

Id Cendoj: 28079230082010100639  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 8  
Nº de Recurso: 503/2010  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

Madrid, a ocho de noviembre de dos mil diez.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 503/10, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. FEDERICO PINILLA ROMEO, en nombre y representación de CARRETERAS

ACCESOS PUERTO DE CASTELLÓN (U.T.E.), frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Letrado

del Estado, contra desestimación presunta del Ministerio de Fomento, (que después se describirá en el primer Fundamento de

Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA, formulando voto particular el

Presidente de la Sección, Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS SANCHEZ DIAZ.

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 23 de julio de 2008, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de fecha 5 de septiembre de 2008, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 8 de enero de 2009, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 14 de abril de 2009, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 28 de abril de 2009, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 3 de noviembre de 2010, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones desestimación presunta del Ministerio de Fomento, relativa a solicitud formulada por "CARRETERAS ACCESOS PUERTO DE CASTELLÓN, UTE", relativa al abono de intereses legales por demora en el pago de la Certificación Final de las **obras** "Nueva Carretera; Acceso al Puerto de Castellón; Clave 41-CS-3430", junto con los intereses legales correspondientes. Se reclaman 783.234,46 euros, monto correspondiente a los intereses de demora reclamados, y los intereses legales derivados en concepto de anatocismo.

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en que respaldan la reclamación los *artículos 147, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 166.9 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, con nutrida cita de doctrina legal y sentencias de distintos Tribunales, en cuanto ha de estarse a la **recepción** real de las **obras** (inauguración y puesta en servicio) y no a la puramente formal (**recepción** formal). En lo atinente a los intereses de intereses, justifica su solicitud con cita del *artículo 1.109 del Código Civil*.

SEGUNDO.- Para mejor abordar el litigio resulta conveniente resaltar los extremos que siguen:

a) Por la recurrente se han aportado copias de informaciones periodísticas sobre la apertura al tráfico de la Autovía que da acceso al Puerto de Castellón, concretamente del diario "Mediterráneo" del día 2 de junio de 2006 ("La Autovía del Puerto abre sus 11.5 kilómetros a la circulación") y del diario "Las Provincias" del día 3 siguiente ("La Autovía del Puerto de Castellón entra en funcionamiento 20 años después de ser proyectada"). En la segunda información se incluye una fotografía de la infraestructura en la que figuran vehículos circulando con la leyenda "los vehículos ayer ya podían circular por la Autovía del Puerto de Castellón, aunque la verdadera prueba de fuego será el lunes, cuando haya más tráfico". Los hechos sobre los que versan ambas informaciones no son cuestionados de adverso, ni obviamente ellas mismas.

b) Igualmente, ha aportado la promovente copia de anuncio oficial del Ministerio de Fomento inserta en el diario "Levante" el día 2 de junio de 2006 con una expresiva enunciación ("Hoy entra en servicio la Autovía CS-22: Nueva Carretera de Acceso al Puerto de Castellón"). Tampoco hay un cuestionamiento de adverso al respecto.

y c) El acta de **recepción** de la obra es de 26 de julio de 2007 (Documento 6 de los que integran el expediente).

TERCERO.- Decíamos en nuestra Sentencia de 3 de julio de 2006, recaída en el Recurso 476/2005 :

"Pues bien, aunque el *artículo 110 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio*, dispone que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración la totalidad de su objeto, añadiendo que "en todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de **recepción** o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por razón de las características del objeto del contrato", lo cierto y verdad es que la Jurisprudencia ha matizado tal regulación.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1998, pone de relieve que el acto de inauguración y utilización de una obra para su fin implica la existencia de una **recepción tácita**, en la interpretación de que en los casos en que la Administración viene a resolver la cuestión debatida de forma indirecta, sin mediar una resolución expresa, ello denota una voluntad creadora de una situación jurídica concreta (de igual forma, Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1977, 15 de julio de 1981 y de 3 de mayo de 1985).

Abunda en la misma tesis la Sentencia de 30 de octubre de 2001, en la que se afirma existe una **"recepción implícita"** cuando la obra haya sido destinada al uso público. "Sensu contrario", la Sentencia de 29 de noviembre de 1988 rechazó la existencia de **recepción tácita** en un caso en el que la Administración hizo constar expresamente en el expediente administrativo que en la obra se habían observado determinados desperfectos, de los que se recabó informe sobre las causas.

