

Roj: **SJCA 41/2015** - ECLI: **ES:JCA:2015:41**Id Cendoj: **41091450112015100001**Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**Sede: **Sevilla**Sección: **11**Fecha: **16/04/2015**Nº de Recurso: **371/2011**Nº de Resolución: **86/2015**Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **MARIA DE LAS MERCEDES ROMERO GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

NUMERO 11 DE **SEVILLA**.

Procedimiento Ordinario 371/11

SENTENCIA nº 86/15En **Sevilla** a dieciséis de abril de dos mil quince.

La Ilma. Sra. DOÑA MARIA DE LAS MERCEDES ROMERO GARCÍA Magistrada del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 11 de **Sevilla** habiendo visto los presentes autos de procedimiento ordinario 371/11 que ante este Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, ha promovido la entidad **METRO DE SEVILLA SOCIEDAD CONCESIONARIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA SA** representada por el Procurador SR. MANUEL MURUVE PÉREZ y defendida por el Letrado SR. JOSÉ LUIS ZAMARRO PARRA, frente a LA AGENCIA DE OBRA PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA representada por el Procurador SR. RAFAEL CAMPOS VÁZQUEZ y defendida por el Letrado SR. ÁLVARO SUAN MEJÍAS. La cuantía se ha fijado en 145.704.576 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la representación procesal del demandante se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria, por silencio administrativo, de la solicitud formulada en fecha 4 de febrero de 2011 ante la Agencia de Obra Pública de la junta de Andalucía en la cual se solicitaba se declarara: a) que la causa eficiente o determinante del retraso en la puesta en servicio de la infraestructura ha sido la actuación de la administración; b) el derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión mediante la compensación de la totalidad de los sobrecostos y demás perjuicios derivados del retraso sufrido y estimados en 145.704.576 ; y c) que se declare la prórroga del contrato de concesión por el tiempo necesario para compensar a la concesionaria por el retraso en la puesta en marcha completa del servicio, la vista de la imputabilidad del retraso la administración concedente.

Posteriormente se ha ampliado el recurso a la resolución expresa de fecha 5 de diciembre de 2011 dictada por el Director Gerente de la Agencia de Obra Pública de la junta Andalucía que desestima la anterior solicitud.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo del que se dio traslado al recurrente, en el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando la estimación del recurso y que, por esta juzgadora, se declare:

1º la invalidez de la resolución dictada con fecha 5 de diciembre de 2011.

2º la plena imputabilidad de las ampliaciones de plazo a las modificaciones decretadas por el concedente y al cumplimiento tardío de su obligación de poner los terrenos a disposición del concesionario, de manera que la causa eficiente o determinante del retraso en la puesta en servicio de la infraestructura ha sido la actuación de la administración, aun admitiendo la licitud de dichas modificaciones.



3º el reconocimiento de la situación jurídica individualizada resultante y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento consistentes en:

- a) condenar a la demandada a abonar a la recurrente la suma de 145.704.576 por los sobrecostes de la mano de obra, la maquinaria, el hormigón y los gastos generales soportados como consecuencia del retraso en la ejecución de las obras ajeno al concesionario.
- b) condenar a la administración a abonar a la recurrente los intereses legales desde el 8 de octubre de 2009 hasta la fecha de su completo pago.
- c) prorrogar el contrato de concesión por el tiempo equivalente al retraso sufrido en la puesta en marcha completa el servicio, a la vista de la imputabilidad del retraso a la administración concedente, por lo que deberá extenderse el periodo concesional en 42 meses, que es el retraso incurrido desde la fecha inicialmente prevista para la puesta en marcha del servicio (26 de mayo de 2006) y la fecha en que finalmente se puso en servicio (23 de noviembre de 2009). Esto es, el periodo concesional deberá extenderse hasta el 24 de diciembre de 2041.
- d) ordenar la formalización de la modificación del contrato de concesión de acuerdo con el nuevo plazo contractual mediante la firma de una adenda modificativa al mismo.

