



Roj: **STS 4466/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:4466**

Id Cendoj: **28079130042009100307**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **30/06/2009**

Nº de Recurso: **4296/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 2835/2007,**
STS 4466/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de junio de dos mil nueve

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 4296/07, interpuesto por la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª en el recurso núm. 310/03, interpuesto por la entidad ACS, Proyectos de Obras y Construcciones, SA contra la desestimación presunta del Consejero de Presidencia e Innovación Tecnológica del Gobierno de Canarias de fecha 5 de junio de 2002, por el que se solicita la revisión de precios en relación a la obra "Ejecución de las obras del Edificio Juzgados de Telde (Gran Canaria). Ha sido parte recurrida la entidad ACS, Proyectos de Obras y Construcciones, SA representada por el Procurador de los Tribunales D. Federico Pinilla Romeo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo núm. 310/03, seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, se dictó sentencia con fecha 26 de junio de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de ACS, PROYECTOS, OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A. contra la resolución dictada por la Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica del Gobierno de Canarias y declarar sin efecto la cláusula octava del Pliego de cláusulas Administrativas Particulares del Contrato de Ejecución de Obras del " Edificio de los Juzgados de Telde", con el derecho de la demandante-recurrente a la revisión de precios que corresponda. Se absuelve del resto de lo pedido, en especial en cuanto a que no procede hacer expresa declaración de costas en este procedimiento".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal del Gobierno de Canarias, se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal por escrito presentado el 25 de septiembre de 2007, formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La representación procesal de ACS Proyectos de Obras y Construcciones, SA formalizó el 29 de febrero de 2008, escrito de oposición al recurso de casación interesando su desestimación.



QUINTO.- Por providencia de fecha 8 de mayo de 2009 se señaló para votación y fallo el 24 de junio de 2009, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias interpone recurso de casación 4296/2007 contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, Sección 1^a en el recurso contencioso administrativo núm. 310/03, interpuesto por ACS, Proyectos de Obras y Construcciones, SA contra la desestimación presunta del Consejero de Presidencia e Innovación Tecnológica del Gobierno de Canarias de fecha 5 de junio de 2002, en que solicitaba la revisión de precios en relación a la obra "Ejecución de las obras del Edificio Juzgados de Telde (Gran Canaria). Resolvió la Sala declarar sin efecto la cláusula octava del Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de ejecución de obras del "edificio de los juzgados de Telde", con el derecho de la demandante a la revisión de precios que corresponda.

En el PRIMER fundamento reseña que la demandante resultó adjudicataria del concurso del proyecto de ejecución de las obras del edificio de los juzgados de Telde figurando tanto en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, cláusula octava, como en el contrato, cláusula segunda, la exclusión de la revisión de precios.

Subraya asimismo que el plazo de ejecución estaba previsto en 26 meses, siendo rebajado por la adjudicataria a 18 meses, si bien, en tres ocasiones sucesivas, solicita prórroga del plazo de ejecución por causas no imputables a la misma que le son concedidas siempre con la indicación de que no supondría modificación alguna en cuanto a las obligaciones y derechos de las partes consignadas en el contrato inicial.

Ya en el SEGUNDO analiza los términos del art. 4 LCAP y 143 LCAP en relación arts. 1255 y 1258 C. Civil, así como que la demora en la realización de las obras, 14 meses, no era imputable al contratista como deriva de los informes de la Dirección facultativa y de la propia administración.

En el TERCERO analiza el art. 103 de la LCAP en relación con jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia que aceptan la revisión de precios en contratos que la excluyan para concluir su procedencia.

SEGUNDO.- Un primer motivo se articula al amparo del art. 88.1.d) LJCA por infracción del art. 4 LCAP y arts. 1255 y 1258 C. Civil.

Expone que la cláusula octava del pliego de cláusulas administrativas particulares, expresamente aceptado por la actora señala "en la presente contratación no habrá revisión de precios".

Añade que la cláusula segunda del contrato señala asimismo que el presente contrato no estará sometido a revisión de precios.

Se solicitaron por el contratista tres prórrogas que fueron autorizadas por la Administración bajo la condición de que dichas prórrogas no suponían modificación alguna de las obligaciones y derechos de las partes.

Reputa contrario a lo pactado y al principio de buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, que la empresa haya aceptado lo anterior, y una vez finalizadas las obras haya solicitado nulidad de una cláusula del contrato y del pliego de condiciones por falta de motivación.

Destaca que debe tenerse en cuenta que el plazo original del contrato era 26 meses y la empresa ofertó como mejora la reducción del plazo a 18 meses, mejora que no se llevó a cabo. Dice que el precio del contrato se calculó por la Administración sobre la base de un período de ejecución contractual de 26 meses, por lo que no parece evidente un desequilibrio financiero a favor del contratista.

