

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 477/2018**

**SENTENCIA NUMERO 241/2018**

ILMOS. SRES.  
PRESIDENTE:  
D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:  
D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ  
DÑA. PAULA PLATAS GARCÍA

En la Villa de Bilbao, a trece de julio de dos mil dieciocho.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 23 de abril de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 390/2016, en el que se impugna la Resolución de 8 de noviembre de 2016 del Ayuntamiento de Arrigorriaga de liquidación del contrato de obras de cubrición de zona de juegos infantiles en el parque Lehendakari Agirre.

Son parte:

- **APELANTE:** TRABAJOS ESPECIALES ZUT S.A., representada por la Procuradora Doña ISABEL SOFÍA MARDONES CUBILLO y dirigida por el Letrado Don JOSÉ FÉLIX FERNÁNDEZ LÓPEZ.

- **APELADO:** EL AYUNTAMIENTO DE ARRIGORRIAGA, representado por la Procuradora Doña PAULA BASTERRECHE ARCOCHA y dirigido por el Letrado Don JON VELASCO ECHEVARRÍA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por TRABAJOS ESPECIALES ZUT S.A. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia.

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a la otra parte para que en el plazo común de quince días pudieran 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 la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 5 de julio de 2018, 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.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La presente apelación impugna la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Bilbao de 23 de abril de 2018, que desestimó el R.C-A nº 390/2016, promovido por la sociedad mercantil ahora apelante frente a la liquidación del contrato de obra de "*cubrición de zona de juegos infantiles en el Parque Lehendakari Aguirre*", acordada por el Ayuntamiento de Arrigorriaga mediante Decreto de la Alcaldía de 8 de Noviembre de 2016, que, partiendo de 26.301,45 €, cifraba como cantidad pendiente a favor de la contratista la suma **15.231,47 €**, de los que 6.133 € correspondían a la liquidación propiamente dicha; 7.352,99 €, a indemnización por resolución del contrato; y 1.745,39 € por perjuicios derivados de la previa paralización de la ejecución. Frente a esas cantidades, la mercantil contratista había defendido un total a abonar de 164.820,36 €, de los que, de la mayor partida, -133.166,93 €-, destacaba el concepto de "*gestión de residuos*" por importe de **79.440,35 €**.

En la primera instancia, en escrito de demanda formalizado a los folios 79 a 97 de los autos, se postulaba en pro de un diferencial de **121.325,65 €**, desglosado en las siguientes partidas; un total de obra ejecutada de 131.502,92 €; indemnización por resolución contractual de 3.923,99 €; e indemnización por paralización de obra de

12.200,19 €. Total de 147.627,10 €, que con compensaciones y abonos a cuenta quedaba cifrado en los citados 121.325,65 €.

De los numerosos conceptos sobre los que recaía inicial disconformidad, (aun cuando se mantenga en su integridad la pretensión de la instancia al folio 18 de este ramo), los que son materia de controversia en segunda instancia quedan circunscritos a los que ahora se señalan;

-Indemnización por los sueldos, dietas y otros costes del ingeniero y jefe de obra Sr. \_\_\_\_\_, que, dentro del concepto por perjuicios de paralización de la obra, se cuantificaban entre el 24 de febrero y el 15 de abril en 4.940,49 €, más 512,06 € de dietas, más coste de Seguridad Social de 1.808,23 €, en un total de 7.260,78 €.

-Liquidación por gestión de residuos (tierras excavadas), que, como hemos dicho, se habían cifrado en 79.380,41 € (más gastos generales del 19% e IVA).

-Un concepto adicional de 689,78 € sobre gestión de residuos pétreos.

En torno a estos tres puntos de controversia, -y no sobre otros que pudieron defenderse en vía administrativa o incluirse en la liquidación alternativa de la apelante pero que en ningún modo son objeto del debate de la segunda instancia y quedan fuera de su marco de examen en función del artículo 465.5 de la LEC ("*quantum appellatum tantum devolutum*"), van a resumirse seguidamente las diferentes perspectivas de las partes litigantes.