TERCERO.- La representación de la administración demandada contestó a la demanda mediante la presentación de su correspondiente escrito, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Fijada la cuantía del recurso se acordó el recibimiento a prueba, proponiéndose y practicándose las que constan en autos y, una vez presentados los escritos de conclusiones, fue declarado el recurso concluso para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la resolución desestimatoria, por silencio administrativo, de la solicitud formulada en fecha 4 de febrero de 2011 ante la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía y la resolución expresa de fecha 5 de diciembre de 2011 dictada por el Director Gerente de la Agencia de Obra Pública de la junta Andalucía que desestima la anterior solicitud en la cual se solicitaba se declarara: a) que la causa eficiente o determinante del retraso en la puesta en servicio de la infraestructura ha sido la actuación de la administración; b) el derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión mediante la compensación de la totalidad de los sobrecostes y demás perjuicios derivados del retraso sufrido y estimados en 145.704.576 ; y c) que se declare la prórroga del contrato de concesión por el tiempo necesario para compensar a la concesionaria por el retraso en la puesta en marcha completa del servicio, la vista de la imputabilidad del retraso la administración concedente.

SEGUNDO.- Manifiesta la recurrente, en su escrito de demanda, que en la ejecución del contrato de concesión para el diseño, la construcción y explotación de la línea 1 Interurbana-**Metro de Sevilla**, que tenía una fecha prevista para la puesta en servicio el 26 de mayo de 2006 (plazo de tres años para la ejecución de las obras) y un presupuesto total de inversión de 428.546.627 , se han producido toda una serie de incidencias que han retrasado la ejecución del contrato e irrogado importantes sobrecostes al concesionario en su ejecución.

Asimismo, manifiesta que la administración considera en la resolución recurrida que los sobrecostes incurridos por los retrasos no deben ser objeto de compensación porque considera que el retraso es imputable al concesionario y no a la administración y el sobrecoste no resulta probado porque el cálculo se ampara en estimaciones y fórmulas de revisión de precios.

Manifiesta la actora que, en virtud de Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de fecha 20 de mayo de 2003 se adjudicó el contrato de concesión y con fecha 24 de junio de 2003 se otorgó el documento de formalización del contrato de concesión para la construcción y explotación de la línea 1 interurbana-**Metro de Sevilla** en el que se incluían como prestaciones anejas la redacción del proyecto y adquisición del material móvil.

Según el contrato de concesión, la concesión de la línea de **metro** tenía una única fecha de entrada en funcionamiento y, por tanto, un único plazo que debía ser cumplido en la construcción de la obra para, dentro del plazo único, iniciar la explotación de la totalidad de la línea en fecha 26 de mayo de 2006.

Ello no obstante, la puesta en servicio de las obras se ha producido en fecha 2 de abril de 2009 para los tramos 0 y 1, excluida la estación Puerta Jerez, y tramo 2 hasta la estación Condequinto.

En fecha 16 de septiembre de 2009 para la estación Puerta de Jerez.



En fecha 23 de noviembre de 2009 para tramo 2 entre estaciones de Condequinto y Olivar de Quintos.

Por otro lado, manifiesta, que la administración ha modificado parámetros económicos del contrato de concesión para favorecer su estabilidad económica, reconociendo así la existencia del desequilibrio y la procedencia de restablecerlo acordando las oportunas compensaciones al concesionario. Estas modificaciones han incluido anticipos a cuenta sobre pagos futuros del parámetro, elevación de la subvención del 33 al 55% de la inversión ejecutada con efectos retroactivos desde el comienzo del contrato, ciertas partidas de inversión del régimen de remuneración del precio final reconocido mediante el abono al concesionario de subvención por el 100% de las mismas y aprobación de una actualización del modelo económico financiero con la modificación de los parámetros básicos contractuales y que contempla la ampliación del plazo del contrato de concesión hasta el año 2040.

En cuanto a las principales modificaciones realizadas en el proyecto manifiesta que la administración ha acordado un número extraordinariamente elevado de modificaciones, 47 en concreto, de una trascendencia indubitada tanto en traza como en presupuesto de manera continua y desorganizada. Que todo ello ha acaecido bien por propia iniciativa de la administración o bien a petición de diversas instituciones como la Universidad de **Sevilla**, el ayuntamiento de San Juan de Aznalfarache, el Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe, el Ayuntamiento de **Sevilla**, la Delegación de Cultura de la Junta de Andalucía, RENFE, la Universidad Pablo de Olavide, el Ayuntamiento de Dos Hermanas, y la Confederación del Guadalquivir.

