

**Auto de la Sala contencioso-administrativa de 20 de octubre de 2022  
(rec.3395/2021)**

---

**Encabezamiento**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**AUTO**

Fecha del auto: 20/10/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3395/2021

Materia: CONTRATACION PUBLICA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Concepción De Marcos Valtierra

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por: MMC

Nota:

Resumen

R. CASACION núm.: 3395/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Concepción De Marcos Valtierra

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

## **AUTO**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Isaac Merino Jara

D.<sup>a</sup> Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 20 de octubre de 2022.

## **HECHOS**

**PRIMERO.-** La representación procesal de la empresa Building Factory, S.A. interpuso recurso contencioso administrativo contra el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Torrelles de Foix de 26 de marzo de 2013, que impuso una penalización de 3.216.267,77 euros por el retraso de la entidad al ejecutar la obra de urbanización de Can Coral.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 16 de Barcelona dictó sentencia de fecha 31 de enero de 2018, en el recurso nº 248/201, que desestima el recurso.

Señala la sentencia, en síntesis, porque el incumplimiento se achaca a la contratista, en concreto, el Juzgador no considera probado que el retraso de acceso a las fincas de vecinos y ejecución de la obras pueda ser achacado a la Administración por la gestión de los permisos; asimismo, se estima acreditado que la contratista incumplió la ejecución de los convenios que suscribió con las empresas suministradoras, Endesa y Telefónica; a su vez, no se considera motivado el retraso por impagos de la Administración, dado que no puede incumplir el actor por vía de hecho, constando requerimiento hecho a la Administración en 2011, una vez excedido el plazo de ejecución del contrato -entiende que la fecha de ejecución finalizó el 7 de marzo de 2010-. Finalmente, no se considera que las cuestiones climáticas justificaran el incumplimiento del contrato, tras valorar que el número de días lluviosos no había llegado al máximo de los últimos 10 años.

**TERCERO.-** Disconforme con la anterior resolución, la representación procesal de la entidad Building Factory, S.A. interpuso *recurso de apelación, tramitado con el número 373/2018, que fue estimado mediante sentencia de fecha 3 de diciembre de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña* .

A efectos de la casación, la Sala aplica el *artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa -Administrativa (LJCA)*, para examinar si el contrato estaba finalizado cuando fue entregado, cuestión planteada en apelación "ex novo" por la empresa; el Ayuntamiento respondió a la cuestión en su escrito de oposición a la apelación.

Pues bien, la sentencia señala que en virtud de la prueba documental, consistente en el acta de entrega de las obras el 19 de abril de 2011 con el compromiso de finalizar la parte restante en cuanto la Administración gestionara la situación necesaria con el vecino que la impedía, unido al hecho de la ocupación táctica de las obras de forma progresiva para uso público, resuelve que en el momento de incoación del expediente de penalización el contrato estaba finalizado, por lo que no estaba justificado el uso de la penalización.

**CUARTO.-** La presentación procesal del Ayuntamiento de Torrelles de Foix presentó escrito de preparación del recurso de casación contra dicha sentencia, en el cual, entiende infringido el *artículo 33.2 de la LJCA* en relación con el *artículo 24 de la CE*.

El escrito defiende, en esencia, que la Sala entró a examinar una cuestión nueva, -si el contrato estaba finalizado cuando se incoa el expediente de penalización-, infringiendo su derecho a la tutela judicial efectiva, y ello, aunque se opusiese a la pretensión en la respuesta al recurso de apelación. Al efecto, invoca la *STC 278/2006, 25 de septiembre*, y defiende que el uso del *art. 33.2 de la LJCA* sólo debe estar permitido en la primera instancia, pero no en la segunda, en virtud de la jurisprudencia, que restringe el fin de la apelación al análisis crítico de la sentencia recurrida, concluyendo en achacar incongruencia "extra petitum" a la sentencia.

Aduce los supuestos de interés casacional de los *artículos 88.2.b )*, *c )* y *e)* y el *artículo 88.3 a)* de la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -LJCA -*, solicitando pronunciamiento sobre el alcance de la aplicación del *artículo 33.2 de la LJCA* en apelación.

**QUINTO.-** La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Han comparecido ante esta Sala, como parte recurrente la representación del Ayuntamiento de Torrelles de Foix, así como la representación procesal de la empresa Building Factory, S.A. como parte recurrida sin formular oposición.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, Magistrado de la Sala.

## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Con carácter previo, es necesario destacar que, desde un punto de vista formal, los escritos de preparación cumplen con las exigencias del *artículo 89.2 LJCA* y concurriendo en la sentencia recurrida los requisitos establecidos en el *párrafo segundo del apartado primero del art. 86 LJCA*, nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a) y b) del *artículo 90.4 LJCA*.

**SEGUNDO.-** Cumplidas las exigencias que impone al escrito de preparación el *art. 89.2 de la LJCA*, procede abordar si concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y así lo aprecia la Sección de Admisión, en tanto que concurre la circunstancia del *artículo 88.3 a)*, así como el supuesto del *artículo c)* del *artículo 88.2 LJCA*, en esta materia sobre el alcance del *artículo*

33.2 de la LJCA en el recurso de apelación, y la facultad del Juez o Tribunal de examinar nuevos motivos de las partes cuando hayan sido invocados en apelación, teniendo en cuenta que existen recursos de casación donde se aborda la misma cuestión, admitidos por autos de 8 de junio y 9 de marzo de 2022 (recursos de casación nº 2094 y 2733/2021 y 7929/2021).

**TERCERO.-** Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los *artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA*, procede admitir a trámite los recursos de casación preparados por la representación del Ayuntamiento de Torrelles de Foix, contra la *sentencia de fecha 3 de diciembre de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación 373/2018*.

Y a tal efecto precisamos que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar el alcance de la potestad que a los Tribunales otorga el *artículo 33.2 LJCA* en el trámite del recurso de apelación, y en su caso, los límites derivados del objeto del proceso y de las pretensiones articuladas en el mismo.

Asimismo, señalamos que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las contenidas en el *artículo 33.2 de la LJCA* en relación con el *artículo 24 de la CE*.

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, *ex artículo 90.4 de la LJCA*.

**CUARTO.** - Conforme a lo dispuesto en el *art. 90.7 de la LJCA*, este auto se publicará en la página *web* del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 3395/2021.

#### **La Sección de Admisión acuerda:**

**PRIMERO.** - Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación del Ayuntamiento de Torrelles de Foix, contra la *sentencia de fecha 3 de diciembre de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación 373/2018*.

**SEGUNDO.** - Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar, el alcance de la potestad que a los Tribunales otorga el *artículo 33.2 LJCA* en el trámite del recurso de apelación, y en su caso, los límites derivados del objeto del proceso y de las pretensiones articuladas en el mismo.

**TERCERO.-** Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación las contenidas en el *artículo 33.2 de la LJCA* en relación con el *artículo 24 de la CE*.

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el

recurso, ex *artículo 90.4 de la LJCA* .

**CUARTO.** - Publicar este auto en la página *web* del Tribunal Supremo.

**QUINTO.** - Comunicar inmediatamente a la Sala la decisión adoptada en este auto.

**SEXTO.** - Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman.