



Roj: **SAN 3123/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3123**

Id Cendoj: **28079230082014100495**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **07/07/2014**

Nº de Recurso: **628/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a siete de julio de dos mil catorce.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **628/12**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el Procurador **D. Miguel Ángel Heredero Suero**, en nombre y representación de la entidad **INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN MOYMAR, SA**, contra la desestimación presunta por silencio administrativo por el Ministerio de Fomento de la reclamación formulada en concepto de daños y perjuicios derivados de la ejecución de contrato de obras; en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. ANA ISABEL GOMEZ GARCIA, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de la **INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN MOYMAR, SA** contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación presentada con fecha 22 de junio de 2011, ante la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, solicitando indemnización por la suspensión temporal parcial de las obras "Mejora Local. Mejora de la travesía en la carretera N-260, Eje Pirenaico, p.k. 435,140 al 436,950. Tramo: Travesía de Aínsa". Se reclamaba la cantidad de 309.693,56 € más la actualización que corresponda desde la presentación de la reclamación.

La cuantía del recurso se ha fijado en 370.252,46 €.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, se declare que no es conforme a Derecho la resolución impugnada, anulándola totalmente; declarando que la Administración ha de indemnizar a la entidad pastora los daños y perjuicios que le ha ocasionado la ejecución del contrato con la cantidad de 370.252,46 € o, subsidiariamente, la reclamada en vía administrativa e informada favorablemente por el Ingeniero Director de la obra, 309.693,56 €, en cualquier caso actualizado con el interés legal, bien desde la fecha de la reclamación, bien desde la interposición del recurso contencioso administrativo, hasta la fecha de pago del principal; se condene a la Administración demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a pagar la cantidad que se establezca y su actualización en el interés legal; con condena en costas a la Administración.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia en la que se inadmita y subsidiariamente desestime el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.



CUARTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la propuesta, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 2 de julio del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Recurre la parte actora la desestimación presunta de la reclamación presentada ante el Ministerio de Fomento, en la que se pretendía la indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la suspensión temporal de la obra ya referida. Reclamando en este procedimiento una cantidad superior a la que reclamaba en vía administrativa.

En la reclamación en vía administrativa se determinaba como hecho causante del daño y perjuicio cuya indemnización se reclamaba, la suspensión temporal parcial acordada por la Administración contratante durante ocho meses y 16 días, desde el 22 de febrero de 2010 al 5 de noviembre de 2010.

En el escrito de demanda se razona que pese a que el plazo de ejecución del contrato era de 18 meses, desde la comprobación de replanteo, 4 de febrero de 2009, con fecha 5 de febrero la Administración acordó no autorizar la continuidad de parte de la obra, autorizar con retraso la redacción de la modificación nº 1 de la obra, realizar la suspensión temporal como consecuencia de dicha modificación, todo lo cual fue efectuado en fecha 22 de febrero de 2010 en que se levantó Acta en ese sentido. Que el proyecto modificado no fue aprobado hasta el 26 de octubre de 2010, manteniéndose el plazo ya prorrogado de terminación de la obra al día 5 de diciembre de 2010. El contrato modificado fue otorgado el 4 de noviembre de 2010 y al día siguiente, 5 de noviembre, se levantó la suspensión temporal parcial. Añade que el Ingeniero Director de la obra, con el conforme el Ingeniero Jefe de la Demarcación de Carreteras del Estado en Aragón, reconoce el retraso de 122 días en la terminación de la obra, su suspensión temporal parcial durante 256 días, todo ello por causas imputables al contratista, así como que el cálculo de daños y perjuicios efectuado por el contratista se consideran válido, que la reclamación presentada se refiere sólo al retraso efectivo en la finalización de la obra que es de la mitad de la suspensión temporal parcial de la misma con motivo de la tramitación del modificado, entendiendo correctamente realizados los cálculos algebraicos de la reclamación, reconociendo que procede el abono de los 309.693,56 € pretendidos. Considera la actora que su reclamación viene avalada por el informe pericial que aporta. Invoca el artículo 203 de la Ley de Contratos del Sector Público .