Ello ha supuesto numerosos cambios en el trazado del tramo 0 en varias localizaciones, la construcción de un nuevo viaducto exclusivo para el **metro** ante las deficiencias del anteproyecto inicial que preveían el uso de un puente que no era apto, cambio de ubicación de distintas estaciones, modificaciones en el trazado etc.

Como resultado de lo anterior, la administración solicitó la elaboración de proyectos de obras complementarios los cuales fueron realizados y entregados por la concesionaria.

En definitiva, manifiesta la recurrente, que todas estas modificaciones impuestas han impedido, por sí mismas, al margen de cualquier otro factor, la puesta en servicio de la línea 1 en plazo y han provocado por sí solas, de forma directa retrasos imputables a la administración.

Que con motivo de todos estos cambios la concesionaria interpuso en su momento recurso contencioso administrativo frente a la administración del cual se desistió, ya que las partes negociaron y alcanzaron acuerdos de restablecimiento del equilibrio, reconoció la administración el deber de compensar por los mayores costes, lo que permitió sobre la base de la confianza en dichos acuerdos dicho desistimiento y continuar incurriendo en los gastos derivados de las obras para cumplir la nueva fecha de puesta en servicio fijada por la administración.

Manifiesta que dichos acuerdos adoptados suponen el reconocimiento por la administración de su deber de soportar los sobrecostes que ahora se reclaman y acreditan, además, la invalidez de la resolución recurrida.

Por último, manifiesta, que la resolución es inválida, por vulneración del régimen del iusvariandi y de los incumplimientos contractuales, que obligan a la administración a la compensación íntegra por las modificaciones impuestas por la administración y el incumplimiento en la entrega de los terrenos necesarios para la ejecución del contrato y además, por vulneración de la doctrina de los actos propios y los principios de buena fe y confianza legítima.

Por su parte la administración manifiesta que la resolución dictada se ajusta perfectamente a derecho, que dicha resolución viene avalada por el dictamen del Consejo consultivo de Andalucía de fecha 23 de noviembre de 2011.

Asimismo, manifiesta que es consustancial al contrato de concesión con relación a proyectos de ejecución de obras que la redacción de los proyectos, la construcción de las obras y la explotación del servicio se realiza a riesgo del concesionario, que la relación del proyecto de construcción es una obligación contractual del concesionario, que el concesionario es el único responsable del contenido técnico del proyecto de construcción y asume íntegramente la responsabilidad del resultado final de las obras.

Que la mayor parte de los retrasos sufridos han sido imputables exclusivamente a la sociedad concesionaria y, que la administración ha reparado y restablecido a través de los distintos acuerdos y negociaciones producidas durante la ejecución del contrato el equilibrio en aquello que le ha sido imputable, de modo que la administración Concedente, más allá del equilibrio restablecido, no ha incurrido en ninguna causa de responsabilidad, así como que tampoco le es imputable responsabilidad alguna.

Por otro lado, manifiesta que no se acredita por el concesionario daño alguno ni cantidad debida por este o ningún otro concepto y que la indemnización de daños y perjuicios que deberán corresponder al concesionario,



en cualquier caso, debería determinarse mediante acreditación y prueba específica, y no mediante la aplicación de fórmulas y porcentajes sobre el volumen de inversión.

TERCERO.- Una vez expuesto el resumen de los hechos y las alegaciones de las partes, hemos de determinar si en la ejecución del contrato ha habido un retraso imputable a la administración que deba ser compensado o bien, si concurre un retraso imputable al concesionario que exima del pago, o si dichos retrasos deben ser soportados como consecuencia del principio de ejecución por ventura y riesgo del concesionario y, en su caso, en que forma debe ser realizada dicha compensación.

Es evidente que la cuestión a dilucidar es una cuestión eminentemente técnica y compleja y, en consecuencia, apartada de los conocimientos que posee esta juzgadora. Por ello debemos basarnos en los distintos informes periciales existentes en el presente procedimiento, fundamentalmente el informe pericial judicial, al que después haremos referencia, así como también, la diferente documental y testificales practicadas en el presente procedimiento.

