

**SENTENCIA Nº 581/2020**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 1299/18**

**ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:**

**PRESIDENTA:**

**D<sup>a</sup>. CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ-VIREL**

**MAGISTRADOS:**

**D. MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES**

**D. DAVID GÓMEZ FERNÁNDEZ**

**Sección Funcional 3<sup>a</sup>**

---

En la ciudad de Málaga, a veinticinco de mayo de dos mil veinte.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 1299/2018, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. De los Ríos Santiago, en representación de la mercantil MILLENIUM INSURANCE COMPANY LTD, asistida por el Letrado Sr. Bolinches Palomo, contra la Sentencia número 133/2018, de 6 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 3 de Málaga en el seno del procedimiento ordinario 448/2017; habiendo comparecido como apelado el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Berbel Cascales y asistido por el Letrado Sr. Verdier Hernández, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. David Gómez Fernández, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación de la mercantil MILLENIUM INSURANCE COMPANY LTD se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición intentado contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga en su sesión ordinaria celebrada el día 2 de junio de 2017, mediante el que se ordenaba ejecutar la garantía definitiva constituida en su día por la empresa "Hexa Servicios y Obras SLU" mediante certificado de seguro de caución nº 201100322 de la entidad



Millenium Insurance Company LTD, la cual ascendía a 100.185,93 euros, en la cuantía necesaria para afrontar los gastos que supusieren la realización por el Ayuntamiento de las reparaciones del terreno de juego, ascendentes a un total de 30.349,01 euros, según valoración realizada por el Área del Deporte; así como que el contratista, una vez ejecutada la garantía definitiva en los términos referidos, procediese a reponer aquella en la cuantía de 30.349,01 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 3 de Málaga dictó, en el recurso contencioso-administrativo tramitado con el número de Procedimiento Ordinario 448/17, Sentencia de fecha 6 de abril de 2018, por la que se desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto, con expresa condena en costas a la recurrente.

**TERCERO.-** Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la mercantil Millenium Insurance Company LTD, en el que se expusieron los correspondientes motivos. Aquel fue admitido a trámite, dándose traslado del mismo al resto de partes procesales, oponiéndose a la estimación del recurso la representación procesal de; remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

**CUARTO.-** No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia recurrida acordó desestimar el recurso formulado frente a la ficción desestimatoria aludida en el primero de los antecedentes de hecho, al entender, en síntesis, que la resolución administrativa originariamente recurrida resultaba ajustada a derecho. A tal efecto sostuvo que, de un lado, y en contra de lo sostenido por la parte actora, la resolución originariamente impugnada da respuesta a las alegaciones formuladas por la apelante en el escrito presentado el 17 de abril de 2017 (especialmente a la supuesta necesidad de resolver el contrato por causa de declaración en concurso de acreedores del contratista y la pretendida existencia de defectos del proyecto que dieron lugar a los detectados por la Administración al recibir la orden), señalando a este respecto los apartados séptimo y vigesimosegundo de la resolución y a sus expositivos decimoquinto a vigesimoprimeros. De la misma forma, rechazó que la declaración de concurso del contratista comportase necesariamente la resolución del contrato, oponiendo que tal obligación únicamente nace en el momento en que se produce la apertura de la fase de liquidación (citando a tal efecto los párrafos segundo y séptimo del artículo 207 de la Ley de Contratos del Sector Público); siendo, por tanto, hasta este momento meramente potestativa la resolución o, como alternativa,



la continuación del contrato si se prestasen las garantías suficientes para su ejecución. Y a lo anterior añadía que el contrato ya había sido completamente ejecutado en el momento en el que se declara a la contratista en concurso (pues las obras se recibieron el 3 de junio de 2011), circunstancia que impedía su resolución (el contrato únicamente se encontraba en plazo de garantía). Por último, rechazó que los defectos para cuya reparación se acordó la ejecución de la garantía se originasen a consecuencia de un incorrecto proyecto municipal -como consecuencia de no haber previsto una pendiente adecuada que evitarse la acumulación de agua bajo el césped-; sino que, por el contrario, respondieron a una deficiente ejecución de las obras.

