Roj: **STS 4120/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4120**

Id Cendoj: **28079130072014100328**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **7**
Fecha: **01/10/2014**
Nº de Recurso: **1784/2013**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**
Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número 1784/2009 ante la misma pende de resolución, interpuesto por EOC DE OBRAS Y SERVICIOS S.A., representada por el Procurador don Javier Soto Fernández, contra la sentencia de 15 de marzo de 2013 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1053/2010).

Siendo parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

" ***F A L L A M O S*** **:**

PRIMERO.- DESESTIMAR *el recurso contencioso-formulado por la entidad "EOC DE OBRAS Y SERVICIOS, S.A" contra la desestimación presunta del Ministerio de Fomento a que las presentes actuaciones se contraen.*

SEGUNDO.- *No se hace expreso pronunciamiento sobre las costas devengadas".*

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación de EOC DE OBRAS Y SERVICIOS S.A., promovió recurso de casación y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, la representación de la mercantil recurrente presentó su escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, se terminaba con este Suplico a la Sala:

"(...) dicte en su día Sentencia por la que, con estimación de los motivos de este Recurso interpuesto:

1.- Se case y anule la mencionada Sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

2.- *Se declare no conforme a Derecho la denegación presunta de la Reclamación de daños y perjuicios formulada por mi representada.*

3.- Se dicte nueva sentencia sustitutoria, estimando la demanda presentada en la instancia, de tal manera que se condene al Excmo. *Ministerio de Fomento a pagar a EOC DE OBRAS Y SERVICIOS, S.A. la cantidad de 4.596.077,72 € en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por los retrasos y suspensión de la obra "Conservación del firme. Reparación y refuerzo del firme de la autovía del Suroeste A-5, del P:K: 168,500 al 190,00. Tramo: L.P. con Toledo-Almaraz (Este). Clave 33-CC-2910", más los intereses de demora que correspondan hasta la fecha efectiva de pago de las cantidades adeudas y el anatocismo legal".*

4.- *La imposición a la parte contraria, de las costas procesales de este Recurso".*

CUARTO.- La ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado se opuso al recurso de casación con un escrito que finalizaba así:

"(...) dicte sentencia desestimatoria de este recurso con los demás pronunciamientos legales".

QUINTO.- Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 24 de septiembre de 2014.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son datos y hechos relevantes para resolver la actual casación, deducibles del expediente administrativo, los siguientes:

1.- A la mercantil EOC DE OBRAS Y SERVICIOS S.A,. le fue adjudicado el 11 de noviembre de 2005 el contrato de obra para la conservación, reparación y refuerzo del firme de la Autovía del Suroeste, PK 168,500 al 190,000, Tramo L.P. con Toledo-Almaraz (Este).

El contrato fue formalizado el 25 de noviembre de 2005, con un presupuesto de adjudicación de **6.757.709,40 €** y un plazo de ejecución de **veinticuatro meses** con esta distribución de anualidades: año 2005: 334.369,49 €; año 2006: 3.112.339,96 €; y año 2007: 3.310.999,95€.

El acta de replanteo fue levantada el 25 de noviembre de 2005 y en ella se hizo constar: *"Que se encuentran disponibles la totalidad de los terrenos necesarios para la normal ejecución de la obra ya que la obra se ejecutará en terrenos de dominio público, afectos al Servicio de Carreteras del Estado";* y fue firmada, entre otros, por el representante de la contratista.

2.- Esa distribución de anualidades fue reajustada en las siguientes fechas y términos.

- El 28 de septiembre de 2006 se retrajo una suma de la anualidad 2006 y se paso a la anualidad 2007.

- El 21 de noviembre de 2006 se retrajo una suma de la anualidad 2007 y se pasó a la anualidad 2008; y se concedió una prórroga hasta el 29 de febrero de 2008.

- El 30 de julio de 2007 se retrajo otra suma de la anualidad 2007 y se paso a la anualidad 2008; y se concedió una nueva prórroga hasta el 29 de julio de 2008.