En primer lugar, esta juzgadora entiende acreditado el reconocimiento, a lo largo del procedimiento de ejecución del contrato, realizado por la administración de que el retraso era imputable a la misma, al menos en cierto porcentaje, fijando una determinada responsabilidad en relación a los sobrecostes e, incluso, reconociendo el criterio para el cálculo de los sobrecostes de las fórmulas legales de revisión de precios.

Esto se deduce de los distintos correos que figuran aportados al procedimiento en el escrito de demanda, ratificados dentro del procedimiento mediante las declaraciones testificales del señor Edemiro y Inocencio. La veracidad y la autenticidad de dichos correos también han sido recogidos en la sentencia dictada por el Juzgado contencioso administrativo número siete de **Sevilla** (procedimiento ordinario 372/2011), en el que la parte recurrente solicita una compensación a la administración, también por el retraso imputable en la ejecución del contrato que es objeto del presente procedimiento, en relación al incremento extraordinario del precio del acero. En dicha sentencia se establece: "Así, se han acreditado a través de pericial la autenticidad y veracidad de los correos electrónicos (docum nº 1, 3 y 4 de la demanda) en que la Administración intercambia documentos e información que exteriorizan el alza extraordinaria del precio del acero con posterioridad a mayo de 2.006 y a través de Prueba Informática Pericial de fecha 13/09/12 emitido por INCIDE Investigación digital, S.L. (docum nº 42 de la demanda) que fue ratificado a presencia judicial por el perito d. Paulino, concluyendo que carecen de cualquier indicio que haga dudar de su autenticidad.

Del mismo modo se ha acreditado que a través de Carta de d. Edemiro a d. Inocencio, (documento nº 2 de la demanda) en que dice, en la que igualmente se viene a reconocer la intención de llegar a un acuerdo entre las partes, siendo entre otros los perjuicios alegados por **Metro de Sevilla**: "...repercusión por la subida extraordinaria experimentada por los precios del acero". Que ha sido ratificada en prueba testifical por el mismo, confirmando su autenticidad y realidad.

De lo cual se desprende tal y como afirma la actora en demanda la voluntad de la Administración de compensar el perjuicio por el alza extraordinaria del precio del acero en la segunda fase."

Por otro lado, la administración ha manifestado que en caso de que hubiera existido ese desequilibrio económico éste habría sido compensado y que ello resultaría de las actas de reconocimiento de inversión y la actualización que se contienen en los documentos acompañados con la contestación a la demanda. Además, el Consejo Consultivo de Andalucía ha seguido dichos criterios manifestando la legalidad de la resolución recurrida.

Sin embargo, a criterio de esta juzgadora, ni las alegaciones ni los documentos aportados, acreditan en modo alguno se haya realizado la compensación económica sufrida por la concesionaria.

En cuanto a los informes periciales, esta juzgadora ya ha manifestado que va a basarse, fundamentalmente, en el dictamen pericial judicial realizado por don Luis Enrique, al entender que se trata de un informe pericial plenamente objetivo y además muy completo en cuanto a las cuestiones suscitadas.

La administración demandada ha tratado de impugnar dicho informe basándose en una supuesta enemistad manifiesta de dicho perito. Sin embargo, esta juzgadora, con las pruebas presentadas por la administración, entiende deben desestimarse las alegaciones realizadas por la misma. Por otro lado, dicho informe, no se aleja del resto informes periciales que han sido aportados al presente procedimiento y que también fueron aportados al procedimiento 372/2011 del juzgado contencioso número siete, concretamente el del perito Andrés y Constantino, informes periciales que también han sido estudiados y valorados por el perito judicial, y que han sido presentados y ratificados por sus autores en el presente procedimiento.

En el informe pericial judicial de don Luis Enrique, se examina toda la documentación contenida, tanto en el expediente administrativo, como la aportada por las partes. Se hace un estudio del desarrollo de las obras,



de todas las modificaciones que se han realizado posteriores al contrato, de la disponibilidad de los terrenos, de las actas de comprobación del replanteo, de las actas de reconocimiento de la inversión realizada, del incremento del plazo de las obras, de los sobrecostes que han venido motivados como consecuencia de dicho incremento en los precios, y de los sobrecostes por incremento de los gastos generales.