La parte apelante se alza frente a dicha resolución oponiendo, en resumen, que el Juzgado a quo no ha valorado de forma procedente la práctica de la prueba y los hechos no controvertidos, ya que, en contra de lo que se propugna en la Sentencia recurrida, la declaración concursal de la entidad contratista debió conllevar la resolución de los contratos formalizados por la Administración conforme "a la Ley de Contratos del Servicio Público" (sic), pues las garantías se ejecutan al considerar incumplida una obligación contractual establecida en la cláusula decimocuarta de los pliegos y la mejora contractual ofrecida. A ello añade que, a su juicio, el carácter potestativo de la resolución que se indica la Sentencia no puede justificar que la Administración pretenda "la continuidad del contrato y luego pretender fundamentar la resolución del mismo con base en una causa contractual diferente para que de tal modo (sic) evitar la imposibilidad de la incautación de la garantía que establece el artículo 208.5 (225) todo ello, salvo en el supuesto de que el concurso acreedores fuera declarado culpable"; razón por la que, a su juicio, la Administración debió haber acordado la resolución del contrato y la retención del "certificado de garantía" hasta tanto no se calificase el concurso de acreedores en la pieza de calificación correspondiente. En apoyo de su pretensión transcribe (dedicando ello gran parte de su escrito de recurso) una Sentencia dictada por el Juzgado de Lo Contencioso Administrativo de Palencia el 20 de noviembre de 2015 (en el recurso contencioso-administrativo 316/2014). Respecto de la cuestión atinente a los defectos que justificarían, según sostiene la Administración, la ejecución de la garantía; opone que la valoración de la prueba resulta incorrecta, pues, por el contrario, se deben a defectos del proyecto

Por su parte, por la representación de la Administración apelada se solicitó la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la Sentencia recurrida, que consideraba ajustada a derecho. Para ello sostuvo que, a su juicio, y tal y como recoge la Sentencia apelada, no procedía la resolución de un contrato ya cumplido -al haber sido recibidas las obras el 3 de junio de 2011- por el hecho de haber sido declarada la contratista en concurso el 3 de octubre de 2013; añadiendo que, aun cuando así lo fuese, tampoco se había procedido a la apertura de la fase de liquidación (momento hasta el cual la resolución tendría un mero carácter potestativo para la Administración). Igualmente sostuvo que la valoración probatoria realizada se llevó a cabo conforme a las reglas de la sana crítica, sin que pueda detectarse la existencia de conclusiones incongruentes, absurdas o arbitrarias. Y a todo lo anterior añade que la



crítica realizada la sentencia es meramente aparente, al regresar el recurso en una mera reiteración de los argumentos desplegados en la demanda.

**SEGUNDO.-** Sentados los términos en los que se suscita el recurso y la oposición, así como la fundamentación de la Sentencia apelada, se ha de comenzar la presente resolución (inviertiendo así el orden impugnatorio propugnado en el escrito de recurso) poniendo de manifiesto como son múltiples y reiterados los pronunciamientos de esta Sala respecto de los límites del recurso de apelación respecto del alegato concerniente al error en la valoración de la prueba practicada que el apelante imputa a la Sentencia apelada. En todos ellos se razona cómo, aun cuando la Sala adquiere con la formulación del recurso competencia para revisar la totalidad de las pruebas y decantarse por la valoración más ajustada a derecho (esto es, que ostenta plena jurisdicción para revisar la observancia de los principios rectores sobre su carga y si la valoración conjunta del material probatorio por la Juez de instancia ha sido arbitraria o acertada), esta revisión ha de llevarse a cabo teniendo presentes los siguientes criterios jurisprudenciales:

a) La valoración de las pruebas practicadas con aplicación del principio de inmediación judicial es función básica del juzgador de instancia. Dicha valoración solo puede ser, pues, 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 (entre las recientes, sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de julio , 26 de septiembre y 3 de octubre de 2007, recurso de casación 3865/2003 , 9742/2003 , 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).