**SEGUNDO.-** La representación de "Trabajos Especiales Zut S.A" (o simplemente *Zut*), aborda el primero de ellos desde la óptica de que, de conformidad con el artículo 130.3 del Reglamento de la LCAP -Real Decreto 1.089/2001, de 12 de octubre-, se estaría ante un *coste indirecto* indemnizable, ya que dicho técnico continuó en exclusiva al frente de la gestión de la obra desde que se paralizó la misma el 24 de Febrero de 2.016 hasta que cesó en ella en abril de ese año para encargarse de otra obra en Portugal, lo que se acreditaría por el intercambio de correos electrónicos, por la misma manifestación del arquitecto municipal representante en la obra Sr. \_\_\_\_\_ por la *testifical* del propio Sr. \_\_\_\_\_, y hasta por una certificación de la propia gerencia de la Empresa.

La Sentencia apelada descarta ese concepto en el entendimiento de que era aplicable el artículo 130.2 de dicho reglamento sobre costes directos de mano de obra, que no se habrían ya producido ante la paralización total de la ejecución, a la vez que no constaba de modo fehaciente la dedicación exclusiva a dicha obra de tal técnico, faltando además dicha ejecución de obra.

Por su parte, el Ayuntamiento apelado niega todo valor acreditativo a dichos medios probatorios y destaca la manifestación de los técnicos al servicio de la Administración, Sres. \_\_\_\_\_; de que en la fase final de la obra el jefe de la misma por parte de *Zut* era Don \_\_\_\_\_. Se insiste en la inconsistencia de que teniendo la

actora su domicilio en la localidad de Arrankudiaga, (Bizkaia), se demanden las dietas por el desplazamiento de un empleado desde Pontevedra.

Sin embargo, este punto de ataque frente a la Sentencia apelada debe dar lugar a su esencial acogimiento.

La Sentencia recurrida vincula indebidamente el concepto indemnizatorio reclamado a unos costes de personal o mano de obra directos que serían indisociables de la ejecución de los "tajos" de la misma, para lo que alude al artículo 130.2 del reglamento de la LCAP aun aplicable, pero, fuera de ese contexto, omite toda estricta valoración de la prueba llevada a cabo en su conjunto sobre este particular.

Ciertamente hay elementos de convicción que no pueden resultar relevantes ni decisivos, como ocurre con la certificación del gerente de la propia contratista que sostiene la exclusividad durante dicho periodo, -doc. nº 3, al folio 112 de los autos-, y ello, por más que nadie haya discutido la autenticidad extrínseca del documento, -artículo 326 LEC-, porque se trata de elevar a rango documental lo que es mera manifestación de parte, y es esa una facultad certificante de la que los litigantes privados carecen. Algo similar ocurre con la declaración como testigo del propio Sr. [redacted] que en tanto afectado y dependiente laboral de la sociedad recurrente que no supera el nivel de las generales de la ley del artículo 367.1 LEC, no ofrece la menor garantía de imparcialidad y no puede ser positivamente valorada.

Ahora bien, dicho esto, hay elementos suficientes en las actuaciones como para dar por justificado que el ingeniero-jefe de obra Dor [redacted], se mantuvo al frente de ella durante el período (parcial) de suspensión de la misma que precedió a la definitiva resolución contractual, que es período temporal en que se cuenta con una documentación significativa que obra a los folios 233 a 257 de los autos, y que resulta normalmente expresiva y consecuente con el hecho de que, ante una suspensión de los trabajos que se decretaba como temporal por la Administración dueña de la obra, ese técnico no fuese apartado de su cometido y mantuviese el ejercicio de muchas de esas tareas de gestión, de las que dejan muestra los correos electrónicos unidos a las actuaciones.

Ello con más razón si la causa de la suspensión venía presidida por una novedad crítica afectante a la contaminación del suelo que imponía con urgencia su debida consideración y que condicionaba la viabilidad de la prosecución de los trabajos. Todo lo anterior resulta compatible con que, como indica la representación municipal, ese técnico hubiese sido ya sustituido por otro jefe de obra en la fase de liquidación del contrato, a la par que viene implícitamente a reafirmar que en el período de que se trata, -concluido a mediados de abril de 2.015-, era el tal Sr. [redacted] el que intervenía cotidianamente en lo que a la obra y sus problemas concernía.