SEGUNDO: El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, se opone al recurso, invocando en primer lugar su inadmisibilidad, de conformidad con artículo 69 b) LJCA , entendiendo que la parte actora no ha aportado el correspondiente acuerdo societario acreditando su voluntad clara e inequívoca de accionar contra la resolución impugnada.

En cuanto al fondo, razona que la reclamación resulta improcedente, pues la suspensión del contrato vino precedida de la autorización para proceder a modificar el mismo y, una vez aprobado el proyecto de modificado, el recurrente prestó su conformidad expresa con las unidades de obra que se derivaron de dicho modificado, así como con los precios que habían sido establecidos por la Administración, que supuso un adicional líquido del precio del contrato equivalente a casi el 20%; citando el artículo 217 LCSP y sentencias de esta Sala al respecto. Señala que es de aplicación el principio de riesgo y ventura del contratista, establecido en artículo 199 de la ley. Que el informe del Director de las Obras no tiene carácter vinculante y no puede tener incidencia puesto que prescinde del hecho de la existencia del modificado del contrato y la conformidad del contratista al mismo. Por último razona que han quedado debidamente acreditados los incrementos de costes indirectos y de los gastos generales.

TERCERO: Invocada por el Abogado del Estado la inadmisibilidad del recurso por entender que la parte actora no ha aportado el correspondiente acuerdo societario acreditando su voluntad clara e inequívoca de accionar contra la resolución impugnada, planteamiento que dice hacer "ad cautelam", sin mencionar el artículo 45.2 d) LJCA , al que parece referirse, hemos de comenzar dando respuesta a esta cuestión, cuya eventual estimación haría improcedente entrar en el estudio de las cuestiones de fondo planteadas en la demanda.

A la vista del inadecuado planteamiento de la causa de inadmisibilidad del recurso, en los términos expuestos, y de la documentación aportada por la recurrente con su escrito de interposición del recurso, se ha de rechazar el motivo de inadmisión invocado, pues con el escrito de interposición del recurso aporta la entidad escritura pública de protocolización y elevación a público de acuerdos sociales, a la que se incorpora el certificado del Secretario del Consejo de Administración de la entidad sobre los acuerdos adoptados por ese Consejo de Administración en reunión celebrada el 15 de septiembre de 2010. Entre dichos acuerdos se consigna el de facultar expresamente a quien en cada momento sea Consejero Delegado y apoderar a varias personas, entre ellas quien otorga el poder general para pleitos y a D. Epifanio , "para que cada uno de ellos, por sí mismo, decida el ejercicio de acciones judiciales y la defensa ante las que se planteen contra la Sociedad y,

por tanto, a los efectos del artículo 45.2.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la interposición de recursos contencioso-administrativos y la personación y oposición a aquellos en los que puedan resultar afectados los intereses de la Sociedad (...). Asimismo, acompaña (documento 4.2) documento de fecha 27 de septiembre de 2012, en el que el Sr. Epifanio manifiesta que *«decide interponer recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo..., de la reclamación presentada en el contrato administrativo de ejecución de obras celebrado con dicha Administración denominado "Mejora Local. Mejora de la travesía en la carretera N-260, Eje Pirenaico, p.k. 435,140 al 436,950. Tramo: Travesía de Aínsa. Clave 39-HU-5920", solicitando ser indemnizada económicamente por los daños y perjuicios derivados de la suspensión temporal parcial del contrato referido, y que efectivamente sea interpuesto por el procurador de los tribunales...»*

En consecuencia, la actora ha cumplido con lo preceptuado en el artículo 45.2.d) LJCA .

