



Roj: **STS 5868/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:5868**

Id Cendoj: **28079130042008100554**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **10/11/2008**

Nº de Recurso: **5221/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ENRIQUE LECUMBERRI MARTI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3680/2006,**
STS 5868/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Noviembre de dos mil ocho.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 5221/2006, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador Don Luis Pozas Osset, en nombre y representación de la entidad ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (antes denominada NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A.), contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha tres de julio de dos mil seis, - recaída en los autos 233/2004-.

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el día tres de julio de dos mil seis, cuyo fallo dice: "DESESTIMANDO el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de (sic) por el Procurador de los Tribunales Don Luis Fernández Pozas Osset, en nombre y representación de NECSO, ENTRECANALES CUBIERTAS SA, contra la resolución, de 19 de febrero de 2004, del Secretario de Estado de Costas por la que desestima la reclamación presentada por dicha empresa en concepto de indemnización de daños y perjuicios supuestamente causados durante la ejecución del proyecto "RECUPERACIÓN AMBIENTAL DEL LITORAL DEL CARRER DEL MAR, T.M. DE EL CAMPELLO (ALICANTE), DEBEMOS DECLARAR y DECLARAMOS ajustada a derecho dicha resolución; sin hacer expresa imposición de las costas de este proceso."

SEGUNDO.- Por la representación procesal de ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (antes denominada NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A.), se interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha veintisiete de octubre de dos mil seis.

TERCERO.- Mediante providencia de fecha cinco de julio de dos mil siete, dictada por la Sección Primera de esta Sala, se acordó admitir a trámite el presente recurso de casación, y remitirlo a la Sección Sexta de esta Sala conforme a las reglas de reparto de asuntos.

CUARTO.- La Sección Sexta de esta Sala por providencia de fecha veintidós de octubre de dos mil siete, acordó remitir las actuaciones a esta Sección Cuarta, donde se tienen por recibidas el catorce de diciembre de dos mil siete, confiriéndose traslado a la parte recurrida para formular oposición.



QUINTO.- La Abogacía del Estado, presentó escrito de oposición al recurso en fecha veintidós de enero de dos mil ocho.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día veintiocho de octubre de dos mil ocho, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En este recurso de casación se impugna por la representación procesal de la entidad mercantil ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (antes denominada NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A.), la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha tres de julio de dos mil seis, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la referida sociedad contra la resolución del Secretario de Estado de Costas, de diecinueve de febrero de dos mil cuatro, que desestimó la reclamación formulada por la citada empresa por los daños y perjuicios causados durante la ejecución del proyecto "Recuperación del litoral del CARRER DEL MAR, TM CAMPELLO (ALICANTE)".

La Sala de instancia declara como hechos probados los siguientes:

1º. Con fecha 17 de septiembre de 2001, la empresa actora en este procedimiento y la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente formalizaron el contrato para la ejecución del proyecto «Recuperación Ambiental del Litoral del Carrer del Mar, T.M. de el Campello (Alicante) por importe de 3.734.913,73 euros.

2º. La mencionada contratista presentó escritos de fechas 4 de febrero, 30 de abril y 9 de junio de 2002, solicitando la indemnización de daños y perjuicios causados durante la ejecución del referido proyecto por los temporales acaecidos en noviembre de 2001, marzo y mayo de 2002, por importe total de 1.160.671,81 euros.

3º. Con fecha 12 de febrero de 2003, el Jefe de Proyectos y Obras del Servicio Provincial de Costas del Ministerio de Medio Ambiente en Alicante informó que en esa zona costera donde se ejecutaba la citada obra adjudicada a la hoy recurrente se han producido diversos temporales que han afectado a esas obras. También constata el contenido de una prescripción del pliego de Condiciones Técnicas Particulares del contrato suscrito, en el que se recoge la obligación del contratista de suscribir un contrato de **seguro** que cubra, al menos, el riesgo de daños por oleaje durante la ejecución de las obras. Igualmente, se indica en ese informe que el **seguro** no se pudo suscribir porque ninguna compañía del sector del **seguro** ofreció cotización alguna «por los acontecimientos del 11 de septiembre» y porque la obra se iniciaba en la peor época en cuanto a riesgos de mar se refiere. Por ello, dicho Ingeniero consideraba que procedía indemnizar a Necso Entrecanales Cubiertas SA por existir fuerza mayor, con 798.520, 96 euros, cantidad a la que se llega después de un pormenorizado estudio.