Un segundo motivo se apoya asimismo en el art. 88.1.d) LJCA para sostener infracción del art. 14 LCAP.

Afirma que se convino que no habría revisión de precios, y la empresa lo aceptó. Fue consciente en todo momento de lo que firmaba, y no hizo objeción alguna sobre la falta de motivación de la exclusión de la revisión de precios.

Añade que cuando se hicieron las prórrogas tampoco hizo objeción alguna respecto a las condiciones del contrato en las que se establecía que no se alteraban los derechos y obligaciones de las partes.

Cita el artículo 7 del Código Civil que exige ejercitar los derechos conforme a las exigencias de la buena fe. Subraya que la empresa pudo exigir la motivación de la exclusión de la revisión de precios antes de firmar el contrato, y no lo hizo y tampoco al solicitar las prórrogas.



Un tercer motivo al amparo del art. 88.1.d) LJCA esgrime vulneración del art. 94 LCAP .

La cláusula segunda del contrato señala que, el presente contrato no estará sometido a revisión de precios. Y al suscribir las prórrogas de los contratos las partes convinieron que no se alteran los derechos y obligaciones de las partes.

Por ello, destaca que las partes están vinculadas por lo pactado. Pretender una vez ejecutado el contrato, anular una cláusula previamente pactada y conocida antes de firmar el contrato, resulta contrario a la buena fe contractual. Además hay que tener en cuenta que el plazo de ejecución del contrato era de 26 meses y que sobre dicho plazo de ejecución contractual la Administración fijó el precio de la contratación.

Sostiene que la alteración de las condiciones contractuales a posteriori va en contra de los principios de igualdad, transparencia y concurrencia propios de la contratación administrativa.

Cita la STS de 10 de marzo de 1989 cuyo FD primero establece que la revisión de precios nace del pacto no de la Ley.

Un cuarto al amparo del art. 88.1.d) LJCA por infracción del art. 99 TRLCAP , precepto que establece que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, salvo en los casos de fuerza mayor.

Alega que la sentencia no aplica este principio al contratista sino a la Administración. Todas las incidencias de contrato se hacen recaer sobre la Administración. La empresa oferta una mejora más onerosa para sus intereses que la exigida por la Administración en relación con el plazo de ejecución de la obra. El plazo 26 meses previsto para la ejecución del contrato lo reduce a 18 meses. Esta mejora relevante para la adjudicación del contrato no se cumple, y además la empresa pretende a posteriori una vez ejecutadas las obras, obtener una compensación económica por el retraso, en contra de lo pactado.

Manifiesta que una cosa es que la mejora no se cumpla por determinadas circunstancias con la aceptación de la Administración y otra que además la empresa saque beneficio de ello.

El principio de riesgo y ventura aparece en el fundamento de derecho quinto de la STS de 22 de enero de 1988 . Esta sentencia excluye la revisión de precios al considerar aplicable el principio de riesgo y ventura del contratista. También cita el FJ 7º de la STS de 10 de marzo de 1989 . Un quinto motivo se apoya en el art. 88.1.d) LJCA por infracción art. 99.1. LCAP : "El contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato y con arreglo al precio convenido".

Aduce que el precio se ha de abonar conforme a lo pactado. La modificación de las cláusulas contractuales una vez ejecutado el contrato, afecta a la esencia misma del consentimiento.

El contratista pudo objetar antes de firmar el contrato, o incluso las prórrogas, la falta de motivación de la exclusión de la revisión de precios. Sin embargo no hizo reserva alguna, aceptando que no hay revisión de precios y que las prórrogas no alteran los derechos y obligaciones de las partes. Invoca el FJ 2º de la STS de 27 de junio de 1989 .

Considera que no es posible denunciar la falta de motivación de la exclusión de la revisión de precios, a posteriori, una vez ejecutado el contrato. La denuncia a posteriori es contraria al principio de buena fe contractual.

Un sexto se articula al amparo del art. 88.1.d) LJCA por infracción del art. 103.3 LCAP .

Considera que la consecuencia de la falta de motivación de la exclusión de precios no puede ser la procedencia de la revisión de precios. En este caso, el contrato pudo hacer constar la falta de motivación al firmar el contrato, y no lo hizo.

Relata que la ausencia de resolución motivada que excluya la revisión de precios, no es motivo de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 62 de la LCAP . Invoca que el artículo 63 de la misma, en cuanto a las causas de anulabilidad, remite al artículo 63 de la Ley 30/1992 . De acuerdo con este artículo no estamos ante un acto anulable, ya que el mismo reúne los requisitos indispensables para alcanzar su fin. Reitera que la exclusión de la revisión de precios, figura tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares como en el contrato. Insiste en que no se produce indefensión de la entidad interesada, que ha tenido pleno conocimiento desde el principio de la contratación de la exclusión de la revisión de los precios, aceptando dicha cláusula con pleno conocimiento de su existencia.