Teniendo en cuenta las circunstancias reflejadas en el ordinal precedente, ha de acogerse favorablemente la tesis de la actora, pues es lógico, en la línea jurisprudencial antes reproducida, sostener que si se aplica la obra al fin para el que se ha construido y se omite la actuación formal legalmente

prevista, además de una incorrección jurídica ello entrañaría una circunstancia eficaz en el ámbito contractual, en virtud del principio de vinculación a los actos propios, y sin que la Administración pueda dilatar a su libre arbitrio el acto de **recepción** formal, generando así una desventaja al contratista, como sería el caso si se aceptara la argumentación del demandado."

CUARTO.- Ciertamente es que ese criterio, sostenido en distintas Sentencias de esta Sala y Sección (v.gr. Sentencia de 20 de enero de 2006, Recurso 583/03 ), en ocasiones ha resultado matizado y aún contradicho en otras, también de este Tribunal (por todas, Sentencias de 20 de julio de 2009 y de 15 de marzo de 2010 , Recursos 1290/07 y 249/09), circunstancia que también se advierte en resoluciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (las de 23 de marzo de 2004 y de 13 de febrero de 2007 dotan de efectividad a la puesta en funcionamiento , no así la de 8 de mayo de 2008 ), más esas contradicciones son más aparentes que reales.

En realidad, de lo que se trata es de ponderar las circunstancias concurrentes en cada supuesto, la inferencia de una **recepción tácita** a la que puede otorgarse relevancia, o si, por el contrario, la inauguración no fue más que una ceremonia sin ulterior efectividad práctica o, aún teniéndola, fue seguida de interrupciones en el servicio o de novaciones en la relación contractual. Este sería el caso, por ejemplo, de nuestra Sentencia de 20 de julio de 2009 , en la que se valoró que la puesta en servicio "fue parcial y temporalmente limitada, pues se produjeron, inmediatamente, cortes de circulación, y un uso, durante un lapso amplio de tiempo, de sólo parte de los carriles de la misma por los aludes producidos y los peligros para los usuarios", con la consecuencia de que "si la puesta en uso, que es la circunstancia que se estima determinante, no se produjo con carácter pleno y definitivo, tampoco puede darse valor pleno y definitivo a lo que comporte de **recepción tácita**", pues no es "el acto formal de puesta en servicio, sino la material y efectiva puesta en servicio, en condiciones de idoneidad de la obra, lo determinante a efectos de la **recepción tácita**, y en el presente caso esa material puesta en servicio lo fue en condiciones parciales y temporalmente limitadas". Igualmente, la Sentencia de esta Sala y Sección de 15 de marzo de 2010 , razona en contra de tomar en consideración la fecha de inauguración, valorando la inexistencia de datos objetivos que permitiesen concluir que la ceremonia en cuestión implicase la **recepción tácita** de las **obras**, así como la suscripción posterior de dos contratos "de ejecución de sendos modificados".

Quiere esto decir que la **recepción tácita**, respecto de la que consten datos concluyentes, puede ser tenida en cuenta a efectos del cómputo de intereses de demora, salvo que, atendidas circunstancias concretas, existan méritos para sostener el criterio contrario, esto es, el casuismo al respecto puede dar lugar a soluciones jurídicas aparentemente divergentes, pero que parten de la premisa de que, como es el caso que ahora analizamos, la **recepción provisional tácita** tendría la misma relevancia jurídica que la formalizada ulterior.

QUINTO.- Lo hasta ahora razonado es coherente con la jurisprudencia que al respecto sistematiza, en forma harto didáctica, la Sentencia del Tribunal supremo de 21 de febrero de 2005 (Fundamento Jurídico Quinto):