4º. El 29 de abril de 2003, el Área de Contratación y Normativa del mismo Departamento, formula propuesta de resolución desestimando la mencionada reclamación de daños y perjuicios presentada por la indicada contratista, ya que, según la cláusula 5.18 del Pliego de Prescripciones técnicas a regir en el contrato, la empresa estaba obligada a suscribir una póliza de **seguro** que cubra cualquier eventualidad que suceda durante la ejecución de la obra y, concretamente, el riesgo por daños causados a las obras por un oleaje superior al del cálculo durante su ejecución.

5º. Tras darse audiencia al interesado, durante la que manifestó estar en desacuerdo con esa propuesta de resolución, la Abogacía del Estado, con fecha 30 de mayo de 2003, informó desfavorablemente a esa propuesta, al entender que en ningún caso en un pliego de Prescripciones Técnicas puede contener declaraciones o cláusulas de carácter económico que deben figurar en el pliego de Cláusulas Administrativas y en el presente caso no puede desplazarse la exigencia del cumplimiento de una obligación impuesta por Ley a la Administración (la reparación de los daños y perjuicios derivado de fuerza mayor) al contratista, al exigírsele la suscripción de un contrato de **seguro** que asegure la fuerza mayor como riesgo propio, con el encarecimiento de las obras ejecutadas por la Administración, pues no existe base legal ni contractual para ello. Por todo lo cual, considera que la Administración debe realizar un análisis de las circunstancias concurrentes con el fin de determinar si los hechos son o no subsumibles en el concepto jurídico de fuerza mayor.

6º. La Subdirección General de Actuaciones en la Costa, con fecha 12 de junio de 2003, mostró su conformidad con el informe del Servicio Provincial de Costas en Alicante, entendiéndose que la indemnización se ha de establecer en 745.402,51. El 16 de junio de 2003, se elaboró nueva propuesta de resolución en la que se decía que en el presente caso estaba acreditado que se han producido temporales marítimos durante tres períodos que son constitutivos de fuerza mayor, debiéndose indemnizar a la hoy actora con la cantidad de 632.413,99. El Consejo de Obras Públicas, en informe de 13 de noviembre de 2003, entiende que el contratista no estaba



obligado a concertar un **seguro** porque la cláusula era nula al estar incluida en el Pliego de Condiciones Técnicas Particulares y considera probado que los fuertes oleajes que azotaron la zona en las fechas de ejecución de las obras produjeron importantes daños en la misma; califica los daños como temporales y procede aplicar el artículo 144 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y que procede indemnizar a la contratista con la cantidad de 632.413, 99, que se deberá de actualizar en su caso. La abogacía del Estado, en su informe de 1.1203, indica que procedía indemnizar a la contratista en los términos de la propuesta de resolución.

