

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 502/2016

SENTENCIA NÚMERO 58/2017

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

D^a. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a catorce de febrero de dos mil diecisiete.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación contra la sentencia número 59, dictada el 9-3-2016 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Cuatro de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 189/2012, en el que se impugna el Decreto 176/12-s de 7-5-2012 del Ayuntamiento de Zalla por el que se acuerda requerir a la empresa recurrente la reparación de daños y desperfectos existentes en el edificio del frontón debidos a una deficiente o mala ejecución de la obra según se recoge en el informe pericial elaborado.

Son parte:

- **APELANTE:** CONSTRUCCIONES OLABARRI, S.A., representada por el procurador D. JULIO GONZÁLEZ JIMÉNEZ y dirigida por el letrado D. JORGE ROMERO YURREBASO.

- **APELADA:** AYUNTAMIENTO DE ZALLA, representado por la procuradora D^a. ISABEL SOFÍA MARDONES CUBILLO y dirigido por el letrado D. JOSÉ ÁNGEL ESNAOLA HERNÁNDEZ.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARGARITA DÍAZ PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por CONSTRUCCIONES OLABARRI, S.A. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia de conformidad con sus pedimentos.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a la otra parte para que en el plazo de quince días pudiera formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni acordado la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 27-10-2016, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el presente recurso de apelación, D. Julio González Jiménez, procurador de los Tribunales y de Construcciones Olabarrí, S.L., impugna la sentencia nº 59/2016, de 9 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Bilbao, en el procedimiento ordinario nº 189/2012.

La sentencia recaída en la instancia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a las siguientes actuaciones administrativas del Ayuntamiento de Zalla, relacionadas con la ejecución del contrato de obras para la construcción del frontón municipal de Mimetiz suscrito con la mercantil recurrente:

A) Decreto de la Alcaldía nº 176/2012-S, de 7 de mayo, por el que se reclaman ciertas reparaciones y se requiere la justificación del pago del canon por el transporte al vertedero de las tierras excavadas en la obra, con advertencia de ejecución de la garantía constituida por el contratista en caso de incumplimiento.

B) Decreto nº 309/2012-S, de 27 de junio, por el que se desestiman las alegaciones del contratista y se le concede un plazo de dos meses para ejecutar las reparaciones y aportar la documentación, con reiteración de la anterior advertencia.

C) Acuerdo del Pleno municipal de 8 de mayo de 2013, por el que se inicia el procedimiento de incautación de la garantía.

D) Acuerdo del Pleno municipal de 3 de julio de 2013, por el que se acuerda la incautación de la garantía, descontando de la misma el importe de las reparaciones y el importe estimado del canon por traslado de tierras.

Con imposición de las costas causadas a la parte actora.

La razón decisoria en lo que se refiere a las reparaciones reclamadas, se consigna en los fundamentos de derecho segundo a quinto de la sentencia apelada, en los que concluye el juzgador, con base esencialmente en la prueba pericial judicial y en el dictamen aportado por la Administración, amén de otros informes obrantes en autos y pruebas testificales, que los defectos observados en el frontis, cancha y cubierta del frontón traen causa de la mala ejecución material de la obra, que califica como “obra ruinosas”, subrayando que no hay prueba alguna de que el proyecto estuviera incorrectamente redactado, y sin que puedan atribuirse aquéllos a la dirección de la obra, al tratarse de defectos típicamente resultantes de una descuidada ejecución, cuando no de una deliberadamente buscada ejecución contraria al proyecto; en consecuencia, de ellos debe considerarse responsable a la empresa ejecutora, en virtud de las obligaciones que le corresponde asumir conforme lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y de su condición de contratista de la Administración.

En el fundamento de derecho sexto examina la cuestión atinente al canon por vertido de tierras, que dice fue facturado por Construcciones Olabbarri, S.L. y no ejecutado, estimando, por consiguiente, ajustada a derecho la pretensión del Ayuntamiento de recuperar el importe que por tal concepto abonó a la mercantil.

Por último, y sentado lo anterior, aprecia la concurrencia de motivos fundados para la incautación de la garantía prestada por el contratista, por los defectos que han debido ser reparados por cuenta de la Administración y por la partida no ejecutada, sin perjuicio de la definitiva liquidación de la obra, y ello por cuanto se ha producido, en definitiva, la afectación al interés público para cuya protección se constituyó la garantía, y con la intensidad suficiente (por la entidad del perjuicio y por la falta de atención del contratista a los requerimientos de subsanación que ahora se impugnan) para justificar los actos adoptados por el Ayuntamiento de Zalla.