b) En el caso de la prueba pericial y testifical, 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 (entre las recientes, sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo con fechas de 30 de octubre , 7 y 13 de noviembre de 2007, recursos de casación números 6998/2003 , 6698/2004 y 6851/2004 , así como las reiteradamente citadas de 11 de marzo , 28 de abril , 16 de mayo , 15 de julio , 23 de septiembre y 23 de octubre de 1995 , 27 de julio y 30 de diciembre de 1996 , 20 de enero y 9 de diciembre de 1997 , 24 de enero , 14 de abril , 6 de junio , 19 de septiembre , 31 de octubre , 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998 y 30 de enero , 22 de marzo y 17 de mayo de 1999. Igualmente, las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo con fechas de 21 y 28 de febrero y 9 de octubre de

2003, dictadas, respectivamente en los recursos de casación números 2117/1997 , 2180/1997 y 4164/1997).

La parte apelante sostiene que la Sentencia apelada yerra al valorar el material probatorio practicado, señalando, en especial, el informe pericial aportado por aquella junto con su escrito de demanda (esto es, el confeccionado por el arquitecto técnico Sr. Rodríguez Gómez el 19 de mayo de 2016 -folios 51 a 64 de las actuaciones-) que, a su juicio, pondrían de manifiesto que los defectos apreciados por la Administración tenían su origen en una elaboración incorrecta del proyecto ejecutado y no en la defectuosa ejecución de aquel. Tal alegato no puede ser compartido, al desprenderse de la sola lectura del fundamento de derecho cuarto que el Jugador de instancia valoró y sometió el referido dictamen a crítica (a la luz de los informes municipales obrantes en el expediente), sin que se detecte por esta Sala que tal valoración incurra en arbitrariedad, incoherencia o contradicción alguna (ya por no atenerse a las máximas de la experiencia, ya por no ajustarse a criterios de lógica interpretativa, o ya cuando la crítica efectuada se realiza sustentándose en parámetros o criterios extravagantes). Por el contrario, las conclusiones alcanzadas en la Sentencia resultan lógicas y coherentes, razonándose de forma pormenorizada las razones por las que la pendiente reflejada en el proyecto y este mismo respetaba las normas técnicas y los márgenes tolerados por el Consejo Superior de Deporte. Lo que la parte pretende es, en definitiva, sustituir el imparcial criterio del Juzgador por el propio de aquella; pareciendo pretender, en definitiva, que el informe pericial que aportó se asumiese de forma acrítica en la Sentencia. No es este el proceder que esta Sala considera ajustado a derecho, como ya indicó en la Sentencia de su Sección Primera de 21 de noviembre de 2019 (recurso 455/18) , en la que al respecto expuso: *"El artículo 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ) , dispone que "el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" , lo que no significa otra cosa sino que las conclusiones de los peritos deben ser examinadas depurando sus razonamientos ( sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1.988 ) , ponderándose atendiendo a su fuerza convincente ( sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1.989 , 3 de octubre de 1.990 o 31 de mayo y 5 de junio de 1.991 , análoga de 30 de junio de 1.994 ) , y es que la prueba pericial no es una prueba tasada, sino de libre apreciación por el Tribunal según las reglas de la sana crítica ( sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1.991 ) . A este respecto, es ilustrativo el examen recopilatorio, basado en la jurisprudencia, que, sobre las reglas de valoración del dictamen de peritos, incluye la Audiencia Provincial de Vizcaya en su sentencia de 25 de mayo de 2005 , entra las que se encuentran, por una parte, la exigencia de una debida atención del tribunal a los razonamientos que contengan los dictámenes, y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, "...pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro (STS 10 de febrero de 1994)". Y, por otra parte, "...el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes (STS 28 de enero de 1995)". Considerando, asimismo, con cita de la sentencia del T.S. de 11 de mayo de 1981 , que "...la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside, esencialmente, no en sus*



*afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tener como prevalentes, en principio, aquellas afirmaciones o conclusiones, que vengan dotadas de una superior explicación racional"; y que, por ello, "...los informes periciales envuelven juicios técnicos, que los jueces pueden apreciar críticamente, sin quedar obligados o, mejor dicho, sin estar obligados a dar valor decisivo a un concreto dictamen (sentencias del T.S. de 10-2-1998 y 29-5-90)." Aplicando estos razonamientos al supuesto sometido a nuestra consideración, no puede sino concluirse que el recurso no puede prosperar por esta causa.*

**TERCERO.-** La otra causa en la que la parte sustenta su tesis impugnatoria es que la declaración concursal de la entidad contratista debió conducir a la resolución del contrato, ni que la Administración pueda dese entonces exigir el cumplimiento de una obligación contractual que venía impuesta en la cláusula decimocuarta, a consecuencia de la mejora contractual en su día ofrecida.