"a) Sentencia de 3 de mayo de 1985 . Se acepta de la sentencia apelada la afirmación de que "la Administración aquí demandada que procedió a la inauguración oficial de la obra, la destinó al cumplimiento de sus fines e incluso aprobó la liquidación presupuestarla de la misma, recibió con ello tácitamente, provisionalmente la obra, a pesar de que no extendiera la correspondiente acta, pues dicha solemnidad quedó sobradamente satisfecha y compensada con el acto de Inauguración oficial, destino y utilización de la obra para su fin, y liquidación presupuestaria de la misma, habiéndose satisfecho las correspondientes certificaciones de obra, lo que la Sentencia de 28 de noviembre de 1.977 , viene incluso a considerar como expresión de conformidad y **recepción** definitiva de la obra a pesar de la falta de acta de formalización de la misma, y todo ello en la línea de los actos administrativos tácitos, en virtud de los cuales, como dice la Sentencia de 15 de julio de 1.981 , la Administración viene a resolver la cuestión debatida de una forma indirecta, es decir, que sin mediar una resolución expresa, de la propia actividad administrativa resulta una voluntad creadora de una situación jurídica concreta, a lo que además hay que añadir que la **recepción** provisional queda supeditada al buen estado de utilización, de la obra y no puede negarse por la apreciación de simples deficiencias, que no impiden la utilización de la misma para su fin y que son perfectamente corregibles en el plazo de garantía establecido". Por ello la sentencia de este Tribunal insiste en que "esa naturaleza formal no quiere decir que la Administración pueda a su libre voluntad dilatar, con infracción de los arts. 61,62,63 y 64 del Reglamento de 9 de enero de 1953 , la obligación que le incumbe respecto a dichos actos de **recepción**".

b) Sentencia de 26 de abril de 1985 . "Que aunque es cierto que la **recepción** provisional de las **obras** exige, como la definitiva, un acto expreso y formal de la Administración -arts. 54 y 55 de la Ley de

*Contratos del Estado y 170 y 173 de su Reglamento y, en la esfera de la contratación local, arts. 61 y 63 del Reglamento de 9 de enero de 1.953 -*, también lo es que para garantizar los derechos del contratista en orden a una pronta liberación de sus responsabilidades -excepción hecha de la ruina posterior de la obra por vicios ocultos de la construcción debidos a incumplimiento doloso del contrato- y para hacer efectivo su derecho a la liquidación y pago de las **obras**, tanto la **recepción** provisional como la definitiva deben producirse en los perentorios plazos señalados en los preceptos a que antes se ha hecho mención, esto es, dentro del mes siguiente a su terminación o al cumplimiento del plazo de garantía, si se trata de **obras** del Estado, o en los diez o treinta días siguientes, respectivamente, cuando se trate de **obras** contratadas por un ente local, que es el supuesto que aquí nos interesa, plazos que no pueden dilatarse, y menos indefinidamente, sin que se genere grave quebranto para los legítimos intereses del contratista, por lo que cuando tal acontezca y sin negar que, por lo general, la **recepción** provisional, de las **obras**, lo mismo que la definitiva, exige un acto expreso de la Administración en el que tienen que participar tanto el contratista, como un técnico designado por aquella (*art. 61 del Reglamento de 9 de enero de 1.953*), deberá indagarse si se ha producido algún hecho concluyente del que pueda inferirse, por modo excepcional, que la **recepción** provisional de las **obras** ha tenido lugar tácitamente.

c) Sentencia de 24 de julio de 1989 . Aquí se afirma que aunque es cierto que la **recepción** definitiva de las **obras** exige, como la definitiva, un acto expreso y formal de la Administración -*arts. 62 a 64 del Reglamento de Contratación de Corporaciones Locales -*, también lo es que para garantizar los derechos del contratista, dicha **recepción** debe producirse, según señalan las sentencias de este Tribunal de 26 de abril y 3 de mayo de 1985 en los perentorios plazos señalados en los citados preceptos, que no pueden dilatarse indefinidamente, sin que se genere grave quebranto para los legítimos intereses del contratista, por ello la naturaleza formal de la **recepción** definitiva no quiere decir que la Administración pueda, a su libre voluntad, dilatar con infracción de los *arts. 62,53 y 64 del Reglamento de 9 de enero de 1953*, la obligación que le incumbe respecto a dicho acto de **recepción**.

d) Sentencia de 22 de julio de 1997 . Niega la existencia en la sentencia objeto de apelación de **recepción** provisional **tácita** o definitiva tras considerar que la doctrina expresada por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 26 de abril de 1966 y 3 de julio de 1969, respecto a la existencia de una **recepción** provisional **tácita**, cuando las **obras** hayan sido utilizadas por la Administración a satisfacción, demorando aquella sin justificación alguna su **recepción** provisional "solo puede tener lugar cuando conste acreditado por hechos concluyentes que la Administración ha comenzado el uso de la obra en una fecha determinada, haya dilatado culpablemente su **recepción** provisional y cuando se produzca ésta se detecten deficiencias producidas por el uso normal de la cosa o excluidas del ámbito de la garantía cubierta durante el período que se inicia con la **recepción** provisional".