CUARTO: Entrando en el fondo de la cuestión litigiosa, de lo obrante en las actuaciones son de destacar los siguientes antecedentes fácticos, a tener en cuenta para la resolución del presente recurso:

-En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, se consignaba que la adjudicación era por sistema de subasta y procedimiento abierto, rigiéndose por el TRLCAP (RDLeg. 2/2000 y R.D. 1098/2001), se establecía como presupuesto base de licitación 3.756.180,22 €; que el importe de las obras ejecutadas se acreditaría mensualmente al contratista por medio de certificaciones mensuales expedidas por el Director de la obra y se establecía (cláusula VI.5) la revisión de precios conforme a lo establecido en los artículos 103 a 108 y disposición transitoria segunda del TRLCAP y artículos concordantes de su Reglamento, consignando la fórmula tipo a aplicar.

-Con fecha 6 de agosto de 2008, la entidad "OBRAS CAMINOS Y REDES, SA", resultó adjudicataria de las obras de referencia, siendo el presupuesto de adjudicación de 2.557.021,49 €, consignando en el acuerdo de adjudicación un plazo de ejecución de 18 meses.

-Con fecha 29 de agosto de 2008 se formalizó el contrato, en el que se consigna como precio 2.557.021,49 €, a abonar por el Estado mediante certificaciones de obra ejecutada, dentro de los límites máximos anuales que se establecían, con aplicación de la fórmula-tipo de revisión de precios número 4, de acuerdo con lo establecido en el PCAP. Se establecía el plazo de 18 meses para la ejecución de las obras, contado desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, y el sometimiento al PCAP y a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

-Con fecha 30 de octubre de 2008 se levantó Acta de comprobación de replanteo, en la que el contratista manifestó la existencia de graves carencias de medición en varias unidades del proyecto, la falta en el mismo de precios de varias unidades imprescindibles para la correcta ejecución de la obra proyectada, todo lo cual supone un presupuesto adicional no previsto de importe indeterminado, pero que se estima que excede del 30% del líquido vigente, por lo que propone que den lugar a la tramitación de un proyecto modificado de obra.

El Ingeniero Director de la obra manifiesta que no existe disponibilidad total de los terrenos para su ejecución, ya que el Ayuntamiento de Aínsa no ha comunicado a la Demarcación de Carreteras del Estado en Aragón su disponibilidad, según compromiso adquirido con motivo de la redacción del proyecto vigente.

Se citan el artículo 142 de TRLCAP y 139 y siguientes de su Reglamento de 12 de octubre de 2001 .

A la vista de todo, ello no se autoriza el comienzo de las obras, supeditado a la disponibilidad de terrenos que se obtenga una vez culminados los trámites mencionados y a la aprobación del Proyecto Modificado de obra, para el que se solicita la autorización de la Superioridad.

-Con fecha 4 de febrero de 2009 se suscribió Acta complementaria de comprobación de replanteo, en la que se hace constar que ya es posible dar inicio parcial a las obras en el tramo I, en el que se puede comenzar la ejecución de desagües, emisarios, alcantarillado y drenajes (...); el tramo II puede ser ejecutado en su totalidad; el resto de las obras podrán iniciarse una vez puestos a disposición por el Ayuntamiento los terrenos necesarios y/o aprobado el proyecto modificado aludido en el acta de comprobación de replanteo de 30 de octubre de 2008.

Se autoriza el comienzo de las obras en el tramo indicado.

-En escrito dirigido a la Dirección General de Carreteras, en fecha 12 de marzo de 2009, los representantes de la empresa adjudicataria de la obra y de la empresa Ingeniería y Construcción MOYMAR, SA, solicitaron que se autorizase a Obras, Caminos y Redes, SA, la cesión del contrato a MOYMAR. Siendo otorgada dicha autorización por la Administración con fecha 28 de abril de 2009, previo informe del Ingeniero Director de las obras, de 17 de marzo de 2009, en el que se hace constar que ha sido ejecutado el 20% del contrato, e informe favorable de la Abogacía del Estado.



-Con fecha 5 de febrero de 2010, la Subdirectora General de Conservación y Explotación acordó autorizar la redacción de la modificación nº 1, por un adicional líquido estimado de 499.152,61 €, que representa el 19,52% del presupuesto de adjudicación y que incluye el resto de las modificaciones reflejadas en la solicitud del Ingeniero Director de las obras, de fecha 25 de agosto de 2009, siempre que se mantengan las condiciones de seguridad del proyecto principal aprobado.