En suma, este capítulo impugnatorio debe resolverse en sentido contrario a la Sentencia de instancia, si bien se hace eco la Sala de que las dietas por desplazamiento desde una localidad gallega, no son coste que deba incluirse en la liquidación, por responder a una situación puramente voluntaria, personalizada y no objetiva, basada en

puras razones de oportunidad de la mercantil recurrente, que no deben soportar a título indemnizatorio los terceros responsables del coste contractual.

Se cuantifica así dicho concepto en **6.748,72 € (7.260,78-512,06)**.

**TERCERO.-** En segundo lugar sostiene la representación de *Zut S.A* que la Sentencia del Juzgado de lo C-A nº 5 incurre en error en la valoración de la prueba respecto de la gestión de residuos de tierra excavados en la obra.

Se funda en que esa valoración es fragmentaria, en tanto que valora unas de ellas (Director de Obra y Arquitecto municipal), y no así las pruebas testificales y pericial practicadas a instancia de la actora a cargo de Don . . . . . (encargado de la obra), el citado Don . . . . . , (jefe de la misma) Don . . . . . , (gerente de la escombrera de Llodio, o, por último, del Licenciado en Biología Sr. T . . . . . , lo que es introducción que lleva a dicha parte a hacer cita extensa de su dictamen y de sus apreciaciones escritas y mediante comparecencia oral, para finalmente extraer las consecuencias acordes a sus tesis contrarias a la conclusión de la sentencia de que no se garantizaba que las tierras depositadas en el vertedero de Llodio procedieran de la obra en cuestión.

Aborda en este mismo bloque la cuestión relativa a la ausencia en el expediente del Acta de Replanteo de la obra, que lleva a la duda acerca del momento en el que se iniciaban los trabajos, de modo que defiende la idea de que ya el 29 de enero de 2.016 el referido perito tomó muestras en el relleno de Llodio de materiales procedentes de dicha obra.

Partiendo de todo ello, reitera su perspectiva impugnatoria de que, una vez aportados los DSC por la entidad *CESPA*, "*que acreditan la correcta gestión de dichos residuos*", no le cabe a la Administración oponerse al pago de ese concepto de gestión de residuos.

Por su parte, la representación del Ayuntamiento de Arrigorriaga comienza por exponer las doctrinas que obstan a que la valoración de la prueba hecha en primera instancia pueda quedar desvirtuada por la simple apreciación contraria de la parte impugnante, y seguidamente examina los documentos aportados por la firma recurrente para acreditar la gestión de las tierras, negándoles eficacia probatoria; según se dice, se aportaron dos tipos de DSC, los primeros referidos a los residuos de hormigón realmente trasladados los días 16 y 23 de Febrero de 2.016, y los albaranes de *CESPA* referidos a tierras supuestamente tratadas, y emitidos a partir de 28 de Julio de 2.016, tras cinco meses de paralización de la obra y que no acreditan en medida alguna la procedencia de la misma, por lo que el Ayuntamiento dueño de la obra no les ha dado valor de cara a su liquidación. Luego el informe pericial incluía un anexo 4 con certificación del centro especializado de Zalla, (*Cespa*) sobre la gestión de tierras procedentes de tal obra con una relación de DSC, (no aportados por la actora), y a lo que el Director de Obra ha negado valor en su testimonio, siendo así que el propio autor del informe pericial asume que no es posible establecer que las tierras trasladadas desde el vertedero al centro de tratamiento de

Zalla procedieran de la obra en cuestión. Niega asimismo toda relevancia a los albaranes internos sobre dicho traslado en fechas en que la obra ni siquiera se habría comenzado y que habrían de corresponder a otra obra o ser simplemente falsos.

Dado que en rigor lo que la parte recurrente está acusando es que la valoración de la prueba hecha en la instancia adolece de la suficiente motivación en tanto que no se toman en consideración todos los elementos de prueba objeto de práctica, nos vamos a centrar en esta vertiente inicial.

Como prolegómeno trasponemos el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que extraemos de la muy reciente STS, C-A Sección 3ª de 4 de Junio de 2.018 (ROJ: STS 2071/2018), en RC nº1269/2016, y que dice así;

"... alega que la sentencia carece de motivación porque no valora la pericial aportada por la parte en orden a considerar las circunstancias del caso de la recurrente, citando en su apoyo los artículos 24 y 120.3 de la CE .