SEGUNDO.- Interesa la defensa apelante de esta Sala el dictado de sentencia que revoque la de instancia, entrando a resolver de forma completa sobre el fondo del asunto, con estimación de las pretensiones de las demandas y, en consecuencia, con declaración de la disconformidad a derecho de los actos administrativos impugnados, dejándolos sin efecto ni valor alguno.

-Tras referir en los apartados I, II, y III del escrito de recurso, los presupuestos procesales, antecedentes y ratio decidendi de la sentencia, en el IV, que enuncia como “resumen de los planteamientos de las partes establecido en la sentencia apelada” incluye

el subapartado “fundamentación jurídica del presente recurso de apelación”, en el que, en resumen, sostiene, que:

El proyecto no incluyó las especificaciones del NIDEPV (Normativa de Instalaciones Deportivas de Pelota Vasca).

El proyecto presenta deficiencias, indefiniciones y/o omisiones. La dirección de obra ha sido inadecuada e insuficiente.

El contratista ha cumplido el objeto del contrato

Conforme acredita el segundo informe pericial del Sr. Arias Balboa, los vicios y defectos del frontis no pueden imputarse en exclusiva a la deficiente ejecución material de la contratista, al venir derivados de prescripciones del proyecto o cuando menos de una responsabilidad concurrente con la contratista; tampoco el defecto de resbaladidad de la cancha, ni las deficiencias de la cubierta, de los que son también responsables los proyectistas y dirección facultativa.

En la documentación de la obra no hay certificación, ni abono, de transporte de tierras excavadas a vertedero, canon incluido, como partida alzada e independiente del precio del contrato, porque ni en el proyecto (memoria y presupuesto), ni en el pliego de condiciones, se fija para esa partida una retribución por tanto alzado o por administración; antes bien, para la unidad “excavación en todo tipo de terreno” se establecen precios unitarios.

-En el apartado V “Fundamentación de la sentencia apelada: juicio de hecho y juicio de derecho de la sentencia apelada”, analiza el desarrollo de la ratio decidendi de la sentencia de instancia.

-En el apartado VI “Motivos de impugnación de la sentencia apelada”, señala como tales:

A) la sentencia apelada infringe las reglas de la sana crítica que han de presidir la valoración de la prueba (arts. 348, 376, 326.2 y 350 LEC).

B) En relación con lo anterior, la fijación de los hechos probados consecuencia de la valoración de la prueba, implica un defecto de motivación de la sentencia conforme a las reglas de la lógica y de la razón en los términos establecidos por el art. 218.2 de la LEC y lleva a la aplicación de una fundamentación jurídica con infracción de la doctrina legal y jurisprudencial.

C) Infracción de la regulación legal y doctrina jurisprudencial aplicable a la imputación de responsabilidades por vicios constructivos a los distintos agentes intervinientes en el proceso de edificación, doctrina sobre vicios ruinógenos ex art. 1.591 CC en relación con el régimen legal definidor de las obligaciones y responsabilidades de los agentes del proceso de edificación contenidas en la Ley de Ordenación de la Edificación (arts. 10, 11, 12 y 13 de la LOE), de aplicación al ámbito contencioso administrativo en relación con las obligaciones y responsabilidades de los técnicos que son a la vez proyectistas y dirección de obra y con las obligaciones y responsabilidades

del contratista en la ejecución del contrato de obras (arts. 122 TRLCAP y 125 RLCAP, art. 124.1.a, c y d, art. 127, art. 129, arts. 130 y 131 y 143 TRLCAP y arts. 153 y 154 RLCAP); responsabilidades de proyectistas y dirección facultativa concurrente y/o eventual excluyente con la responsabilidad del contratista.

D) Infracción de la regulación relativa a la fijación del precio cierto en los contratos administrativos por el sistema de precios unitarios (art. 14 y 146 TRLCAP y arts. 130 y 153 RLCAP) en relación con la regulación y doctrina jurisprudencial relativa al derecho del contratista a percibir el precio conforme a lo pactado en el contrato (art. 99 TRLCAP), principios de pacta sunt servanda y de configuración de los pliegos rectores de la licitación como ley del contrato.

E) Indebida aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto con vulneración del principio de ejecución a riesgo y ventura del contrato conforme al sistema de precios fijos, cerrados e invariables.