-En fecha 22 de febrero de 2010, se suscribe por el Ingeniero Director de la obra y el representante de la contratista acta de suspensión temporal parcial del contrato de las obras de referencia. Se hace constar que hasta que no se sustancie el expediente del proyecto modificado de obra no es posible continuar con la ejecución de determinadas partes de la misma, por lo que procede la suspensión temporal parcial, conforme al apartado cuatro de la autorización para la redacción definitiva. Se acompaña como anejo la medición de los trabajos que faltan por ejecutar.

-Con fecha 31 de marzo de 2010, el Director General de Carreteras acordó autorizar la suspensión temporal parcial de la obra a causa de la tramitación del proyecto modificado nº 1.

-Con fecha 28 de mayo de 2010, el Ingeniero Jefe de la Demarcación de Carreteras del Estado en Aragón, a petición del contratista, con informe favorable del Director de las obras, acuerda conceder prórroga hasta el 5 de diciembre de 2010 para la terminación de las obras, sin penalización para el contratista, dado que el retraso en su ejecución no le es imputable.

-Con fecha 25 de agosto de 2010, el Director General de Carreteras aprueba técnicamente la modificación nº 1 de la obra, con un adicional líquido de 499.152,60 €, que supone un incremento del 19,52% sobre el precio del contrato.

-Con fecha 3 de septiembre de 2010, se levanta Acta de replanteo previo de las obras del modificado, y se da trámite de audiencia al contratista, el cual expresa su aceptación explícita, comprometiéndose a ejecutar las modificaciones incluidas en el proyecto de modificación, aceptando los precios nuevos fijados por la Administración.

-Con fecha 26 de octubre de 2010, el Director General de Carreteras, por delegación del Secretario de Estado de Planificación e Infraestructuras, aprueba definitivamente el modificado, con un adicional de 522.611,84 € ordenando la continuación de las obras por el mismo adjudicatario y manteniendo como fecha de finalización de las obras el 5 de diciembre de 2010, conforme a la prórroga concedida el 28 de mayo de 2010.

-Con fecha 4 de noviembre de 2010, se suscribió el contrato de modificado de obras, consignándose que el mismo produce un adicional de 522.611,84 €, a abonar por el Estado mediante certificaciones de obra ejecutada; siendo el plazo vigente de terminación de las obras el 5 de diciembre de 2010. En la cláusula quinta del contrato se establece que para la ejecución de las obras comprendidas en la modificación regirán las mismas condiciones pactadas en el contrato suscrito con fecha 29 de agosto de 2008.

-Con fecha 5 de noviembre de 2010 se suscribe por la contratista y el Ingeniero Director de las obras el Acta de levantamiento de suspensión temporal parcial del contrato.

-Con fecha 19 de noviembre de 2010, el Director General de Carreteras resuelve: "autorizar el levantamiento de suspensión temporal parcial de la obra, que había sido ordenada con fecha 22 de febrero de 2010 debido a la tramitación del proyecto modificado."

-Con fecha 19 de septiembre de 2011 se aprueba económicamente la certificación final de las obras, cuya recepción tuvo lugar el 30 de mayo de 2011, con un saldo a favor de la contratista de 149.069,01 euros. En el acta de recepción de las obras se hacía constar como fecha real determinación la de 5 de diciembre de 2010.