7º. El Consejo de Estado, con fecha 29 de enero de 2004, informa que procedía desestimar la reclamación efectuada por la actora. Entiende dicho órgano consultivo que en el caso de autos, a parte de la cuestión de la fuerza mayor, existe la peculiaridad de que en Pliego de Condiciones Técnicas Particulares se prevé la obligación de que el contratista concertara un **seguro** de daños, dado que eran previsibles las dificultades de ejecutar la obra fuera del período estival (lógico dado el uso habitual de la playa), en que la adversa climatología podía impedir, dificultar o encarecer la ejecución de la obra. Igualmente, considera este órgano consultivo que la cláusula citada no es nula por el hecho de estar incluida en ese pliego pues al cumplimiento del mismo se obligaba la contratista según el literal de la cláusula 1ª del contrato y del punto 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Además, la referida contratista intentó suscribir el citado **seguro** en cumplimiento de esa cláusula, pero no pudo realizarlo porque, según documento aportado por la misma en fase de ejecución de ese contrato de obra, una correduría de **seguros** le motivó esa imposibilidad porque se había producido una ausencia total de respuesta a la petición de cotización de **seguro** a todo riesgo para la construcción por parte de los **seguros** directo nacionales. También señala que el hecho de que la citada cláusula fuera nula, no por ello sería nulo lo convenido, pues, una vez perfeccionado el contrato, éste pasa a ser Ley entre las partes. En cualquier caso, concluye el referido informe, haya o no **seguro**, lo importante en este caso es determinar si ha habido o no fuerza mayor que invierta el principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato, por lo que el **seguro** no cuenta, pues su objeto no era cubrir de la fuerza mayor al contratista, sino a los siniestros que se indica en el pliego. La determinación de la fuerza mayor depende de un análisis técnico, no jurídico, y en el presente caso es revelador que la Administración haya exigido que el contratista concertase un **seguro**, a la vista de la previsibilidad de que el riesgo asumido por el contratista fuera mayor al presupuestado, y su ventura negativa. El adjudicatario no impugnó el pliego, sino que licitó en esos términos, intentó contratar un **seguro** e incluso la correduría dijo que el riesgo era previsible y que no encontró aseguradora, como era lo habitual en operaciones de ese tipo que anteriormente había concertado con la citada contratista. En consecuencia, el referido Consejo de Estado considera que en el presente caso no concurre la fuerza mayor recogida en el artículo 144 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, porque por los datos expuestos había previsibilidad en el daño causado, lo que unido al carácter extraordinario de la fuerza mayor y de los demás elementos del mencionado precepto legal, que se remite a situaciones catastróficas, le lleva a entender que en este caso no se ha producido una situación que exima al contratista de la obligación de ejecutar el contrato a su riesgo y ventura.

8º. Con base a ese razonamiento del Consejo de Estado, el acto recurrido rechaza la reclamación de la entidad mercantil actora en este proceso.>>

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se aduce al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional un único motivo de casación que se fundamenta en la infracción del artículo 144.1 y 2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas.

La sociedad recurrente después de transcribir literalmente en su escrito de interposición del recurso el párrafo último del fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida, que dice:

<<También se ha de coincidir con la defensa del Estado en que el concepto de fuerza mayor recogido en el artículo 144.1.b de la TRLCAP requiere, en relación a los temporales marítimos (que junto con otros fenómenos naturales se enumeran en ese precepto), que los mismos tengan unos efectos catastróficos, es decir, que sean de una envergadura y producción no previsibles y si lo son que sean inevitables, pues no hay que olvidar que su literal habla textualmente de los fenómenos naturales de efectos catastróficos como temporales marítimos, es decir, no se refiere a cualquier temporal del mar sino que éste es un presupuesto previo que ha de ir acompañado de esos elementos de «consecuencias imprevisibles» o «inevitables». Pues bien, la acreditación de esos datos que llevarían a considerar que nos encontramos con un temporal catastrófico cuyos daños causados en la obra adjudicada relevaría al contratista de su inicial obligación de ejecutarla a su riesgo y ventura por cuanto constituye un caso de fuerza mayor, corresponde legalmente a quien invoca ese precepto legal para reclamar a la Administración la reparación de esos daños mediante una indemnización, en este caso la parte actora. Sin embargo, la misma no aporta un solo dato en tal sentido, no debiéndose olvidar lo ya referido de las concretas circunstancias en que se ejecutó la indicada obra pública (tiempo y lugar) y de que existía el dato revelador de la necesidad de contratar un **seguro** para daños por oleajes normales en esas



época y lugar, lo cual suponía, por lo demás, encarecer el precio de la obra, y si no se suscribió, un ahorro para el contratista. En cualquier caso, la no acreditación en legal forma de que esos temporales eran catastróficos en los términos expuestos y por ello constituían fuerza mayor nos ha de llevar a confirmar la resolución recurrida por ajustarse a derecho, plenamente.>>

Entiende, que, la sentencia impugnada interpreta erróneamente los apartados primero y segundo b. del artículo 144 del Texto Refundido de la Ley de Contratos al aplicar el concepto de fuerza mayor según el artículo 1105 del Código Civil, confundiendo y empleando incorrectamente los elementos de imprevisibilidad e inevitabilidad y finalmente omite que los temporales causaron un oleaje superior al del cálculo del proyecto ya que el **seguro** que preveía la cláusula 5.18 del Pliego de Prescripciones Técnicas, no lo era para cubrir los daños por oleajes normales, sino que por el contrario, era para cubrir los daños por oleaje superior al del cálculo del proyecto, lo que, en su opinión demuestra que el **seguro** debía cubrir los daños causados por un oleaje no previsible, como lo demuestra la citada cláusula 5.18 del Pliego, que considera el Tribunal no transcribe correctamente en cuanto que señala la referida cláusula, que en el **seguro** se incluirán los siguientes riesgos: "los daños ocasionados a las obras por un oleaje superior al del cálculo durante la ejecución".