Alude a que se aportaron al procedimiento distintas pruebas periciales que examinaron exhaustivamente el limitado seguimiento de las prácticas y la completa ausencia de efectos, elementos estos relevantes para el cálculo de la sanción; así menciona las dos siguientes:

- Informe sobre el "Mercado relevante y análisis de efectos en el sector de alquiler de coches en España", de fecha 5 de marzo de 2014, elaborado por (....).

- Dictamen Pericial Económico Forense emitido por el perito insaculado Don ..., de fecha 3 de octubre de 2014.

Pues bien, como hemos recordado en numerosas ocasiones (por todas sentencias de 23 de noviembre de 2015 -recurso de casación núm. 668/2014- y 23 de mayo de 2017 -recurso de casación núm. 3424/2014-), respecto a la motivación de la sentencia:

«Como se ha recordado en la sentencia de 29 de marzo de 2011 -recurso de casación núm. 3701/2009-, a la motivación de las sentencias se refieren los artículos 120 CE , 248.3 LOPJ y 218 de la Ley 1/2000 , de 7 de enero. En ninguna de las citadas normas ni en la interpretación que del artículo 24 CE ha efectuado el Tribunal Constitucional se ha declarado la existencia de una determinada extensión de la motivación judicial.

En la vigente LEC 1/2000 encontramos el artículo 218 relativo a la exhaustividad y congruencia de las sentencias así como la necesaria motivación. Tras sentar la necesidad de claridad, precisión y congruencia recoge que deben expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. Se contempla la consideración individual y en conjunto de los distintos elementos fácticos del pleito ajustándolos siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

Es tajante el Tribunal Constitucional en STC 36/2006, de 13 de febrero al declarar que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone *"una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial"*. Reputa suficiente que *"las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores*

*de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi"* (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4). Pues "la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los Jueces y Tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas" (ATC 307/1985 de 8 de mayo)."

Más específicamente se ha referido el TS a tales omisiones de valoración en Sentencias como la de 5 de noviembre de 2015 (ROJ: STS 4620/2015) en Casación nº 2446/2014, en la que señala que;

"Por su parte, esta Sala y Sección en su sentencia de 14 de julio de 2003, recurso de casación 6801/99, ha afirmado que *"la falta de razonamiento expreso sobre el contenido de un informe pericial no siempre es suficiente para considerar que la sentencia incurre en defecto de motivación"*; y en la de 19 de abril de 2004, recurso de casación 47/2002 ha mantenido que *"la falta de consideración expresa de un determinado medio de prueba no es por sí suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación"*. Y aquí la Sala expresa las razones por las que no acepta parte del dictamen pericial".

Hecho este breve resumen de la controversia expuesta ante esta Sala en torno a este tema central del litigio, lo primero que convendría hacer es alguna precisión sobre el modo en que los numerosos, y a veces muy confusos elementos de convicción probatoria, se han valorado en este caso por el Juzgado "a quo".

Entiende la Sala que, si no una infracción sustancial en la materia, la resolución recurrida aqueja ciertas insuficiencias de motivación y exhaustividad, en la medida en que, pudiendo hacer una valoración de conjunto de todos ellos y contando con elementos y reglas procesales que permitirían acaso restar gran parte de su valor a los medios probatorios propuestos por la parte actora *Zut, S.A.*, opta, sin mayores explicaciones, por asignar un valor privilegiado a una prueba personal, -la del Director de Obra-, que podía igualmente merecer algunas objeciones (no digamos ya la del Sr. Arquitecto municipal), del mismo modo que la puramente autorreferencial y de cariz doméstico que la actora ofrecía en base a sus propios empleados y directivos.

Ciertamente, se trata en este caso de una dirección de obra concertada con una firma externa al Ayuntamiento ("*I.Ingenia, S.L.*"), para la que el Sr.                      prestaría sus servicios, y no falta por ello la más primaria condición de tercero que garantice la validez de su testimonio. Ahora bien nada de ello aleja suficientemente su posición de la de las personas claramente vinculadas a los efectos de su imparcialidad a una de las partes conforme al ya citado artículo 367.1, (apartados 3º y 4º en especial), y en todo caso, su intervención en el proceso con sesgo de perito dirimente que incluso lleva a la parte que lo propone a pretender decidir la apreciación de las pruebas documentales presentadas de contrario conforme al criterio de dicho técnico, carece de la menor viabilidad y potencialidad resolutive.