-Tras la interposición de la reclamación indemnizatoria por la empresa contratista, con fecha 22 de junio de 2011, el Ingeniero Director de las obras emitió informe, en el que señala que durante la tramitación del modificado hubo de suspenderse la ejecución de las obras en las partes de la misma afectadas por los cambios, lo que se produjo entre el 22 de febrero y el 5 de noviembre de 2010. Que el cálculo de los perjuicios se realiza partiendo del beneficio total que si hubiera obtenido en el desarrollo normal de las obras (18 meses) por parte del contratista, con una tasa del 6% según contrato, dividiéndolo entre el plazo de la obra, para después multiplicarlo por los días de retraso en la terminación de la misma. Si bien precisa que, debido a que no se puede identificar un único período de tiempo con el retraso sufrido en la terminación de la obra, es razonable recurrir al método utilizado por el contratista al establecer los daños y perjuicios que sufrió de forma diaria; que el hecho de utilizar para el cálculo un período en el que la certificación de obra es nula no responde del concepto por el que se reclama, porque no existe una correspondencia biunívoca entre suspensión de la obra y certificación nula; que la segunda suspensión temporal sólo ha sido parcial, por lo que, aunque el contratista no haya tenido el rendimiento esperable del equipo destinado a la ejecución de la obra, sí lo ha obtenido al menos



en parte. Por todo ello entiende el informante que el contratista, aun soportando la merma en la producción de los equipos destinados al contrato durante la suspensión temporal, consiguió no repercutir dicho retraso más que al 50% en la terminación de la obra, mermando apreciablemente su resultado económico por causas que no son imputables. Valora, en consecuencia, que resulta correcto el cálculo algebraico realizado en la reclamación, entendiendo que procede un abono de 309.693,56 €.

Con el escrito de demanda aportó la actora, entre otros documentos, el informe pericial emitido por el ingeniero de caminos D. Jose María , quien avala la pretensión indemnizatoria de la entidad actora, fijando el importe de los daños y perjuicios que considera sufridos por ésta en 370.252,46 €. Daños que atribuye al incremento de costos indirectos y de gastos generales derivados de la suspensión de la obra entre el 22 febrero 2010 y el 5 noviembre del mismo año.

QUINTO: Como ya se ha expuesto, en el contrato de obra (29/08/08) se pactó el sometimiento del mismo a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Ley que regula la suspensión de los contratos en su artículo 203 , en los siguientes términos:

«1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquélla tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 200, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél.

2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste.»

En cuanto a la modificación del contrato de obra, el artículo 217 dispone:

3. Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia con las siguientes actuaciones:

- a. Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.*
- b. Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.*
- c. Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.*

No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato.

4. Cuando la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 10 % del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

El expediente de modificado a tramitar al efecto exigirá exclusivamente la incorporación de las siguientes actuaciones:

- a. Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figure el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar.*
- b. Audiencia del contratista.*
- c. Conformidad del órgano de contratación.*
- d. Certificado de existencia de crédito.*

En el plazo de seis meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente del modificado.

Dentro del citado plazo de ocho meses se ejecutarán preferentemente, de las unidades de obra previstas, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas. La autorización del Ministro para iniciar provisionalmente las obras implicará en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social la aprobación del gasto, sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse en el momento de la aprobación del expediente del gasto.»

En el presente caso resulta relevante, a juicio del tribunal, que el contrato de obras del que trae causa este recurso se adjudicase por el sistema de subasta, habiendo participado en el proceso de adjudicación la



empresa reclamante -ahora recurrente- MOYMAR, SA, presentando una proposición económica superior a la realizada por la empresa que resultó adjudicataria, quedándose después con el contrato, en condición de contratista, en virtud de cesión del mismo por parte de la empresa que había resultado adjudicataria "OBRAS, CAMINOS Y REDES". Dicha cesión se autorizó con fecha 28 de abril de 2009, por tanto con posterioridad a que la adjudicataria inicial formulase su propuesta de tramitación de un proyecto modificado en el momento de formalizar el acta replanteo, en fecha 30 de octubre de 2008, por las razones que allí se exponen.

Por otra parte, con fecha 28 de mayo de 2010, a petición del contratista y con informe favorable del director de la obra, se aprobó la prórroga para la terminación del contrato al día 5 de diciembre de 2010. Y aprobada la modificación nº 1 del contrato inicial el 26 de octubre de 2010, con fecha 11 noviembre del mismo año se suscribió el contrato correspondiente a dicho modificado, con adicional de 522.611,84 €, manteniéndose la misma fecha de terminación de las obras, fecha que se respetó, pues tal como consta en el Acta de recepción, la fecha real de terminación de las obras fue el 5 de diciembre de 2010.