- El 30 de julio de 2007 se retrajo otra suma de la anualidad 2007 y se paso a la anualidad 2008; y se fijó como fecha de finalización la de 29 de julio de 2008.

- El 4 de febrero de 2008 se concedió una nueva prórroga hasta el 29 de julio de 2008.

3.- El 29 de mayo de 2007 se levantó acta de suspensión temporal total de la obra, en la que se hizo constar, como hechos decisivos para dicha suspensión, los siguientes: (i) que en fecha 11 de octubre de 2006 la Dirección de la Obra, con la conformidad del contratista, había elevado a la superioridad una propuesta de modificación para corregir una serie de aspectos del proyecto y de la obra, luego complementada con otros escritos de 29/12/06, 16/02/07, 26/02/07 y 27/03/07, y (ii) que el 25 de abril de 2004 se había autorizado la redacción de la Modificación nº 1.

4.- La resolución de 1 de agosto de 2008 aprobó económica y definitivamente el modificado núm. 1, con un adicional de 3.601.167,37 €, y una distribución de anualidad que consistió en referir ese adicional al año 2008.

El contrato correspondiente a ese modificado fue formalizado el 2 de septiembre de 2008, y en él se estipuló que se mantenía el plazo vigente de terminación de las obras.

5.- El 3 de septiembre de 2008 se levantó acta de replanteo del modificado núm. 1 y levantamiento de suspensión de las obras.

6.- El 12 de septiembre de 2008 se aprobó un nuevo ajuste de anualidades consistente en detraer una suma del año 2008 y para pasarla al 2009; y se otorgó un plazo para la finalización de la obra hasta el 29 de octubre de 2009.

7.- Las obras finalizaron el 15 de junio de 2009 y la recepción de ellas se realizó el 2 de septiembre de 2009.

8.- El 15 de abril de 2010 EOC DE OBRAS Y SERVICIOS S.A presentó ante el Ministerio de Fomento un escrito en el que solicitaba el abono de la suma de 4.291.946,53 euros *"sin perjuicio de los intereses legales que devengue, más la actualización correspondiente"* .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

La justificación principal esgrimida en dicha petición fue la existencia de un retraso en el plazo de ejecución de las obras imputable a la Administración y derivado de estas dos principales causas: la no disposición durante un primer período de todos los terrenos y permisos que eran necesarios para la ejecución de las obras; y la necesidad después de aprobar una modificación del contrato para subsanar defectos existentes en el proyecto.

El cálculo de esa suma total **de 4.291.946,53 euros** fue el resultado de apreciar un incremento de **21,24 meses** sobre el período de duración previsto contractualmente, y calcular con ese módulo temporal estos cuatro conceptos indemnizatorios:

1.486.610,72 € como incremento de Costes Indirectos

966.227,35 € como incremento de Gastos Generales

445.951,07 € por perdida de beneficio industrial y

601.855,76 € como actualización de daños y perjuicios y

791.301,63 € como intereses de los daños y perjuicios actualizados.

Para explicar ese incremento temporal de 21,24 meses el escrito invocaba inicialmente estos datos:

Un plazo contractual inicial desde 28/nov/2005 hasta el 28/nov/2007

Una suspensión temporal parcial desde enero de 2006 hasta el 25 de abril de 2007

Una suspensión temporal total desde el 25/abril/2007 hasta 3/sept/2008.

Y desde esos datos el incremento de 21,24 meses se determinaba como resultado de sumar estos magnitudes temporales parciales:

2,40 meses de ejecución de la obra más allá de los 24 meses previstos en el contrato;

16,27 meses de suspensión temporal total, y

2,57 de espera en la recepción de la obra.

9.- El 13 de julio de 2012 emitió informe sobre la anterior petición El Ingeniero Director de la Obra y Jefe de la Demarcación de Carreteras de Extremadura.

Este informe fue solo parcialmente favorable a la petición en estos términos: que solo debía computarse la paralización del período comprendido entre el 29/mayo/2007 y el 3/sept/2007; que los costes indirectos reclamados no podían determinarse por falta de concreción de las pruebas aportadas; y que sí cabía reconocer en el anterior período un incremento de los Gastos Generales de la Empresa y una disminución del beneficio industrial.