e) Sentencia de 30 de marzo de 1998 . Reitera que aunque es cierto que la **recepción** provisional de las **obras** exige, como la definitiva, un acto expreso y formal de la Administración -*arts. 54 y 55 de la Ley de Contratos del Estado y 170 y 173 de su Reglamento y, en la esfera de la contratación local, arts. 61 y 63 del Reglamento de 9 de enero de 1.953 -*, también lo es que para garantizar los derechos del contratista en orden a una pronta liberación de sus responsabilidades -excepción hecha de la ruina posterior de la obra por vicios ocultos de la construcción debidos a incumplimiento doloso del contrato- y para hacer efectivo su derecho a la liquidación y pago de las **obras**, tanto la **recepción** provisional como la definitiva deben producirse en los perentorios plazos señalados en los preceptos a que antes se ha hecho mención, esto es, dentro del mes siguiente a su terminación o al cumplimiento del plazo de garantía, si se trata de **obras** del Estado, o en los diez o treinta días siguientes, respectivamente, cuando se trate de **obras** contratadas por un ente local, que es el supuesto que aquí nos interesa, plazos que no pueden dilatarse, y menos indefinidamente, sin que se genere grave quebranto para los legítimos intereses del contratista, por lo que cuando tal acontezca y sin negar que, por lo general, la **recepción** provisional, de las **obras**, lo mismo que la definitiva, exige un acto expreso de la Administración en el que tienen que participar tanto el contratista, como un técnico designado por aquella (*art. 61 del Reglamento de 9 de enero de 1.953*), deberá indagarse si se ha producido algún hecho concluyente del que pueda inferirse, por modo excepcional, que la **recepción** provisional de las **obras** ha tenido lugar tácitamente."

SEXTO.- Dicho lo cual, no puede menos que concluirse que el recurso jurisdiccional ha de prosperar. No sólo existe en autos la documental a que se hizo mérito en ordinal precedente, es que nada consta de adverso que desvirtúe el dato de que la inauguración de la infraestructura dio lugar a una puesta en funcionamiento efectiva, integrando una **recepción tácita**. Es sabido que, según el principio de facilidad de la prueba, consagrado por el *artículo 217.7* de la norma rituarial civil, la prueba se invierte cuando la Administración está en disposición de justificar la forma en que se desarrollaron los hechos ( Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010 ), por disponer de medios y elementos suficientes para acreditarlos ( Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005 , 25 de abril , 4 de julio y 2 de noviembre de 2007 , 9 de diciembre de 2008 y 11 de mayo de 2010, entre muchas otras), y en este caso la

Administración nada ha acreditado, a pesar de que le resultaría perfectamente factible demostrar que la inauguración, dicho ahora en pura hipótesis, no diera lugar a un funcionamiento ininterrumpido o que hubiesen sido precisos modificados posteriores por la concurrencia de determinadas contingencias.

En suma, procede estimar el recurso, con declaración del derecho de la promovente a percibir la cantidad reclamada, cuyo cálculo se ajusta a lo previsto en los *artículos 147.6 y 99.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)*, tiene en cuenta que la Certificación Final de Obra, por importe de 9.641.085,53 euros fue emitida en diciembre de 2007 (Documento 7 del expediente administrativo) y cobrada el 15 de enero de 2008 (Documento 5 del expediente), y que han de contarse cuatro meses después de la **recepción tácita** o implícita de 2 de junio de 2006, aplicando el interés legal incrementado en 1,5 puntos (Documento 1 del expediente), no siendo cuestionado el "quantum" resultante por el demandado, que se limitó, sustancialmente, a exponer una excepción de carácter procesal (incompetencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) y a razonar sobre la aplicabilidad e interpretación de determinados *preceptos legales (99.4 del aludido Texto Refundido y 1110 del Código Civil)*. Asimismo han de reconocerse, tal como reiteradamente ha significado este Tribunal en supuestos análogos, los intereses legales sobre el monto de los de demora, en aplicación del *artículo 1109 del Código Civil*, aquí de aplicación por mor del criterio jurisprudencial contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1994.