De los motivos expuestos desarrolla el relacionado con la letra A) –respecto de los demás se remite a lo argüido en los apartados IV y V- defendiendo la cualificación de su perito en su condición de ingeniero de edificación y arquitecto, que le habilita para las funciones naturales de dirección técnica de ejecución de obra, a la par que pone en cuestión la mayor imparcialidad y objetividad que se presume de las periciales presentadas por el Ayuntamiento y critica el dictamen pericial judicial, así como los informes del Sr. Pablo Estefanía, y la declaración de la testigo-perito Sra. Segovia.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Zalla se ha opuesto al recurso en base a las alegaciones que sintéticamente son:

La apelante pretende sustituir la amplia y razonada valoración de la prueba practicada que se hace en la sentencia recurrida, por el criterio de su propio perito, Sr. Balboa, cuya cualificación es muy inferior a los de los Sres. Madrazo y Corpión, y ello para fundar la imputación de las deficiencias del frontón a los proyectistas o a la dirección facultativa, tesis que ni siquiera ratificó el Sr. Balboa.

Además, la mera réplica de alguno de los argumentos de la demanda supone una defectuosa técnica procesal que por sí misma debería llevar a desestimar el recurso.

Las conclusiones del informe pericial judicial, que la recurrente solo critica en términos genéricos, y demás informes y testimonios obrantes en autos, confirman la existencia de defectos de ejecución imputables exclusivamente a la contratista, en el frontis, suelo y cubierta del frontón.

Se ha acreditado que la actora nunca objetó que el proyecto fuera inejecutable, ni solicitó instrucciones a la dirección facultativa para ejecutarlo. También ha quedado acreditado que asumió contractualmente la ejecución de un frontón apto para la práctica de la pelota profesional y que no se le ha exigido reparación extracontractual alguna.

La responsabilidad requerida a la contratista es conforme con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

El conjunto de la prueba refrenda asimismo que la apelante obtuvo de las arcas públicas un enriquecimiento injusto por el reembolso municipal de un supuesto canon en vertedero autorizado, dado que finalmente la contratista no abonó dicho canon.

CUARTO.- Dados los, a todas luces excesivamente prolijos, escritos de recurso y oposición, deviene preciso delimitar en sus justos términos las cuestiones a abordar en sede de apelación, tomando como inexcusable punto de partida la no rebatida acotación del debate planteado en la instancia que a su vez propone el juzgador, así, en lo que atañe a las reparaciones de los defectos constructivos del frontón, se advierte en la sentencia apelada que no es cuestionada su existencia, de forma que la discusión se centra en su causa u origen con dos tesis contrapuestas: para la recurrente derivan de la indefinición o inexactitud del proyecto o de la incompleta o insuficiente supervisión e instrucciones de la dirección facultativa y/o de la dirección de ejecución técnica de la obra o, simplemente, de que el Ayuntamiento no tenía en mente un proyecto de máximos para una instalación deportiva para la práctica de deporte de alto nivel o profesional; y para el Ayuntamiento, según se refleja en los Decretos de Alcaldía nº 176/2012 y nº 309/2012, son debidos a una "deficiente o mala ejecución de la obra" imputable al contratista, y se constriñen a las patologías detectadas en el frontis, la cancha y la cubierta, con exclusión de las afectantes a graderíos, pasillos escalonados y barandillas; procede el juez "a quo", en congruencia, a valorar el resultado de la prueba practicada en lo que respecta a la causa técnica de las distintas patologías afectantes a esos tres primeros elementos y su subsiguiente imputación a los agentes intervinientes en el proceso de edificación, concluyendo, con aceptación de la tesis del Consistorio, que de los defectos que hacían al frontón inservible para su uso debe considerarse responsable a la empresa que lo construyó, al derivar de una "descuidada, cuando no de una deliberadamente buscada ejecución contraria al proyecto".