10.- El proceso de instancia fue iniciado por EOC DE OBRAS Y SERVICIOS S.A,. mediante un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de esa petición de 15 de abril de 2010 que antes se ha mencionado.

En la demanda luego formalizada postuló lo siguiente:

"(...) se dicte Sentencia por la que se estime el Recurso interpuesto por esta parte contra la inactividad del Dirección General de Carreteras, Ministerio de Fomento, se reconozca el derecho de EOC DE OBRAS Y SERVICIOS, S.A. a percibir las cantidades que se detallan y en su virtud, se condene a la Dirección General de Carreteras, Ministerio de Fomento a pagar a mi representada, s.e.u.o., la cantidad de ***CUATRO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETENTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (4.596.077,72 €*** *), en concepto de daños y perjuicios sufridos en las obras CONSERVACIÓN DEL FIRME. REPARACIÓN Y REFUERZO DEL FIRME DE LA AUTOVÍA DEL SUROESTE A-5, DEL P.K. 168,500 AL 190,000. TRAMO: L.P. CON TOLEDO-ALMARAZ (ESTE). CLAVE: 33-CC-2910" por la suspensión y paralización de las obras imputable exclusivamente a la Administración demandada. Se abone a EOC DE OBRAS Y SERVICIOS, S.A. los intereses legales y anatocismo de los intereses de demora de la cantidad reclamada desde la fecha de la interpelación judicial. Se impongan a la parte contraria las costas procesales".*

Dicha demanda vino a reiterar los alegatos, cifras y conceptos de la petición que había sido presentada en la vía administrativa, con la única diferencia de extender hasta la fecha de la demanda el período correspondiente a los intereses de los daños y perjuicios actualizados y de establecer el importe de este concepto en 1.095.432,85 €.

11.- La sentencia objeto de esta casación desestimó el anterior recurso jurisdiccional.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Sus argumentos principales para justificar es pronunciamiento desestimatorio fueron estos dos: que la contratista había asumido el *"Modificado"* sin reserva ni objeción alguna; y resultaba inaplicable la doctrina de los actos propios que había sido invocada frente a la Administración con base en el Informe de 13 de julio de 2010 emitido por el Ingeniero Director de las Obras.

Esos argumentos fueron expuestos en los fundamentos cuarto y quinto, cuyo contenido literal es éste:

"(...) - Como queda dicho, el contratista asumió el Modificado sin reserva u objeción alguna y ahora lo que pretende es que además se le indemnice por una mayor duración de las obras. Pues bien, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2005 (Rec. 1921/2002) existe una vinculación del contratista a las modificaciones que se acuerden respecto de un contrato originario en cuanto lo asuma con su firma, como sería el caso.

Mas en concreto, y en la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 (Rec. 374/2004) indica 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".

Es así, por tanto, que en el supuesto que nos ocupa las cantidades reclamadas (costes indirectos, costes generales, pérdida de beneficio industrial, actualización con revisiones de precios e intereses correspondientes) por retrasos o ampliación de la duración del contrato no pueden aceptarse, habida cuenta de la existencia de un Modificado que acuerda un Adicional Líquido al Presupuesto de Adjudicación de 3.601.167,37 euros, que supuso un incremento sustancial, en concreto del 53,29%.

(...).- Alega en apoyo de su tesis la entidad promovente la doctrina de los actos propios, basándose en la existencia de un Informe del Ingeniero Director de las Obras de fecha 13 de julio de 2010 (folios 325 a 329 del expediente administrativo) parcialmente favorable a la solicitud de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la Suspensión Temporal Total de las obras. Al respecto hay que matizar que tal informe no sólo no cristalizó en ninguna actuación administrativa a favor de la interesada, que sólo es una propuesta favorable del Ingeniero Director, como hemos expresado, si bien con unas reservas que minoran significativamente la cantidad reclamada, dada "la falta de concreción de las pruebas aportadas", y que además orilla cualquier consideración sobre el Modificado num. 1, que a juicio de la Sala tiene una incidencia decisiva en el fondo del asunto.

