administrativos impugnados por vulneración del art. 166 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, señalando que si bien es cierto que tal medición conjunta no se ha efectuado, se trata de un defecto que no lleva aparejada la nulidad de pleno derecho por cuanto dicha omisión no ha producido indefensión material a la actora, dado que tuvo la oportunidad de presentar su propia medición. Y todo ello en base a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Sin embargo la Sala entiende que la asistencia del contratista a dicha medición se configura por el mencionado Reglamento como un trámite esencial del procedimiento, puesto que a través del mismo se permite al contratista concurrir in situ al acto de medición y plantear las objeciones y las cuestiones que estime oportunas sobre la medición, posibilitando que pueda contradecir sobre las propias obras la medición que se está efectuando, sin perjuicio del derecho a que pueda presentar posteriormente alegaciones en trámite de audiencia la vista del resultado de dicha medición.

Se dice en la sentencia que el defecto formal no causó indefensión a la interesada teniendo en cuenta que se le dio oportunidad de medir conjuntamente las obras junto a la Dirección Facultativa. Sin embargo lo cierto es que aunque en el Informe de los Servicios Técnicos Municipales de fecha 23 de enero de 2012, se dice que por el Director de Obra se señaló que no tenía inconveniente en proceder a la medición conjunta de las obras, tal medición conjunta nunca se produjo, y ello no porque la actora no quisiera (hizo la petición varias ocasiones en el seno del expediente administrativo), sino porque tanto el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Murcia de fecha 7 de marzo de 2012, como el Decreto del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio de 27 de enero de 2012, objeto de impugnación, resolvieron desestimar la petición de medición conjunta de las obras pese a que en el informe técnico que sirvió de base para la adopción de dichos actos administrativos, se admitía la existencia del defecto; sin que por otro lado pueda considerarse subsanada la omisión del trámite de contradicción sobre la obra contratada y con presencia del contratista con el trámite de audiencia posterior a la medición conjunta previsto en el art. 166.5 del RGLCAP.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma expresa sobre esta cuestión, en su Sentencia de fecha de 15 abril 1997 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), cuyos Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto señalan:

TERCERO. - En el caso de autos, antes de la resolución del contrato, la recurrente fue citada por carta, con acuse de recibo, para que se personase el día 21 de julio de 1983 en la Unidad Técnica “para constatación de la medición general de las obras realmente ejecutadas” que es donde se pueden constatar y medir éstas, levantándose Acta negativa dicho día “al no existir acuerdo por ambas partes” (documentos 4 y 5 demanda). La recurrente recibe la liquidación única y definitiva de las obras el 24 de mayo de 1984, junto con las mediciones efectuadas unilateralmente por el Arquitecto Director en fecha que se desconoce (documento 36 demanda, compuesto de 61 folios). El día 8 de junio de 1984 se levanta el Acta de recepción única y definitiva de las obras, con los impedimentos por parte de la Administración que constan en el Acta Notarial referida en el hecho 7º del primer fundamento de esta resolución y posibilidad posterior de no poder constatar las mediciones unilaterales indicadas y las también unilaterales que pretendió aportar la recurrente, debido a que en el BOJA del día antes la Consejería demandada publicó un anuncio del concurso-subasta convocado el 29 de mayo anterior para la: “Terminación de un Colegio Público de 24 unidades de EGB en Camas-Balcón de Sevilla (Sevilla), con un presupuesto de licitación de 81.875.960 pesetas”.

CUARTO. - De todo lo expuesto hasta aquí se llega a las siguientes conclusiones: A) que hay que acceder a la nulidad de las resoluciones recurridas al no poderse aceptar la liquidación practicada unilateralmente por la Administración, con indefensión de la recurrente; B) que no es posible acceder a las pretensiones deducidas bajo los números 2.1, 2.2 y 2.3, tal como se hace, pero sí a que se practique una nueva liquidación con conformidad por ambas partes, y de no alcanzarse con arreglo a las mediciones y valoraciones que se determinan en ejecución de sentencia, con arreglo a las siguientes Bases : a) que el saldo final no sea inferior a 3.131.529 ni superior a 16.670.107 pesetas; b) que como elementos de comprobación se tengan en cuenta las unidades de obra del Proyecto de Obras debatido (A) y del Proyecto de las Obras adjudicadas en 1985, (B), así como las comprendidas en las 13 certificaciones de aquél y las comprendidas en las libradas para el Proyecto B, en las cuales no pueden estar incluidas las unidades de aquéllas, ni las unidades ejecutadas por la recurrente y no certificadas y abonadas a ella; C) Ante la variación de la recurrente, y lo que consta en el acta notaría! de 7 de marzo de 1984 (documento 8 demanda) y el Acta de 8 de junio de 1984 de recepción y definitiva de obras, no se puede estimar acreditado las obras accesorias y el acopio de materiales de la pretensión 2.4 y si al beneficio industrial de la 2.5, pero de la obra que se acredite en ejecución de sentencia como dejada de realizar.