Y aunque la Sentencia no atribuya un papel decisorio al perito de parte que emitía informe a nombre de "*Dinam*" (Don                      ) obrante a los folios 115 a 123 de los autos, lo que se destaca es que la primera parte de su dictamen, más que una directa

aplicación de conocimientos científicos o técnicos, ofrecía un cariz mixto de informe sobre "*hechos comunes*", en los que el experto en biología ofrecía el relato que había protagonizado a instancia del Ayuntamiento cuando la presencia de sustancias contaminantes (fuel) había sido detectada como consecuencia de la excavación. Por ello, aunque el informe aporte datos muy ilustrativos y cuente con un rigor expositivo incuestionable y digno de toda alabanza, el papel del citado Sr. \_\_\_\_\_ iba a quedar finalmente más reconducido al de un testigo propuesto por la parte actora (o *testigo-perito* del artículo 370 LEC), que al puramente técnico y pericial.

Por tanto, si esta Sala aprecia una cierta laxitud en la resolución de instancia a la hora de valorar motivadamente el material probatorio de acuerdo con las reglas procesales oportunas, se trata de verificar seguidamente si el conjunto de medios y diligencias de todo orden incorporadas a las actuaciones permite extraer una conclusión de signo contrario a la que la Sentencia se adscribe.

**CUARTO.-** Dicho esto, por ser dudoso en el caso enjuiciado, lo es hasta la fecha en que se produjo el comienzo de la ejecución de la obra, una vez que el Ayuntamiento (o sus agentes en la misma) afirman que el Acta de Replanteo se producía el 1 de febrero de 2.016 y tal documento, sin que se ofrezca explicación satisfactoria alguna, *ni consta ni parece existir o haber existido.*

En este sentido, la Administración debe correr con las consecuencias negativas de esa omisión, pues aunque la manifestación del Director de Obra pueda ser plausible, tampoco dejan tales testigos apuntada cual sea la razón de su certeza al respecto. Esta situación es tanto más controvertible cuando a veces se solapa la fecha de esa actuación documentada de comprobación del replanteo legalmente prevista -artículo 229 del TRLCSP-, con la referencia a la fecha de una primera reunión de los intervinientes.

Aun así no puede darse por acreditado que en fechas algo anteriores o coincidentes con esa, -sostiene la apelante que el testigo-perito habría examinado ya materiales en el vertedero de Altogarate (Llodio) el 29 de Enero de 2.016-, se hubiese procedido a la evacuación de las tierras ya excavadas con anterioridad al hallazgo del depósito de hidrocarburos, pues el propio informe pericial, en su parte recapitulatoria, establece otra secuencia temporal distinta que la que permitiría tener por acreditado que ya a finales de enero de 2.016 se hubieran evacuado tierras a dicho vertedero.

En efecto, el informe escrito adjunto al escrito de demanda en su parte de "*Antecedentes*" -folios 116 y 117-, aun sin gran precisión de fechas, encadena temporalmente diversos hitos que resultarían previos o, al menos, no posteriores a su primer contacto profesional con la materia. Se dice así que los "*severos indicios de contaminación*" advertidos en la ejecución de la obra se comunicaron al órgano ambiental de la CAPV el **15 de marzo de 2.016**, paralizándose la actividad, y que "*ante esta circunstancia*" el Ayuntamiento se pone en contacto y contrata los servicios de DINAM INGENIERIA S.L.



Pues bien, dicho esto, y por más que conste con notable certeza que la orden de paralización de obra se había producido ya el 24 de febrero de ese año, carece de la menor razonabilidad sostener que el Sr. realizara ya un seguimiento y exploración personal de los residuos en el referido vertedero en fecha del previo **29 de enero**, conclusión que se corrobora con los correos electrónicos de los folios 233 y siguientes en que se alude a que el Ayuntamiento "*va a contratar*" a esa firma, que nunca llevan fecha anterior al referido 24 de febrero. La conclusión debe ser, por tanto, que el pie de la foto del folio 118, dentro de ese informe, no se refiere a la fecha de la captación de la imagen, sino a la fecha *putativa* del depósito que al perito se le había indicado por quienes hasta allí le condujeron.