Por otra parte, la doctrina de los actos propios opera en una doble dirección, esto es, también respecto de la contratista, que actuó libérrimamente en los diferentes hitos procedimentales sobre los que se ha hecho énfasis en ordinales precedentes. En un supuesto con analogías con el presente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de octubre de 2011 (Rec 796/2008), expresaba:

"(...) .- En todo caso, la entidad contratista era perfectamente consciente de lo que firmaba sin que pueda sustituir una actuación encaminada a cambiar un acto propio, que en este caso no resulta estimable, pese a su formulación en el motivo quinto del recurso, alegando razones de legalidad que debió oponer al suscribir el contrato y que ahora se suscita como cuestión nueva.

En efecto, no es estimable el motivo en la medida en que la invocación de la doctrina de los actos propios y de la buena fe en el ejercicio de los derechos, preconizada en el artículo 7.1 del Título Preliminar del Código Civil EDL 1889/1 no resulta quebrantada en la cuestión examinada, al decretar la imposibilidad de realizar actuaciones contra actos propios, invocada en el señalado motivo quinto, en cuanto significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar medidas de comportamiento contradictorio que encuentren su fundamento último en la protección que requiere la confianza que se debe haber depositado en el cumplimiento del comportamiento ajeno y en la regla de buena fe que impone un deber de coherencia en dicho comportamiento, limitando el ejercicio de los derechos objetivos, puesto que la invocada doctrina del Tribunal Constitucional, con precedentes en las sentencias constitucionales 73/88 y 67/84 , no ha sido vulnerada en la cuestión examinada.

Además no cabe reconocer que se haya producido la vulneración de la doctrina de los actos propios, lo que obligaría a la Administración a considerar que la sentencia recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial referida a "los hechos que no se interpretan sino que se califican y comprueban", doctrina básicamente contenida en las sentencias de este Tribunal de 18 de noviembre de 1964 y 31 de enero de 1989 , por lo que no cabe entender vulnerada la doctrina de los actos propios contenida en numerosas sentencias de este Tribunal (sirvan de ejemplo, entre otras, las sentencias de 11 de diciembre de 1969 , 21 de abril de 1970 , 2 de octubre de 1975

, 19 de diciembre de 1977 , 5 de junio , 26 de diciembre de 1978 , 10 de marzo de 1983 , 21 de junio de 1985 , 25 de junio de 1987 y 3 de diciembre de 1990) al ser predicable dicha doctrina respecto de los actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica con eficacia en sí mismos para producir, igualmente, un efecto jurídico, doctrina que aplicada a la cuestión suscitada no permite llegar a la consideración de que se haya violado.

(...). Finalmente, los criterios precedentes han sido reiteradamente acogidos por la jurisprudencia de esta Sala:

a) En la sentencia de 16 de abril de 2008 (cas. 6385/2005) al reconocer la sociedad recurrente el convenio suscrito entre las partes.

b) Este criterio también se reitera en las sentencias de 29 de abril de 2008 (recurso de casación 4070/2006) y en la posterior de 3 de febrero de 2010 (al resolver el recurso de casación n° 144/2007) al manifestarse la expresa conformidad de la recurrente, en los trámites del expediente de contratación como en el contrato del mismo, sobre el precio determinado a que quedaba sujeta la ejecución de las obras complementarias y a partir del artículo 141.d) del Real Decreto Legislativo 2/2000 EDL 2000/83354 , si los términos del contrato son claros, deviene ilícita toda extemporánea discrepancia que sobre el precio convenido exteriorice la adjudicataria en momento posterior a la liquidación de aquél".

En conclusión, el Tribunal es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido, al no ser dable apreciar, por las razones expuestas, los principios invocados por la actora a favor de su pretensión (de los actos propios, de buena fe y de confianza legítima) y en la consideración decisiva del consentimiento prestado en relación con la suspensión de las obras y correlativa modificación".

SEGUNDO.- El actual recurso de casación ha sido interpuesto también por EOC DE OBRAS Y SERVICIOS S.A., y lo apoya en tres motivos, todos ellos deducidos por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 DE LA Ley reguladora de esta jurisdicción [LJCA].