Más explícita resulta aún la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 28 de septiembre de 2011 (Recurso de Apelación nº. 361/2010, en un supuesto idéntico al que aquí nos ocupa, que dice lo siguiente:

La Sentencia apelada entiende que la actuación administrativa se acomodó a lo dispuesto en el artículo 166 del RD 1098/2001. Sin embargo, esta Sala no comparte la apreciación del Juzgador de la Instancia, sino que, más bien al contrario, sostiene que la Administración ha incumplido la normativa en la materia, por cuanto que el director de la obra no comunicó al contratista la fecha para el inicio de la medición final de las obras, por lo que este no pudo comparecer, realizándose la misma, única y exclusivamente por el representante de la Administración y no conjuntamente con el contratista, como exige dicha normativa, lo que es evidente que, además de una infracción legal y del Pliego de Prescripciones Técnicas, produce

indefensión a la actora, sin que la misma quede subsanada por el otorgamiento del trámite de audiencia, que, por otra parte, está previsto, asimismo, en el artículo 166.5 de la norma reglamentaria, para el supuesto de medición general conjunta. Este solo motivo llevaría a la revocación de la Sentencia apelada y a la anulación de la resolución administrativa recurrida, a fin de retrotraer actuaciones para que por la Administración se procediera a efectuar la medición general y a expedir las correspondientes certificaciones finales de las obras, con el cumplimiento de los trámites establecidos en el precepto reglamentario antes mencionado así como en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen el contrato.

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, entre otros, en su Dictamen nº 186/06, en cuya Consideración Jurídica Segunda, apartado b) se advierte que "No consta que la contratista fuera citada al acto de comprobación y medición que sirvió de base para la liquidación de las obras, en clara vulneración de lo dispuesto en el artículo 151.1 TRLCAP, que no resulta subsanable por el posterior traslado y comunicación del acta resultante de dicho acto. En este sentido, el Tribunal Supremo tiene declarado que la Administración no puede unilateralmente y por sí proceder a efectuar la constatación, es decir, la comprobación y medición de las obras efectuadas sin la asistencia del contratista, pues de hacerlo supondría la indefensión de éste".

Por otro lado la Administración demandada procedió a aprobar la medición general de las obras y la Certificación Final nº 19 y última con el objeto de no perder la subvención concedida con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local teniendo en cuenta el plazo que quedaba para finalizar la obra. Así se desprende del propio Decreto de Concejalía de fecha 27 de enero de 2012, cuyo Considerando Tercero afirma que, comoquiera que para poder acogerse a la subvención del Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local con cargo al cual se había ejecutado el contrato, la fecha máxima de la justificación de la subvención finalizaba el día 31 de enero de 2012, por lo que era imprescindible el cierre del expediente antes de dicha fecha.

En definitiva, la Administración demandada ha actuado en clara vulneración tanto del RGLCAP (art. 166) como del Pliego de Cláusulas Administración, al omitir el trámite de medición conjunta de las obras, con la finalidad de no perder la subvención otorgada para la ejecución del contrato de obra pública.

TERCERO.- En razón de todo ello procede estimar el recurso de apelación, aceptando la pretensión principal formulada por el recurrente, revocando y dejando sin efecto la sentencia apelada y acordando en su lugar anular los actos impugnados por no ser conformes a derecho, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la medición general de la obra realizada por el Ayuntamiento de Murcia, para que se vuelva a hacer con la presencia de la entidad contratista aquí recurrente, y para que posteriormente proceda a realizar de nuevo la certificación final de la obra con base en el resultado de dicha medición; sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas de ambas instancias de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación nº 106/1 5, interpuesto por la mercantil GOMENDIO CONSTRUCCIONES S.A.U., contra la sentencia nº. 117/14, de 11 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 8 de Murcia dictada en el procedimiento ordinario nº 236/12 , que se revoca y deja sin efecto, acordando en su lugar anular el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Murcia de fecha 7 de marzo de 2012, por el que se acordó desestimar las alegaciones formuladas por la recurrente de fecha 26 de enero de 2012 frente al resultado de la Medición General de la obra de “PROYECTO MODIFICADO DEL DE CONSTRUCCIÓN DE CENTRO DE INICIATIVAS MUNICIPALES EN MURCIA, así como el recurso de reposición presentado por la misma con fecha 20 de febrero de 2012 contra el Decreto del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio de 27 de enero de 2012, por el que se aprobó la Certificación nº 19 última y final correspondiente al proyecto referido, acordando la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la medición general realizada por dicha Corporación municipal para que por la misma se proceda a efectuar una nueva medición general de las obras objeto del contrato de referencia con la presencia de la contratista procediendo a continuación a confeccionar la certificación final de las obras atendiendo al resultado de la referida medición, sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas de ambas instancias

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.