SEXTO: Nos encontramos ahora ante un supuesto similar al enjuiciado en la reciente sentencia de esta Sala y Sección, de fecha 02/06/14 , en recurso de la misma empresa, en el que emitió informe el mismo perito (que viene informando reiteradamente las reclamaciones de responsabilidad contractual de MOYMAR), pues, además de las especiales circunstancias concurrentes, a las que hemos hecho referencia, también en el presente caso Ingeniería y Construcción Moymar, S.A., aceptó la suspensión parcial temporal de las obras, sin oponer tacha u objeción alguna, aunque las obras se fueron ejecutando en aquellas partes que no estaban afectadas por las incidencias que dieron lugar a la suspensión parcial. Asimismo, prestó su consentimiento al levantamiento de la suspensión, aceptó expresamente los nuevos precios fijados por la Administración en el Modificado 1, con su adicional, suscribiendo tras ello el oportuno contrato. Aceptó el plazo fijado para la terminación de las obras, que era el mismo ya establecido en el acuerdo de prórroga, a petición del propio contratista. Quedando terminadas las obras a la fecha fijada, solo un mes después del levantamiento de la suspensión parcial.

En consecuencia, también en este procedimiento el contratista, pese a haber asumido el Modificado 1 con la fijación concreta del plazo de duración de las obras, sin reserva u objeción alguna, previa su petición de prórroga, pretende que se le indemnice por una mayor duración de las obras, obviando su vinculación a las modificaciones que se acuerden respecto de un contrato originario en cuanto lo asuma con su firma, como en el caso sucede, en los términos que exponen las STS de 19 de julio de 2005 y 25 de septiembre de 2007 , entre otras. En la última se expone que *"el consentimiento que la empresa prestó al nuevo contrato y al precio allí estipulado sin formular reserva ni protesta alguna conduce a considerar que no es aquí de aplicación la previsión indemnizatoria del artículo 103.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , pues si el período de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestan su entera conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar -y resulta difícilmente conciliable con el principio de la buena fe contractual- una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados de aquella suspensión"*.

En este sentido se ha pronunciado la Sala en numerosas ocasiones (St 10/03/11, 07/10/13, entre otras).

Por otra parte, como igualmente ha señalado esta Sala, la doctrina de los actos propios opera en una doble dirección, esto es, también respecto de la contratista, que actuó en la forma descrita en los anteriores fundamentos jurídicos, y realizó sucesivas declaraciones de voluntad mostrando su aceptación de los acontecimientos.

La jurisprudencia admite, en determinadas ocasiones y no siempre con carácter general sino en atención a las circunstancias concretas de cada caso, que cuando en una obra se producen retrasos y dichos retrasos traen causa de la actuación de la Administración, sin que al tiempo concurra en ellos culpa alguna del contratista, se le deben indemnizar a éste los perjuicios debidamente acreditados que dicho retraso le haya ocasionado. Así, en sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2011 , en la que precisamente se abordó una petición de indemnización de daños y perjuicios (que comprendía costes indirectos, revisión de precios, gastos generales), por dilación en la redacción de una modificación, el Alto Tribunal rechaza el recurso de casación interpuesto por la empresa contratista contra una sentencia dictada por la Sección Primera de esta Sala el día 22 de diciembre de 2008 en la cual se decía, y así lo reproduce el TS en su sentencia:

".. con independencia de que las obras pudieran estar más o menos paralizadas o se dilataran durante un tiempo superior al previsto, especialmente hasta la redacción y aprobación del proyecto modificado, lo cierto es que el contratista suscribió el contrato de obras del proyecto modificado en el que se establece que el plazo de ejecución se amplía en un mes, estando obligado el contratista al cumplimiento del mismo, así como el de los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva del contrato."