Y como toda esta disquisición viene a cuenta de que la parte apelante pretende acreditar una segura coincidencia entre residuos, volúmenes y origen de los mismos, que dé consistencia a una encadenada y regular gestión de los mismos, lo que se califica como *albaranes* de entrega de esos residuos que advienen al proceso en momento procesal no inicial ni idóneo -f. 293 a 297-, carecen de toda fuerza acreditativa por no ser sino documentos internos de la propia *Zut, S.A* que no ofrecen la menor certeza ni fehaciencia ni sobre el hecho ni sobre su fecha, en consonancia con el sentido general unilateral y subjetivo de la prueba que dicha parte procesal protagoniza.

Si este es el resultado infructuoso de la prueba formal, (fuera quedan otras hipótesis de evacuación y traslado clandestino y con intenciones fraudulentas), la desconexión con el material excavado en la obra en ejecución de Arrigorriaga resulta difícilmente superable. Es de notable probabilidad que la tierra excavada en los trabajos del parque infantil en cuestión (calificada por el perito como "*residuo inerte*") fuese depositada total o parcialmente en el vertedero en cuestión y más tarde derivada al centro de residuos no peligrosos de *CESPA* en la localidad de Zalla, pues, en todo caso, a algún lugar hubo de ser trasladada y la Administración demandada no ofrece ninguna alternativa al respecto, pero ni en la mejor de las hipótesis se satisfacen las exigencias contractuales relativas a originar una prestación económica por la gestión que así se caracteriza.

En efecto, en el Cuadro de Precios del Proyecto formulado por la ingeniería arriba mencionada -f. 99 a 108 de los autos-, el capítulo 11.3 se centra en la gestión de residuos de la construcción de naturaleza potencialmente peligroso o inerte, "**incluso selección, acopio y almacenamiento, transporte a planta de tratamiento o vertedero autorizado, canon y fianza**", a razón de 238,63 € por m<sup>3</sup>, y mal podría darse por justificado el abono de ese precio a la contratista por suma de 329,76 unidades, si todo lo que consta más o menos acreditado en las actuaciones en que, sin segura correspondencia con la obra en cuestión, pudo trasladarse y depositarse en un vertedero no autorizado una cantidad de 180 m<sup>3</sup> entre el 27 de enero y el 28 de julio de 2.016, por precio de 1.923,9 € -que consta en una factura sin firmar ni sellar aportada como documento nº 2 al folio 298 y emitida por persona física sin clara identificación con dicho vertedero no autorizado-, pues aunque luego se siguiese un procedimiento regular de traslado a una planta homologada al efecto conforme a los llamados DSC que el informe del perito adjunta y con certificación de su responsable, -folios 143 a 232 de los autos-, ni el origen ni los volúmenes pueden tenerse por acreditados, con la consecuencia derivada e inexorable de

que decaiga el motivo de impugnación referido a este extremo de liquidación de obra.

**QUINTO.-** Por último, se plantea a los folios 17 y 18 de este ramo, un motivo del recurso suscitado en la instancia, que, por alegada causa de incongruencia, no habría sido examinado ni resuelto por el Juzgado "a quo".

Da réplica la representación apelada, -folio 45-, afirmando que la gestión de los residuos pétreos (incluido hormigón) se abonó con cargo a la partida 1.1.14 (sic) de "carga y transporte a vertedero de escombros" por importe de 664,14 € y no procede pagarla adicionalmente en base a otro capítulo.