Por tanto, en la instancia la controversia quedó sustanciada y dirimida en el plano estrictamente fáctico, con la obtención de un resultado probatorio que necesariamente debe ser desvirtuado en esta sede en orden a la prosperabilidad del recurso, y ello atendidos los criterios jurisprudenciales que delimitan la facultad conferida al órgano judicial de apelación en orden a la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el juzgador, a saber:

La valoración de las pruebas practicadas con aplicación del principio de inmediación judicial, es función básica del juzgador de instancia, y solo podrá ser revisada con fundamento en la apreciación de que la actuación judicial valorativa infringe el derecho de la prueba, incluido el que se deduzca de los principios generales del derecho, o las reglas de la lógica (sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de julio, 26 de septiembre y 3 de octubre de 2007, recursos de casación nº 3865/2003, 9742/2003 y, 7568/2003; así como las citadas en las mismas, de 6 y 17 de julio de 1998, 27 de marzo, 17 de mayo, 19 de junio, 12 de julio, 22 de septiembre, 6 y 18 de octubre, 2 y 19 de noviembre, 15 de diciembre de 1999, 22 de enero, 5 de febrero, 20 de marzo, 3 de abril, 5 de mayo, 3 de octubre y 20 de noviembre de 2000, 3 de diciembre de 2001 y 23 de marzo de 2004).

En aplicación de esta doctrina, cabe discutir en sede de apelación la valoración que de la prueba practicada hizo el juzgador, mas la facultad revisora del Tribunal "ad

quem" al respecto debe ejercitarse con ponderación, en tanto que aquel órgano al realizar las pruebas con inmediación dispone de una percepción directa de ellas, percepción inmediata de la que carece la Sala de apelación, salvo siquiera de la prueba documental. Por tal razón, este Tribunal sólo deberá valorar la práctica de las diligencias de pruebas realizada defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea, de modo que sólo si la valoración se revela como equivocada sin esfuerzo, cabe atender la pretensión de la apelante.

Singularmente, cabe el enjuiciamiento en la apelación de la conclusión probatoria sobre los hechos controvertidos establecida en la sentencia dictada en la instancia con fundamento en la valoración de la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos cuando se aprecie que la actuación judicial infringe las prescripciones del artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado").

En el caso de la prueba por documentos públicos, el Tribunal de apelación goza de competencia para el enjuiciamiento de la conclusión probatoria sobre los hechos controvertidos establecida en la sentencia dictada en la instancia, tomando como norma de contraste el derecho regulador de la prueba sobre documentos públicos prescrita por el artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En el caso de la prueba pericial, el órgano judicial revisor no puede sustituir la lógica o la sana crítica del juzgador de instancia por la propia, salvo cuando se acredite en el proceso de revisión que la valoración judicial no se atiene a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, entendidas éstas como los criterios de la lógica interpretativa, o cuando la libertad de crítica no se expresa de acuerdo con los criterios propios del razonar humano, incurriendo en arbitrariedad, incoherencia o contradicción.

Analizados desde esa perspectiva los motivos impugnatorios, es obligado señalar que la revisión del resultado probatorio no puede fundarse en la genérica alegación en torno a la no inclusión en el proyecto de las especificaciones de la Normativa de Instalaciones Deportivas de Pelota Vasca (NIDEPV), que ha de descender a lo concreto, mediante la acreditación del nexo causal de omisiones fehacientemente comprobadas de sus prescripciones técnicas con los defectos constructivos cuya reparación se reclama a la contratista, ausente en el recurso; de la misma forma el reconocimiento por el Consistorio de responsabilidades concurrentes sobre el estado final del frontón, de los redactores del proyecto y la dirección facultativa, que apunta la defensa actora sin mayor precisión, tampoco es útil a esos efectos, si tenemos en cuenta que, como ha quedado dicho, las anomalías de la edificación no se circunscriben a las imputadas a la contratista; sí resulta de interés la crítica introducida en las páginas 26 a 29 del escrito de recurso, a la valoración probatoria referida a los distintos elementos constructivos concernidos en el proceso, expresada en la sentencia, que examinamos a continuación.

En cuanto a la superficie del frontis han de destacarse las siguientes apreciaciones del juzgador en el f.j. segundo:

"(...)En su dictamen –se refiere al elaborado por el perito judicial, D. Andoni Corpión Azpitarte- concluye que el 75,42% de la superficie del frontis (74,670 m²) resulta inadmisiblemente constructivamente para la práctica deportiva de pelota, por su falta de ajuste a la norma tecnológica NTE-RTC aplicable por las variaciones de planeidad en el enchapado de piedra; y que en el 9,23% de dicha superficie (9,137 m²) presenta oquedades que afectan a la sonoridad del impacto y a la velocidad de restitución de la pelota en su colisión con el frontis. Resultando que ambas incidencias son inaceptables para el desarrollo del juego de la pelota, que no resulta posible en estas circunstancias. Por lo que respecta a la causa de estas deficiencias, el informe pericial señala que "la planimetría multiforme de las losas de piedra caliza del frontis del frontón municipal de Zalla, han originado en el paramento bordes, cejas, filos y resaltos, provocando su desconchado y desportillado, inconveniente que se podía haber evitado si se hubiera ejecutado el frontis según proyecto (páginas 34 y 35 del informe).