TERCERO.- Ciertamente como señala la recurrente con el apoyo jurídico de nuestra sentencia de diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa, la calificación de fuerza mayor no puede realizarse acudiendo a la normativa genérica del Código Civil, sino a la específica de la Ley de Contratos del Estado, donde se hace una enumeración tasada de los supuestos de fuerza mayor; ahora bien, ello no es óbice para que el Juzgador al calificar la "vis maior" en el marco específico de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pueda utilizar también los principios o conceptos jurídicos acuñados por la doctrina y jurisprudencia del orden civil para apreciar en el caso concreto, si se produce o no, este evento exonerador de la responsabilidad contractual, pues, como declaramos en la sentencia de dos de junio de mil novecientos noventa y nueve -recurso número 4966/1993 - "la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe ser ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al suceso que esté fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o previsto fuese inevitable como guerras, terremotos, etc ...".

Y, no puede dejarse de señalar, a efectos de interpretación que el artículo 144 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, al enunciar los casos de fuerza mayor incluye "los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes" lo que supone centrar la concurrencia de fuerza mayor en la existencia de un fenómeno natural y su carácter catastrófico, sin que la modalidad o forma de manifestación sea determinante, pues la Ley específica unos supuestos concretos pero sin excluir otros semejantes, según expresión literal de la misma.

CUARTO.- En el caso que enjuicamos la "ratio decidendi" del Tribunal para desestimar el recurso contencioso administrativo fue que correspondía probar a la actora que los daños ocasionados por los temporales marítimos eran catastróficos, concluyendo en el inciso último del fundamento jurídico séptimo que "En cualquier caso, la no acreditación en legal forma de que estos temporales eran catastróficos en los términos expuestos y por ello constituían fuerza mayor nos ha de llevar a confirmar la resolución recurrida ...".

Este razonamiento del Juzgador de instancia en cuanto que parte de unos hechos probados nos vinculan, pues, la recurrente no invoca ningún motivo casacional por indebida o errónea apreciación de la prueba, por ser su valoración ilógica, irracional o arbitraria, pues, en base a los informes del Jefe de Proyectos y Obras del Servicio Provincial de Costas de Alicante, del Coordinador del Área de Contratación y Normativa de la Dirección General de Costas del Ministerio, de la Subdirección General de Actuación en la Costa, del Coordinador del Área de Contratación Administrativa y del Consejo de Obras Públicas, se limita a señalar que los tres temporales tuvieron efectos catastróficos, dañinos y ruinosos, cuando en realidad los únicos informes técnicos que podrían ser válidos para acreditar los efectos catastróficos durante los días seis a nueve de mayo en el Campello, serían los emitidos por el Centro Meteorológico Territorial en Valencia del Ministerio de Medio Ambiente, sobre el tiempo reinante y estado de la mar, cuando en dichos informes a los que se remite la recurrente, se aprecia que la intensidad del viento y del estado de la mar, según las escalas de Beaufort y Douglas, no revestían el carácter de temporal marítimo, y, por ende no pueden calificarse de catastróficos.

En consecuencia este motivo de casación debe ser desestimado.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas de este recurso de casación a la sociedad recurrente, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el número 3 del citado precepto y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en tres mil euros (3.000€), la cifra máxima por honorarios de la parte recurrida.

En nombre de Su Majestad el Rey y los poderes que nos confiere la Constitución



FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (antes denominada NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A.), contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha tres de julio de dos mil seis - recaída en los autos 233/2004-; con expresa condena de las costas de este recurso a la parte recurrente, dentro del límite señalado en el fundamento jurídico quinto, de ésta, nuestra sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Martí, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