La eventual incongruencia incurrida no tendría otra consecuencia procesal que la del examen de ese punto o cuestión omitida por parte del Tribunal de apelación, y para formarse juicio al respecto, (y sin que la parte apelante conduzca a la Sala al lugar argumentado donde dicho motivo se desarrolló), se ha revisado el escrito rector del proceso, y lo que se localiza primeramente es una inclusión de sus tesis jurídico-contractuales en la parte de Hechos de tal demanda, ("residuos pétreos", al folio 86), intercalada en el resumen de la controversia, y que luego viene a completarse con la referencia a que esos residuos gestionados por "Prosinor Ugarte", de acuerdo con el criterio del perito de parte actora, (documento nº 4), deberían incluirse en el epígrafe 11.3 de "gestión de residuos" por ser la partida de precios de obra destinada al efecto.

La cuestión así planteada carece de base inicial en esta segunda instancia pues, contra lo que se dice, la Sentencia recurrida se pronunció sobre dicho extremo en su F.J. Tercero, -folio 25 de este ramo-, desde la perspectiva de dar por abonada la gestión de los residuos de hormigón en base a los Documentos de Seguimiento y Control -DSC- aportados por la contratista a los folios 137 a 162 del e.a, lo que venía a coincidir con el criterio del Ayuntamiento demandado -f. 280 de los autos-, que daba por abonada la gestión de tales residuos a razón de 5,43 €/m<sup>3</sup>.

La parte actora ha desarrollado el argumento implícito en contra de ese efectivo abono de que la partida de precios descompuestos del apartado 1.12 no incluye el canon ni la gestión de 2 €/m<sup>3</sup> del capítulo 11, más allá de hacer alusión al criterio del dictamen de Perito Biólogo en la interpretación de esos documentos contractuales.

En este punto el contraste entre ambas partidas de precios permite apreciar que la descripción del apartado 1.12 abarca canon de escombrera y vertido, además de carga y transporte a vertedero, a un precio de 5,43 €, mientras que la del apartado 11.1, cifra en 2 € una actividad de gestión que engloba conceptos que ya se encuentran incluidos en la primera fórmula, como el acopio y transporte a vertedero autorizado y el canon.

La consecuencia es que ambos precios no pueden ser aplicados de manera acumulativa como parece pretender la parte apelante, y que, incluso, la opción por la regla que considera más idónea según el dictamen pericial que adjunta, conduciría a un resultado "in peius" si hubiese de depurarse de lo que ya se le ha reconocido y abonado. La clave se encuentra en la calificación algo ambigua como "residuo pétreo" o como

"*escombros y sobrantes de la excavación*". Acaso la primera de ellas resulte en efecto más técnica y actualizada, pero la contratista de la obra pública no puede pretender con éxito ser retribuida por ambas de manera concurrente y acumulativa.

**SEXTO.-** Con la estimación parcial del recurso que procede, no ha lugar a una preceptiva imposición de costas ni en la primera ni en la segunda instancia, -artículo 139.1 y 2 LJCA-.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala (Sección Primera) emite el siguiente,

### F A L L O

**ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA EN REPRESENTACIÓN DE "TRABAJOS ESPECIALES ZUT, S.A" CONTRA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE BILBAO DE 23 DE ABRIL DE 2.018, QUE DESESTIMÓ EL RECURSO Nº 390/2016, INTERPUESTO CONTRA DECRETO DE LA ALCALDIA DEL AYUNTAMIENTO DE ARRIGORRIAGA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2.016, QUE APROBABA LA LIQUIDACIÓN DE LA OBRA ARRIBA INDICADA CON SALDO PENDIENTE DE ABONO A FAVOR DE LA CONTRATISTA DE 15.231,47 EUROS, Y CON PARCIAL REVOCACIÓN DE LA SENTENCIA APELADA, ESTIMAR EN PARTE EL RECURSO JURISDICCIONAL INTERPUESTO POR DICHA MERCANTIL FRENTE A LA CITADA LIQUIDACIÓN, CON ADICIÓN A DICHO SALDO PENDIENTE DE LA SUMA DE 6.748,72 EUROS EN EL CONCEPTO QUE SE DEDUCE DEL F.J. SEGUNDO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN, CON DESESTIMACIÓN EN CUANTO A LOS DEMÁS PEDIMENTOS Y PARTIDAS, Y SIN HACER IMPOSICIÓN DE COSTAS EN NINGUNA DE LAS INSTANCIAS.**

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 0477 18, 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 dejará testimonio completo en el presente ramo de apelación nº 447/2018, 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 13 de julio de 2018.