Tras el análisis de todas estas cuestiones a lo largo del informe pericial que no vamos a reproducir, en tanto en cuanto el mismo consta debidamente en el procedimiento y tiene una extensión de 88 folios, el perito concluye que la cuantía global de los sobrecostes soportados por el concesionario, como consecuencia del incremento de los precios de mano de obra, materiales y maquinaria, incluso con la parte proporcional de gastos generales soportados por el retraso ajeno, mediante la aplicación del procedimiento de revisión de precios prevista la normativa aplicable al contrato, resulta una cifra de 126.846.435, una vez descontado el importe ya compensado por la subida del acero.

Por otro lado, también manifiesta que ha llegado a la conclusión que el retraso habido en las obras derivado de las modificaciones del proyecto, ausencia de disponibilidad de terrenos y demás incidencias ha sido de 38 meses, de los que dos tercios, esto es 25 meses, serían imputables a la administración concedente y el tercio restante, 13 meses, lo serían al concesionario.

En su ratificación ante el juzgado, el perito ha contestado a todas las preguntas formuladas por las partes, fundamentalmente por la administración demandada, explicando de forma suficiente el por qué en cada una de las modificaciones ha imputado el retraso a una u otra parte, y sobre todo, la utilización del sistema de revisión de precios, manifestando que era la más adecuada y, además la que se establece por normativa legal.

Como hemos dicho anteriormente, este órgano judicial, tratándose de cuestiones altamente técnicas, entiende debe darse credibilidad a dicho informe pericial, en tanto en cuanto, además, en ningún momento se aparta del resto de los informes periciales que constan en la presente causa y, asimismo, aportados al procedimiento 271/11 del Juzgado nº 7.

En definitiva debemos estimar parcialmente la demanda reconociendo el derecho de la recurrente a que se le abonen por parte de la administración demandada la suma de 126.846.435 como consecuencia de los sobrecostes que han sido originados por el retraso en la ejecución del contrato imputable a la administración, mas los intereses legales desde la fecha de reclamación en vía administrativa hasta su completo pago y, en segundo lugar, la prórroga del contrato de concesión por el tiempo de 25 meses más, al ser éste el retraso imputable a la misma.

CUARTO.- No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de las costas causadas, al no contemplarse la temeridad o mala fe exigibles para decidir en otro sentido, ni que el recurso pudiera verse privado de su finalidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la ley jurisdiccional.

FALLO

Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la entidad **METRO DE SEVILLA** SOCIEDAD CONCESIONARIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA SA representada por el Procurador SR. MANUEL MURUVE PÉREZ y defendida por el Letrado SR. JOSÉ LUIS ZAMARRO PARRA, frente a la resolución de LA AGENCIA DE OBRA PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, a que nos hemos referido en el fundamento jurídico primero, declarando la nulidad de la resolución recurrida por su no conformidad con el ordenamiento jurídico, reconociendo el derecho de la recurrente a que se le abonen por parte de la administración demandada la suma de 126.846.435 como consecuencia de los sobrecostes que han sido originados por el retraso en la ejecución del contrato imputable a la administración mas los intereses legales desde la fecha de reclamación en vía administrativa hasta su completo pago y, en segundo lugar, la prórroga del contrato de concesión por el tiempo de 25 meses más, con las demás consecuencias inherentes a la misma, sin hacer expresa imposición de costas.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación dentro del plazo de los quince días siguientes al de su notificación y ante este Juzgado mediante escrito razonado.

Para la admisión del recurso deberá acreditarse la constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de BANCO SANTANDER nº 4431-0000-92 0371-11 debiendo indicar en el apartado "concepto" del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación, seguido del código "22", de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.



Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a los autos de su razón y testimonio de la cual se remitirá a la Administración demandada junto con el expediente administrativo, quien deberá acusar recibo de dicha documentación en el plazo de diez días, recibido el cual se archivarán las presentes actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la señora Magistrada que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