Desde esta perspectiva es relevante que recordar que la descripción de la unidad de obra nº 1.7.2.5 contratada y abonada incluye el "acabado pulido" del paramento vertical recubierto con chapas de piedra caliza. Y que el mortero utilizado para pegar las chapas de piedra al subcontratista Piedras Erleches era proporcionado por el contratista ahora demandante, según ha declarado en el plenario el testigo D. Juan Izurza Gabiña, que trabajaba para aquel subcontratista.

(...) Para el perito –se refiere aquí al perito de la demandada Sr. Gómez Madrazo- no cabe duda de que "esta patología viene determinada por una defectuosa ejecución (...) que produce pequeños desplazamientos y movimientos en las piedras que componen el frontis"; añadiendo más adelante que la causa es "una deficiente colocación del chapado de piedra con el que se ha realizado el frontis". Los efectos se aprecian en el uso de la pared, pues cuando la pelota impacta en la zona compactada da produce un sonido agudo y un bote normal y cuando impacta con la zona hueca ofrece un sonido grave y un rebote menor. Dejando de lado que el frontis se ejecutó con piedras de tamaño distinto a las previstas en el proyecto, el perito concede especial importancia al mortero con el que están unidas a la pared: "la mencionada capa de mortero tiene una importancia fundamental pues debe estar realizada de tal forma que transmita la fuerza del impacto de la pelota que recibe la piedra al muro resistente del frontis, por lo que la piedra debe estar bien adherida a la misma". Por lo tanto, con independencia de la sujeción mediante patillas metálicas (que impide el desprendimiento de las losas), es decisiva la adherencia a la pared mediante el mortero, evitando oquedades. Y esto, según el perito "se trata de un defecto de ejecución, que no ha garantizado la unión del material pétreo al soporte, permitiendo que éste pueda tener ligeros movimientos, suficientes para que no se pueda desarrollar con normalidad la actividad para la cual está diseñado el elemento y produzca, además, un deterioro prematuro del material de acabado".

Frente a lo dictaminado por el perito judicial y el de la demandada, opone la letrada recurrente el informe del Sr. Arias Balboa que discute el mortero proyectado y la prescripción del acabado pulido, y no el resto de la mala praxis en la ejecución de la que dan cuenta los dos primeros; sin ánimo de inmiscuirnos en el análisis de las técnicas o soluciones constructivas, de las que somos legos, es de ver que el perito de la actora admite la ineficacia del mortero, bien que la atribuye al coeficiente de absorción de las losas de piedra caliza inferior al 2%, por tanto, no es per se el mortero proyectado (M5) el que origina el defecto, si no, al parecer de ese perito, la concreta piedra caliza elegida y empleada por el contratista, cuyas características, no dice estén prefijadas en el proyecto y son variables, oscilando entre distintos porcentajes, tanto su densidad, como el coeficiente de absorción o su resistencia a compresión, a flexión, o al impacto; por otro lado, la matización en torno al pulido como descripción del material empleado, y no como pulido general posterior a la colocación, en nada empece a las conclusiones valorativas acogidas por el juzgador.

Respecto de la superficie de la cancha, recoge la sentencia (f.j. tercero):

“Por lo que respecta al suelo en el área de juego, el perito judicial informa que debido a la elevada resistencia al deslizamiento que presentaba la obra entregada, fue necesario un tratamiento añadido aplicando el preparado protector de emulsiones poliméricas Fronsol ("líquido autobrillante que aporta durabilidad y velocidad al acabado superficial de asfalto fundido de la cancha"). Con esto se consiguió alcanzar valores del coeficiente de rozamiento similares a los de otros frontones cuya utilización es satisfactoria para los usuarios (el perito hace la comparación con el de Arminza). En efecto, tras realizar pruebas en varios puntos de la cancha con este tratamiento, el perito informa que se propuso el pulido general de la cancha y el tratamiento superficial con el citado producto (folio 58 del informe pericial judicial).

Por otra parte, el dictamen judicial informa que el espesor de media ejecutada en la cancha es del 72,50 % del espesor contratado (29 mm de media frente a los 40 mm establecidos en el proyecto). Si bien el Ayuntamiento no reclama la subsanación por no afectar en principio a las condiciones de utilización, este dato, no controvertido, ofrece información adicional sobre la manera en que se ejecutó la obra.