I.- El primer motivo invoca la infracción del artículo de los artículos 102 , 98 y 96 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio [TR/LCAP], de la cláusula 65 del Pliego de Cláusulas Generales para la Contratación de obras del Estado [aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre] y de la jurisprudencia que ha interpretados todos estos preceptos.

El desarrollo argumental realizado para defender este primer reproche comienza invocando ese retraso de 21,4 meses ya aducido en la vía administrativa y en el proceso de instancia, y señalando que fue imputable a la Administración por estas tres causas: paralización parcial del inicio de la obra por la falta de disponibilidad de terrenos reflejada en el acta de replanteo; suspensión temporal total de la obra desde el 29 de mayo de 2007 hasta el 2 de septiembre de 2008, y retraso en el acta de recepción de la obra.

Dice a continuación que el importe reclamado (4.596.077,72 €) está justificado en el informe Pericial acompañado a la demanda.

Y añade que el Informe del Ingeniero Director de la Obra reconoce un retraso imputable a la Administración y la procedencia de una indemnización al contratista por importe total de 698.540,42 €.

Posteriormente, tras insistirse en las anteriores premisas fácticas, se combate el razonamiento seguido por la sentencia recurrida consistente en que la aceptación y consentimiento del *"modificado"* hace improcedente la responsabilidad indemnizatoria reclamada por los hechos anteriores a tal *"modificado"*, y para justificar esta oposición se esgrime lo siguiente: que con esa manera de razonar se priva al contratista del derecho a la indemnización que prevé el artículo 102 del TR/LCAP y se olvida que no rige el principio de riesgo y ventura para la mayor dificultad que pueda presentar la ejecución de un contrato por causas sólo imputables a la Administración (se citan varias sentencias de este Tribunal Supremo para justificar este último aserto).

Más adelante se añade que en el *"Modificado"* litigioso no existe ninguna cláusula o partida para compensar al contratista de los perjuicios derivados de la suspensión de la obra.

Después se invoca la jurisprudencia que ha declarado el derecho al contratista a ser indemnizado cuando la Administración no ha puesto los medios que son necesarios para remover los obstáculos que impiden la ejecución de la obra.

Finalmente, se rechaza que sean aplicables al actual litigio las sentencias invocadas por el fallo de instancia, por ir referidas a hechos diferentes; y se subraya que sí es de aplicación el criterio contenido en la STS de 17 de noviembre de 2011 (Casación 1640/2008).

II.- El segundo motivo sostiene la infracción de los artículos 110 , 143 , 146 , y 147 del TR/LCAP y 102 , 103 , 107 , 163 y 164 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado

por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre [RTO/LCAP], así como de la jurisprudencia que ha interpretados todos estos preceptos.

Para defender lo anterior se invocan de nuevo las tres paralizaciones de la obra señaladas en el anterior primer motivo y se subraya muy especialmente que son imputables a la Administración recurrente. Al respecto de esto último se señala, por un lado, que el " modificado" es una prerrogativa de la Administración contratante cuyo ejercicio es de obligado cumplimiento (artículo 146 del TR/LCAP); y, por otro, que dicha Administración es la única que tiene la facultad para recepcionar la obra (se cita el artículo del TR/LCAP).

Y con ese punto de partida se aduce que el ejercicio de esas prerrogativas por parte de la Administración lleva consigo la responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios que se establecen en el artículo 102 del TR/LCAP para suspensión del contrato y en el 107 del RTO/LCAP para la demora en la recepción imputable a la Administración; y se añade que no puede aceptarse un desplazamiento de la culpa al contratista, con la supresión de su derecho a ser indemnizado, por el simple hecho de que haya aceptado, ejecutado y cobrado el *"modificado"*.

Se completa esto último diciendo que de admitirse la tesis de la sentencia, primero, se obligaría al contratista a suspender una obra pública por la indisponibilidad de los terrenos, porque el proyecto era defectuoso o por el retraso en la ejecución; y, segundo, se rompería el equilibrio económico del contrato porque el *"modificado"* incorpora las nuevas prestaciones del contrato pero no la indemnización de los daños y perjuicios causados por las demoras imputables a la Administración.