Tampoco ello va a conducir a la estimación del recurso. La apelante parte de una premisa errónea para sustentar su alegato: que, dado que el contrato era un "contrato de tipo o naturaleza mixta (obras más mantenimiento)", el mismo aún no se había ejecutado, por lo que Acuerdo originariamente impugnado acuerda incautar la garantía a causa -supuestamente- del incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento que se refleja en la cláusula 14º del contrato administrativo suscrito el 9 de febrero de 2011. Y basta dar lectura a los informes municipales obrantes en el expediente (que, en buena medida, se reproducen en el citado Acuerdo) para comprobar como las labores cuya ejecución le fueron requeridas a la contratista en el plazo de garantía desde la recepción (las que constan en el informe de la Dirección Facultativa de las Obras de 27 de abril de 2015) son ajenas a las propias del "servicio de postventa de mantenimiento" que debía desarrollarse semestralmente conforme a la cláusula 11ª del Pliego de Condiciones Técnicas Particulares (a.e. descompactación y descontaminación de los rellenos por medios mecánicos, redistribución por los mismos medios del caucho y la arena del relleno -incluyendo la aportación del granulado de caucho que resultase necesario-, aplicación de herbicidas, reposición de anclajes de porterías y banderines, puesta a punto de la instalación de riego, revisión de la instalación de iluminación...). Por el contrario, los defectos apreciados en los informes obedecen, según se ha expuesto en el fundamento previo, a una defectuosa ejecución de las obras de instalación de césped artificial en el terreno de juego del campo de fútbol (para cuya reparación se requirió a la adjudicataria, y no para que la misma llevase a cabo las labores de mantenimiento contractualmente comprometidas); obra ésta recibida el día 3 de junio de 2011. Consecuentemente, la garantía se incautó al amparo de lo dispuesto en el artículo 88 b) de la Ley de Contratos del Sector Público, respondiendo la misma de "los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato"; y no de los daños originados por el incumplimiento del "servicio de postventa de mantenimiento", como erróneamente se sostiene en el recurso.



Desde esta perspectiva no puede la Sala sino convenir con el argumento desplegado en la Sentencia apelada para rechazar el motivo impugnatorio: no puede acordarse la resolución de un contrato de obras ya cumplido (aun cuando el tiempo revelase que se ejecutó de forma defectuosa), pues el cumplimiento de aquel es causa de extinción del citado contrato administrativo (artículo 204 de la Ley de Contratos del Sector Público). Este cumplimiento se infiere de la existencia del propio acta de recepción antes citada, según se desprende de los dos primeros párrafos del artículo 205 de la Ley de Contratos del Sector Público; todo ello, claro está, de la posible ejecución de la garantía por los defectos de ejecución puestos de manifiesto en el periodo de garantía. Lo que sucede es que, a tal efecto, es necesario dirigir previamente un requerimiento al contratista para que aquel repare los referidos defectos sin que sea atendido. Y ello aconteció, como se desprende de la sola lectura del Acuerdo municipal de 2 de junio de 2017. Todo ello conduce a la íntegra desestimación del recurso de apelación.

**CUARTO.-** La confirmación de la resolución recurrida, trae aparejada la imposición de costas al apelante por imperativo del artículo 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, hasta el límite de 1.000 euros que se fija en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 139.4 de dicha Ley Reguladora.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

#### **FALLAMOS**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de , confirmando la Sentencia recurrida de fecha 6 de abril de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de Málaga en el procedimiento ordinario 448/2017, todo ello con expresa imposición de costas a la parte apelante, hasta el límite de 1.000 euros.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Contra esa Sentencia cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos previstos en el artículo 89.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Firme que sea remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia para su ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-