Objeta los motivos la defensa de la parte recurrida que manifiesta que procede la revisión de precios para mantener el equilibrio financiero también con mención de sentencias de la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia.



TERCERO.- El conjunto de motivos esgrimido por la administración pueden ser examinados conjuntamente todos giran alrededor de que establecido un precio cierto en un contrato de obras bajo la cláusula, tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares inicial como en el contrato suscrito posteriormente, de no proceder a la revisión de precios resulta contraria a derecho su declaración de nulidad ulterior. Máxime tras haber aceptado el contratista sucesivamente tres prórrogas autorizadas por la administración bajo la condición de que dichas prórrogas no suponían modificación alguna de las obligaciones y derechos de las partes.

La prerrogativa administrativa que ampara el art. 104.3 LCAP (art. 103.3 TRLCAP) de no proceder a la revisión de precios en un determinado contrato figura no solo en el pliego de cláusulas particulares, siendo aceptada al concurrir al concurso regido por tales pliegos de cláusulas administrativas particulares, sino también en el propio contrato de adjudicación de obras.

Puede que lesione el equilibrio financiero del contrato mas si la misma fue aceptada sin objeción a ella debe estarse pues se sustenta en la libertad de pactos establecido en el art. 4 LCAP . Ha de engarzarse con el principio de riesgo y ventura establecido en el art. 99 LCAP (art. 98 TRLCAP) consagrando la regla tradicional de que el contratista ha de soportar las consecuencias derivadas de circunstancias no previstas en el contrato, no imputables a la administración y que no tengan la consideración de fuerza mayor, a tenor de lo establecido en el art. 144 TRLCAP para el contrato de obras.

Las prórrogas del contrato (art. 97 LCAP, art. 95 TRLCAP) se acuerdan cuando no ha acontecido una suspensión de las obras pero el ritmo de ejecución ha sido inferior al estipulado en el programa de trabajo. Aquí el contrato adjudicado fue inicialmente pactado en un plazo de ejecución de 18 meses, no obstante la previsión inicial de la administración en el pliego de 26 meses, en realidad demoró 14 meses, sin que tal momento de terminación derivará de un nuevo señalamiento por la administración.

Se desconoce la causa o circunstancias determinantes de tal demora salvo que debe ser consecuencia de hechos no imputables directamente al contratista, ya que, en caso contrario, no hubiera debido serle concedida conforme art. 140 del Reglamento General de Contratación del Estado , Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre ..

La imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato sobrepasando los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación.

Por ello, el art. 14 LCAP estatuye que los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea adecuado al mercado y se fijan mecanismos legales para garantizar la equivalencia de prestaciones y el equilibrio financiero. Uno de tales mecanismos es la revisión de precios cuya fórmula o sistema de revisión deberá venir detallado en el pliego de cláusulas administrativas conforme al art. 104 LCAP , art. 103 TRLCAP , art. 77 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público .

Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (art. 3.2. C. Civil) y buena fe (art. 7.1. C. Civil) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública.

La revisión de precios está contemplada con carácter general en la LCAP mas su improcedencia expresamente prevista en los pliegos o pactada en el contrato no constituye una excepcionalidad bajo el régimen de la LCAP pues sigue presente en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007, de 30 de octubre, art. 77.2 con un redactado análogo al aquí aplicable.

Prosperan los motivos.

SEXTO.- Estimado el recurso de casación, procede conforme al art. 95.2.d) LJCA resolver conforme a las pretensiones de las partes.

Cierto que la resolución excluyendo la revisión ha de ser motivada mas el incumplimiento de tal requisito no acarrea la nulidad de pleno derecho conforme al art. 62 LRJAPAC , sino, en su caso la anulabilidad, art. 63 LRJAPAC , lo que exige el ejercicio de la acción en tiempo y forma.

En consecuencia, se desestima el recurso contencioso-administrativo.

SEPTIMO.- No procede expresa mención sobre las costas ni de este recurso ni sobre las de instancia.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución

FALLAMOS



Ha lugar al recurso de casación deducido por la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª en el recurso contencioso administrativo núm. 310/03, interpuesto por ACS, Proyectos de Obras y Construcciones, SA contra la desestimación presunta del Consejero de Presidencia e Innovación Tecnológica del Gobierno de Canarias de fecha 5 de junio de 2002, en que solicitaba la revisión de precios en relación a la obra "Ejecución de las obras del Edificio Juzgados de Telde (Gran Canaria). Resolvió la Sala declarar sin efecto la cláusula octava del Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de ejecución de obras del "edificio de los juzgados de Telde", con el derecho de la demandante a la revisión de precios que corresponda, lo cual se declara nulo y sin valor ni efecto alguno.

No ha lugar al recurso contencioso administrativo 310/2003 que se desestima.

No ha lugar a pronunciamiento expreso sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Secretaria, certifico.