Termina el desarrollo de este motivo con la cita de las sentencias de esta Sala de 17 de noviembre de 2011 (casación 1640/2008) y 21 de febrero de 2006 .

III.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los artículos 1 y 9.3 de la Constitución [CE], en relación con la Exposición de Motivos (apartado II párrafo primero); y la del artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC].

La idea principal en que se sustenta este último motivo viene a ser que, a la vista de los hechos realmente acaecidos, frente a los criterios formalistas seguidos por la sentencia recurrida se debía haber dado primacía a los principios de interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica y buena fe, cuya observancia resulta necesaria para mantener la equivalencia que debe existir en las prestaciones contractuales.

La exposición termina con una amplia cita de sentencias que según el recurso han aplicado los anteriores principios.

TERCERO.- El planteamiento del recurso de casación que ha quedado expuesto pone de manifiesto que la principal cuestión que ha de resolver esta Sala es la siguiente: si la aceptación por el contratista de un *"modificado"* en un contrato administrativo de obra significa para él una renuncia a la indemnización de los daños que pueda haber sufrido en las paralizaciones que hayan precedido a dicha novación contractual; o, dicho de otro modo, si el nuevo y superior precio de la obra reconocido en el *"modificado"* comprende no sólo los aumentos de obra contemplados en el mismo, sino también la reparación de los daños sufridos como consecuencia de aquellas paralizaciones anteriores que sólo sean imputables a la Administración.

La respuesta a dicha cuestión siempre ha de ser casuística, con atención a las singulares circunstancias que hayan rodeado a la ejecución de la concreta obra de que se trate y, por tal razón, habrá de tener en cuenta tanto los términos del documento que haya formalizado la modificación contractual como dichas circunstancias; y entre dichas circunstancias será especialmente decisivo constatar a quien son imputables las paralizaciones y si hay hechos coetáneos o posteriores a la modificación del contrato que, pese al silencio de este, pongan de manifiesto la voluntad conjunta de ambas partes de zanjar con el *"modificado"* todas las consecuencias del contrato (artículo 1282 del Código civil).

Desde la anterior premisa, no es de compartir el razonamiento principal seguido por la sentencia recurrida para justificar su pronunciamiento desestimatorio, y sí es de acoger, al menos, la infracción del artículo 102.2 del TR/LCSP de 2000 que se denuncia en el recurso de casación.

Así ha de ser, en primer lugar, porque el documento que formalizó la modificación del contrato únicamente incluye referencias a las obras a que va referida la modificación y al adicional económico que comporta (6.757.709,40 €) en relación con el contrato inicial, sin referencia alguna a los períodos de paralización; y porque tampoco la Administración recurrida ha invocado concretas manifestaciones o conductas de la empresa contratista que pusieran de manifiesto su clara voluntad de dar por zanjados, con lo estipulado en la modificación contractual, la totalidad los derechos que pudieran asistirle por los eventuales daños y perjuicios que las anteriores paralizaciones de la obra le pudieran haber causado por causas sólo imputables a la Administración contratante.

Y a ello ha de sumarse que, a falta de convenio entre las partes contratantes sobre el extremo de que se viene tratando, debe regir el principio de no indemnidad que viene a proclamar el mencionado artículo 102.2 del TR/LCAP para las consecuencias que haya podido sufrir el contratista en las suspensiones acordadas por la Administración.

Lo cual conlleva la estimación del recurso de casación, la nulidad de la sentencia recurrida y el directo enjuiciamiento por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de la controversia que fue suscitada en la instancia (95.2.d LJCA).

CUARTO.- Entrando ya en el análisis de la pretensión indemnizatoria que fue deducida en el proceso de instancia, cuyo principal apoyo normativo está en ese principio de no indemnidad para el contratista que establece el tan repetido artículo 102.2 del TR/LCSP en las suspensiones acordadas por la Administración, son convenientes unas consideraciones previas sobre los requisitos que han de concurrir para que haya lugar al abono indemnizatorio que en él se contempla.