El perito Sr, Gómez Madrazo encargó un estudio al laboratorio Saiatek, homologado por la ENAC, para establecer el coeficiente de resistencia al deslizamiento. De los resultados se desprende que la parte más clara era más deslizante y la oscura (a la que se le había aplicado un tratamiento con posterioridad a la finalización de la obra) lo era menos; y además, esta última arrojaba un resultado parecido al del frontón de Arminza. Lo más llamativo, con todo, es la heterogeneidad de los valores obtenidos en la parte no tratada, "que llegan a superar lo definido como grado 3 en el Código Técnico de la Edificación (CTE-DB-SUA), que no olvidemos es el máximo grado que se puede exigir a un material y que estaría indicado para pavimentos en pendiente y escaleras en condiciones de humedad". La conclusión del perito es que el pavimento ejecutado por la demandante tenía un nivel de "rozamiento alto y muy variable, que puede, como indicábamos, producir importantes lesiones en los practicantes de este deporte, y también una limitación funcional al provocar una importante reducción de la movilidad del bote de la pelota derivado de este alto rozamiento, con lo que afecta al juego a desarrollar". Según este informe, "este defecto es de nuevo de capital importancia y condiciona el uso de la instalación, pues si el rozamiento del suelo es elevado y no se adapta a las necesidades que debe tener un suelo para esta práctica deportiva, provoca los problemas indicados", lo que afecta a la funcionalidad de la obra.

(...) El testigo D. Luis Cantero Mollinedo, llamado por la demandante, trabaja para la mercantil Asfaltos Uribe, que fue subcontratista de la demandante para realizar la cancha del frontón. El Alcalde les dijo que querían una superficie más oscura, pero no se podía hacer sino aplicando unas resinas de color, para lo que hicieron una prueba en un cuadrado de 30 cm de lado; no hicieron nada más. Posteriormente, en una reunión con el nuevo Alcalde (Sr. Portillo) y con el gerente de ASEGARCE (Sr. Salbidea), les dijeron que el suelo no resbalaba y que era muy rugoso, a lo que el testigo contestó que ellos no habían hecho ese acabado y que podía pulirse y darle resina, pero tras una prueba, ya no hubo más contactos. Preguntado si Pulimentos Rebollo aplicó el tratamiento de oscurecimiento, el testigo dice no recordar este extremo; repreguntado, se corrige y dice ignorarlo. Reconoce que no echaron los 4 cm de asfalto previstos en el proyecto, sino 3 cm, de acuerdo con la demandante (no con la Dirección Facultativa); estima que esto no influye en el juego de pelota mano profesional”.

La letrada recurrente en sus alegaciones exculpa a su representada al no haber quedado acreditado que Pinturas Rebollo actuara por cuenta y como subcontratista de Construcciones Olabarri, S.L, cuando no consta tampoco que actuara aquella por orden del Consistorio, y en todo caso, se colige con meridiana claridad de las declaraciones transcritas que la contratista entregó una cancha absolutamente deficiente por su elevada resistencia al deslizamiento, lo que hizo necesario un tratamiento posterior, indubitada esa circunstancia no cabe eximir a la actora de su responsabilidad; no siendo relevante las

argumentaciones vertidas por su perito sobre la diferencia de grosor, dado que no se reclama su subsanación.

En cuanto a la cubierta, se consigna en el f.j, cuarto:

(..) señala el perito judicial que a los dos meses de la recepción de la obra aparecieron goteras, por lo que no cumplía su función desde las primeras lluvias, "no habiendo forma de corregir lo que desde el principio se ejecutó defectuosamente, según análisis del informe pericial sobre daños y deficiencias en el edificio del frontón municipal de Zalla firmado por D. Javier López, Director Técnico de Construcciones Olabbarri, SL, presentado con registro de entrada nº 1336 del 25.05.2012, informándose respecto a la cubierta; folio 1246 y página 5 de 6, que para nosotros era una labor que se debería haber ejecutado correctamente, reconociéndose por la propia empresa adjudicataria de la obra, Construcciones Olabbarri SL, la labor incorrecta realizada en la instalación de la cubierta

(...)" Para el perito judicial, la ahora demandante tenía la responsabilidad de vigilar y revisar cada día los trabajos de los distintos tajos, y entre ellos el de la cubierta, "que por los resultados obtenidos la conclusión no puede ser más negativa, al haberse instalado una cubierta filtrante al agua de lluvia, vulnerando y quebrantando en su ejecución los principios y fundamentos del buen hacer constructivo" (páginas 71 y 72).