Si el contratista asumió sin reserva ni objeción dicha cláusula, que interpretada de acuerdo con los antecedentes expuestos, implica que el plazo de un mes debe entenderse a partir de la aprobación del modificado no puede ahora ir contra sus propios actos y solicitar se le indemnice por las consecuencias derivadas de esa mayor duración de las obras, que el aceptó."

No desconoce el tribunal que viene aclarando la Jurisprudencia (la más reciente ST 31/03/14) que:

"Esta Sala en la jurisprudencia que cita la propia sentencia y en otras sentencias ha establecido que la suspensión de una obra para realizar un nuevo proyecto básico no supone automáticamente derecho a indemnización. Sin embargo, la cuestión ha de resolverse caso por caso, teniendo en cuenta que la aceptación del modificado, que es obligatorio en general, salvo que se den las circunstancias previstas legalmente para optar por la resolución, para el contratista, aun cuando se acepte voluntariamente no implica la renuncia a la indemnización de los daños ocasionados por la paralización, que es compatible con la aceptación del modificado, por lo que habrá que estar al contenido del mismo y a las obligaciones y derechos que expresamente se pacten al respecto. En el presente caso, la sentencia rechaza la indemnización, no por considerar que la paralización es imputable al contratista, sino deduciendo que al haber aceptado el modificado sin reserva, tácitamente renunciaba a la indemnización por el retraso. Pues bien como esta Sala ha dicho ya en la reciente sentencia de 18 de junio de 2012 no puede automáticamente considerarse que porque se haya firmado un modificado quede extinguido el derecho del contratista a la indemnización por los daños que le hayan generado las suspensiones."

En el supuesto contemplado en dicha sentencia la necesidad del modificado no fue formulada por el contratista, sino por la Administración, en base al informe redactado por la Dirección de las Obras. Y en ella se rechaza uno de los motivos del recurso de casación, en los siguientes términos:

"(...) No ocurre lo mismo con la petición relacionada con la tercera paralización, pues no puede revisarse como se ha reiterado la valoración de la prueba hecha en instancia. También ha de rechazarse la petición de indemnización por las prorrogas, pues al margen de que la Sala de Instancia debió pronunciarse expresamente sobre ellas, lo cierto es que las prorrogas se solicitaron por la recurrente, y van unidas al cumplimiento de los modificados aceptados por la misma, siendo distintas de las suspensiones a que se refiere el artículo 103 de la Ley de Contratos de 1995 antes citado."

También aquí obra en el expediente administrativo un informe del Ingeniero Director de las obras en el que, valora las incidencias acaecidas, en particular el período de suspensión al que se refiere la reclamación, estimando finalmente que ha existido afección económica, que evalúa en un 50% del montante pretendido por el contratista.

Sin embargo, dadas las concretas circunstancias concurrentes entiende la Sala que no puede tener en consideración los referidos informes, por cuanto que supeditan en lo sustancial los importes que reflejan a la mayor duración de las obras. Ya hemos dicho que la recurrente aceptó plenamente el Modificado 1, con un adicional sustancial sobre el presupuesto de adjudicación, y los nuevos precios, así como la fecha de terminación de las obras -coincidente con la prórroga solicitada por ella-, y firmó, sin que conste disconformidad, la certificación final. Por otra parte, las anomalías e incidencias detectadas no eran desconocidas para el recurrente, sino que ya se habían hecho patentes por la adjudicataria inicial antes de la cesión del contrato a MOYMAR, que era perfectamente concedora de las mismas.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

SÉPTIMO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, en su redacción dada por la Ley 37/2011, procede la condena en costas a la actora.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador **D. Miguel Ángel Heredero Suero**, en nombre y representación de la entidad **INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN MOYMAR, SA**, contra la desestimación presunta por el Ministerio de Fomento de la reclamación indemnizatoria formulada, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos por su adecuación a Derecho.

Con condena en costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo la indicación de que la misma es firme y contra ella no cabe recurso ordinario alguno, y de la cual será remitido testimonio, con el expediente, a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.