La primera es que la expresión *"daños y perjuicios efectivamente sufridos"* que utiliza el precepto legal es que ha de tratarse de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa.

Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la suspensión, y habrá de hacerlo así: primero, describiendo el concreto personal y demás elementos materiales que necesariamente han tenido que quedar adscritos y dedicados en exclusiva a la obra que haya sido objeto de la suspensión; segundo, ofreciendo prueba, con suficientes garantías de objetividad, que demuestre que el personal y los elementos así descritos estuvieron efectivamente adscritos a la obra suspendida y no fueron utilizados en otras obras o actividades distintas de la contratista; y tercero, aportar la documentación que, directamente referidas a tales elementos, ponga de manifiesto el montante de su costo.

La segunda es que por aplicación de las reglas de la carga de la prueba incumbe a la contratista probar y justificar debidamente todo lo anterior.

QUINTO.- Las consideraciones que han quedado expuestas impiden en el actual caso litigioso, por lo que seguidamente se expresa, tener por acreditados los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama.

La demanda cuando configura los conceptos que reclama enuncia en primer lugar un denominado *"incremento de gastos indirectos"*, y se apoya en la definición que sobre esos gastos indirectos se contiene en el artículo 130 del RTO/LCSP y, para su cuantificación, toma como punto de partida la información que al respecto aparece en su contabilidad.

Esa manera de alegar no es bastante, pues ese precepto reglamentario para el cálculo de tales costes indirectos sigue el criterio de cuantificarlos mediante la asignación a ellos de una proporción respecto de los gastos directos; y de esto deriva que, no habiéndose justificado los costes directos de los elementos personales y materiales efectivamente dedicados a la obra litigiosa durante el período de paralización, no cabe apreciar costes indirectos.

Reclama también beneficio industrial como lucro cesante y este concepto es igualmente improcedente. Lo es, primero, porque el artículo 151.4 TR/LCAP configura tal beneficio industrial como la expectativa de ganancia que movió al contratista a tomar su decisión de contratar con la Administración y resulta frustrado, con el carácter de lucro cesante, cuando se resuelve el contrato por las causas que enumera el apartado c) del artículo 149 del citado TR/LCAP ; y segundo, porque no constando aquí elementos materiales y personales adscritos a la obra litigiosa, por lo que antes se dijo, tampoco hay elementos para sustentar la ganancia que se habría frustrado de haber sido empleados esos elementos en otras obras o actividades de la empresa.

El concepto de gastos generales tampoco puede ser acogido porque, no constando unos gastos específicos referidos a la obra litigiosa, falta el módulo sobre que tales gastos generales debe ser calculado.

Y de todo lo que antecede resulta que, no habiendo base para acoger la indemnización principal postulada, también debe fracasar lo que se reclama bajo los conceptos de actualización y de intereses moratorios.

SEXTO.- Procede, pues, de conformidad con todo lo antes razonado, estimar el recurso de casación, anular la sentencia recurrida y, enjuiciando la controversia suscitada en la instancia, desestimar el recurso-contencioso-administrativo.

Y en cuanto a costas, no hay razones para hacer un especial pronunciamiento para las del proceso de instancia y cada parte abonará las suyas en las que corresponden a la actual casación (artículo 139 LJCA).

FALLAMOS

1.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por EOC DE OBRAS Y SERVICIOS S.A. contra la sentencia de 15 de marzo de 2013 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1053/2010) y anular dicha sentencia.

2.- Enjuiciar directamente el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante la Sala de instancia por EOC DE OBRAS Y SERVICIOS S.A, y desestimarlo al ser conforme a Derecho la actuación administrativa objeto de la impugnación jurisdiccional en lo que ha sido materia de discusión en el actual litigio.

3.- No hacer especial pronunciamiento para las costas del proceso de instancia y declarar que cada parte abone las suyas en las que corresponden a la actual casación

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva Dª Celsa Pico Lorenzo D. Jose Diaz Delgado D. Vicente Conde Martin de Hijas **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