Según el dictamen del perito judicial, "la instalación se ha realizado vulnerando las normas del buen hacer constructivo, parte del material se encuentra oxidado y no ofrece garantías de impermeabilidad, mostrando defectos propios de envejecimiento prematuro, por todo lo cual cualquier solución que no sea la sustitución total de la cubierta sería siempre provisional y transitoria, ver fotografías 34, 35, 36, 37, 38 y 39" (folio 84 del informe).

Por su parte, el perito Sr. Gómez Madrazo informa que comprobó, en visita realizada el 25 de enero de 2012, que algunos tornillos de fijación original, seleccionados aleatoriamente, presentaban ausencia de presión en la fijación de la cubierta, lo que puede deberse a que el tipo de fijación utilizada no fuera idónea para la unión de chapa y madera, que son los materiales utilizados en la ejecución. Añade que la junta de goma colocada no cuenta con doble corona de presión y puede posibilitar la filtración a través del elemento; comprobándose además que la chapa en sus puntos de fijación poseía una cierta holgura que indica dicha falta de presión. Asimismo, que diversos tornillos de fijación atraviesan el elemento sustentante de madera, apareciendo por el interior del edificio, "debido sin duda a un mal replanteo de los mismos. Es evidente que estos puntos pueden ser en breve causa de aparición de filtraciones y goteras en el interior del edificio", acompañando fotografías de los defectos que describe".

En el fundamento de derecho quinto añade el juzgador:

"(...) la elección de las sujeciones de la cubierta, a su holgura y a su concreta instalación, que para el perito judicial, en su informe en la vista, es un defecto atribuible a "la impericia de la mano de obra interviniente". Por tanto, no a la dirección de la obra"

Tampoco la existencia de los defectos de ejecución de la cubierta referidos, es adecuadamente refutada, y singularmente la de mayor entidad, la instalación de una cubierta filtrante al agua de lluvia, sin garantías de impermeabilidad, que se silencia por la actora; como no lo es la imputación de las anomalías de la sujeción, no al material empleado, sino a su ejecución material, tesis finalmente aceptada en la sentencia.

En realidad, sin perjuicio de lo razonado en relación con las aseveraciones del perito de la parte demandante resaltadas en sede de apelación, el aspecto nuclear del proceso se halla en la valoración de dictámenes periciales discrepantes sobre los hechos controvertidos, que ha de efectuarse con arreglo a las reglas de la sana crítica ex art. 348 LEC, resultando que en este caso el juzgador en el repetido fundamento de derecho quinto ha llevado a cabo la necesaria valoración comparativa y motivada de los tres informes

aportados al proceso, emitidos por el perito de designación judicial, D. Antonio Corpion Azpitarte, y por los Sres. Arias Balboa y Sr. Gómez Madrazo, a petición, respectivamente, de la actora y del Ayuntamiento, y se decanta por el criterio técnico sostenido coincidentemente por el perito judicial y el de la demandada, opción que responde a parámetros de racionalidad, toda vez que se sustenta, no solo en la especialidad y en la imparcialidad y objetividad de los elegidos por el juzgador, que la apelante critica, sino en el aparente mayor fundamento de sus razonamientos –que esta Sala comparte- y en el ajuste de sus conclusiones a otras pruebas practicadas (testificales y documentales que la propia recurrente señala en el apartado V de su escrito de recurso), que aleja la sombra de la irrazonabilidad y arbitrariedad denunciadas, y ello frente al criterio singular de su perito, no corroborado por ningún otro elemento probatorio, según se colige de lo argüido en el apartado VI del mismo escrito sobre la infracción de las reglas de la sana crítica.

No ofrece la apelante, ni se atisban por esta Sala, motivos sólidos que desmerezcan el juicio técnico de los dictámenes de los Sres. Corpión Azpitarte, y Gómez Madrazo -a tal efecto, es obligado insistir al hilo de la alegada empero infundada incoherencia del dictamen pericial judicial, que la recurrente no ha llegado a acreditar la vinculación causal entre una eventual y concreta insuficiencia técnica del proyecto y los defectos a los que se extiende la reclamación-, y permitan atribuir mayor valor probatorio al presentado por la actora; queda en consecuencia ayuna de fundamento la vulneración del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por ende, incólume la convicción fáctica plasmada en la sentencia en torno al origen e imputación a la contratista de los defectos constructivos en el frontis, la cancha y la cubierta del frontón municipal.