SÉPTIMO.- De conformidad con el *Artículo 139.1º de la Ley Jurisdiccional*, no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

## FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido,

PRIMERO.- ESTIMAR el recurso contencioso administrativo formulado por la entidad "CARRETERAS ACCESOS PUERTO DE CASTELLÓN (U.T.E.)", contra la desestimación presunta del Ministerio de Fomento a que las presentes actuaciones se contraen, que anulamos, con declaración de su derecho a percibir la cantidad de 783.234,46 euros, con los intereses legales desde el día 23 de julio de 2008, según lo razonado en la presente resolución.

SEGUNDO. No ha lugar a hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

## Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS SANCHEZ DIAZ en la Sentencia correspondiente al recurso 503/2010.

El Magistrado que suscribe, lamenta no compartir el criterio de la mayoría de Magistrados en la Sentencia correspondiente al recurso 503/2010 por las siguientes razones:

La cuestión se centra en determinar si para entender recibidas las **obras** con los efectos que ello comporta se ha de estar a la inauguración efectuada por el Ministro o para recibir las **obras** y derivar de dicha **recepción** lo pretendido por la parte actora es preciso dar cumplimiento a los requisitos formales establecido en el *artículo 163 y siguientes del Reglamento General* de la Ley de Contratos (aviso de terminación de la ejecución del contrato, Acta de ocupación y Certificación de la Obra, puesta en servicio y liquidación definitiva).

Pues bien, no puede negarse el derecho de la Administración a no recibir las **obras** mientras no quede acreditado cumplidamente que éstas se ejecutaron con arreglo al proyecto y a los pliegos de condiciones estipuladas.

Ahora bien la apreciación de si una obra reúne las condiciones establecidas en el Proyecto y Pliego exige, de una parte, conocimientos técnicos y, de otra parte, puesto que puede contener defectos de difícil apreciación en el momento de su entrega, y que sólo con el tiempo pueden ser aparentes, es necesario que se compruebe si concurren o no los defectos referidos.

Es por ello que el Reglamento de Contratos ha previsto un conjunto de actuaciones formales que

deben ser cumplidas y que el órgano de contratación ha de comprobar si se han efectuado antes de realizar la puesta en servicio de la **obras** (*artículo 168 del Reglamento*).

Estos actos son preceptivos, la puesta en servicio de la obra requiere un Acta de Comprobación que ha de ser suscrita por el representante designado por el Órgano de Contratación, el Director de las **Obras** y el Contratista, debiéndose comunicar a la Intervención correspondiente para que ésta pueda ejercer el control material y formal del gasto ejecutado (Intervención crítica). También es necesario y preceptivo realizar otras actuaciones como el Acta de **recepción**, la medición general de la obra de cuyo acto ha de ser levantada Acta, el traslado o notificación del Acta al Contratista y la expedición de la Certificación Final de la obra.

Si se prescinde total y absolutamente de todas estas actuaciones, que no constan en el expediente con anterioridad al 2 de junio de 2006 en que, conforme reconoce el actor en su demanda, las **obras** fueron inauguradas y abiertas al tráfico (según datos obtenidos de la prensa); decimos, en este caso, es obvio que la actuación del Ministro recogida por la prensa es nula de pleno derecho por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido para la puesta en servicio de la obra; por tanto, la actuación del Ministro, si es que tuvo lugar como recoge la prensa, no puede generar efectos favorables para el actor, y, entre ellos, la obtención de intereses de demora.

Al respecto se constata en el expediente que los requisitos formales incumplidos en fecha 2 de junio de 2006 fueron cumplidos con posterioridad a esta fecha. Así el Acta de **recepción** de las **obras** se levantó y formalizó el 26 de julio de 2007 especificando incluso en ella que la fecha real de terminación fue el 30 de junio de 2007, un año después incluso de la fecha de la publicación periodística; y la certificación final de la obra se emitió en fecha 3 de diciembre de 2007.

Finalmente no se puede imputar o atribuir mala fe a la Administración puesto que, si las **obras** estaban terminadas en fecha 2 de junio de 2006, el contratista, conforme al *artículo 163 del Reglamento de Contratos*, tenía la obligación de comunicar por escrito a la dirección de la obra la fecha prevista para la terminación del contrato, a efectos de que se pueda realizar su **recepción**, lo que no consta que se realizara por el contratista.

Por todo ello entiende el Magistrado que suscribe este voto particular que procede desestimar íntegramente la pretensión de la actora que solicita 783.234,46 euros por intereses de demora, más los intereses legales (anatocismo)