Sentado lo anterior, resulta plenamente justificada la incautación de la garantía depositada por Construcciones Olabarrí, S.L. para la cobertura del coste de la reparación.

QUINTO.- Igualmente inalterable ha de mantenerse el resultado probatorio relativo al canon por vertido de tierras, reflejado en el fundamento de derecho sexto de la sentencia, en estos términos “no hay contradicción entre las partes sobre el hecho de que el Ayuntamiento abonó a la contratista demandante 107.156,55 € en concepto de reintegro del pago de un canon por gestión de las tierras excavadas para la construcción del frontón. La partida es la identificada como 1.1.2.1, conforme a la cual la ahora demandante certificó 25.586,750 unidades de obra a 13 €/m³, lo que hace un total de 332.627,75 €, de los que la cantidad señalada con anterioridad corresponden a pago del canon, conforme a los informes del Arquitecto municipal, D. Pablo Estefanía, de 15 de abril y 24 de junio de 2013 (folios 340 a 343 del expediente), en los que se ha ratificado en su contestación al interrogatorio de preguntas formuladas por escrito y unida a las actuaciones. La partida se describe en el contrato como excavado de tierras "incluso la gestión en vertedero canon incluido o su traslado".-Tanto el arquitecto proyectista Sr. Maestre como la Aparejadora municipal Sra. Segovia han confirmado que en la cantidad facturada por el vertido de tierras estaba incluido el canon”.

Resumiendo ese párrafo, en la partida 1.1.2.1 la mercantil recurrente certificó la cantidad de 332.627,75 €, en la que está incluido el importe de 107.165,55 euros por pago del canon, que ha sido satisfecho por el Ayuntamiento.

En esta instancia reconoce la actora que el destino de las tierras excavadas de la obra ha sido el relleno en un terreno propiedad del Ayuntamiento, y que en la ejecución

de rellenos, conforme a la normativa, no se aplica el canon discutido, que es el que cobra la instalación de gestión de residuos por la eliminación mediante su depósito en vertedero de los residuos recibidos; siendo ello así, y no contradicho válidamente de adverso que la Corporación abonó a la contratista 107.156,55 € por el pago del canon, cantidad que fue certificada por la actora pese a no haber transportado a vertedero el material excavado, el descuento de la garantía, del importe del canon, deviene conforme a derecho, porque en suma se trata de cantidades certificadas que no corresponden a partidas ejecutadas.

Se pierde la letrada en las previsiones contenidas en los documentos contractuales sobre la unidad “excavación de todo tipo de relleno”, que comprende el transporte a vertedero, orillando el sustrato fáctico del pronunciamiento de la sentencia, que deviene sustancial, en tanto, estuviera o no prevista en el proyecto (memoria y presupuesto) o en el pliego de condiciones, una partida alzada y específica, o un precio descompuesto correspondiente al transporte a vertedero y al canon, lo cierto es que el juzgador ha establecido que en la certificación de obra abonada por el Ayuntamiento se integra el canon no satisfecho por la contratista, sin que se haya llegado a evidenciar error valorativo que invalide los razonamientos del juzgador que siguen a esa resultancia fáctica.

Toda vez que la existencia de las infracciones legales simplemente enunciadas en el apartado VI del escrito de recurso, se halla supeditada al acogimiento de los motivos precedentes, su desestimación aboca al fracaso el recurso sin necesidad de análisis añadido.

SEXTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio se imponen a la apelante las costas causadas en esta instancia.

Y es por los anteriores fundamentos jurídicos por los que este Tribunal emite el siguiente

FALLO

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN N° 502/16 INTERPUESTO POR EL PROCURADOR D. JULIO GONZÁLEZ JIMÉNEZ, ACTUANDO EN REPRESENTACIÓN DE CONSTRUCCIONES OLABARRI, S.L., FRENTE A LA SENTENCIA N° 59/2016, DE FECHA 9 DE MARZO, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 4 DE BILBAO, EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 189/2012, CONFIRMANDO LO RESUELTO EN LA MISMA. CON IMPOSICIÓN A LA PARTE APELANTE DEL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de

TREINTA DÍAS (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 0502 16, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 14 de febrero de 2017.