



Roj: **STS 4680/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4680**

Id Cendoj: **28079130072014100370**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **27/10/2014**

Nº de Recurso: **3800/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 3800/2013, interpuesto por la entidad mercantil FERROVIAL-AGROMAN, S.A., representada por la procuradora doña Victoria Pérez-Mulet Díez- Picazo, contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2013 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso nº 1159/2011 , sobre desestimación presunta de la reclamación por responsabilidad contractual formulada por dicha entidad, en la que se pretendía la indemnización de los daños y perjuicios sufridos en la ejecución de la obra "Autovía Ruta de la Plata. N-630 de Gijón a Sevilla. Tramo: Límite de provincia de Badajoz-Venta del Alto. Subtramo: Límite provincia de Sevilla-El Ronquillo (N). Provincia de Sevilla", como consecuencia de la ejecución de unidades de obra que diferían sustancialmente de las comprendidas en el proyecto, debido a los volúmenes de roca volada muy superiores a los previstos en dicho proyecto.

Se ha personado, como recurrida, la ADMINISTRACIÓN, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 1159/2011, seguido en la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el 30 de septiembre de 2013 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Victoria Pérez-Mulet Díez-Picazo, en nombre y representación de FERROVIAL AGROMAN, SA, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación indemnizatoria deducida por la actora ante el Ministerio de Fomento, a la que la demanda se contrae".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunció recurso de casación la mercantil FERROVIAL-AGROMAN, S.A., que la Audiencia Nacional tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 15 de noviembre de 2013, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Por escrito presentado el 10 de enero de 2014, la procuradora doña Victoria Pérez-Mulet Díez-Picazo, en representación de la recurrente, interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que, tras la tramitación oportuna, dicte sentencia

"casando la de instancia y dictando otra de conformidad con el suplico de la demanda y por tanto, condenando a la Administración demandada al abono a mi representada de las siguientes cantidades:

1º.- 619.635,75 € IVA incluido como principal reclamado.

2º.- 44.033,64 €, IVA incluido como importe por revisión de precios de la anterior cantidad.



3º.- Los intereses de demora sobre la cantidad de 527.128,78 € devengados desde el 09.08.2.009 y hasta el 16.11.2.011 al tipo de interés contemplado en el art. 7 de la Ley 3/2.004 .

4º.- Los intereses anatocistas del art. 1.119 del c.civil , calculados al tipo de interés legal del dinero desde el 16.11.2.011 y hasta sentencia sobre la cantidad resultante del cálculo de intereses de demora a que se refiere el apartado anterior.

5º.- Los devengados conforme al art. 106.2 LRJCA sobre el principal reclamado de 663.669,30 €.

Y, en cualquier caso absolviendo a mi mandante de las costas impuestas en la primera instancia".

CUARTO.- Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, conforme a las reglas de reparto de asuntos. Recibidas, por diligencia de ordenación de 24 de marzo de 2014 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizara su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, el Abogado del Estado se opuso al recurso por escrito registrado el 10 de abril de 2014 en el que interesó que sean rechazados los motivos y desestimado el recurso, confirmando la sentencia recurrida, dijo, con condena en costas.

SEXTO.- Mediante providencia de 26 de mayo de 2014 se señaló para la votación y fallo el día 22 de los corrientes, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva** , Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- FERROVIAL-AGROMAN, S.A. vio desestimadas por silencio sus pretensiones de resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos en la ejecución de la obra "Autovía Ruta de la Plata. N-630 de Gijón a Sevilla. Tramo: Límite de la Provincia de Badajoz-Venta del Alto. Subtramo: Límite de la Provincia de Sevilla-El Ronquillo (N). Provincia de Sevilla". La actora suscribió el correspondiente contrato el 2 de diciembre de 2002 y las obras se recibieron el 3 de noviembre de 2005. En noviembre de 2006 se aprobó la certificación final de obra por importe de 4.384.159,03 € y el 9 de junio de 2009 se aprobó técnicamente la liquidación de las obras sin saldo adicional, procediéndose a la cancelación y devolución de garantías. El 22 de octubre siguiente se aprobó económicamente dicha liquidación y el contratista prestó su conformidad.

Antes, el 30 de enero de 2008, FERROVIAL-AGROMAN, S.A. había reclamado de la Administración 2.689.087,98 € más 191.096,71 € de revisión de precios por desequilibrio económico, por los errores geotécnicos del proyecto de obra relativos a la excavación de los terrenos.

Aunque para la empresa redactora del proyecto Ingeniería TYPESA, no existían tales errores, el Ingeniero Director de la Obra informó a favor de la estimación en parte de esta reclamación. Concretamente, manifestó que se le debía compensar con 619.635,75 € y justificó así su criterio:

"Nos encontramos con unos precios de excavación "sin clasificar en desmonte y "en cualquier clase de terreno" en zanjas, pozos y cimientos, así como de formación de rellenos con terrenos procedentes de la traza, claramente definidos en el Cuadro de Precios y aplicables a todas las unidades de excavación y relleno de la obra, por lo que en principio no cabría aceptar reclamación alguna por variación de porcentajes de tipos de terrenos resultantes tras la ejecución de la misma. Sin embargo, el artículo 128 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas nos dice que tendrá carácter contractual la parte de la Memoria referente a la descripción de los materiales básicos o elementales que forman parte de las unidades de obra. Lo que significa, a juicio de esta Dirección de Obra, que las hipótesis y cálculos hechos en el Anejo Geotécnico para estimar el precio del desmonte y de excavación localizada, formarían, también, parte del Contrato, y por tanto sería un elemento más del mismo a considerar.

Tras lo expuesto en este informe se considera que las hipótesis geotécnicas del Proyecto son correctas pero se ha advertido un error en el cálculo de los porcentajes de los diferentes tipos de terreno según sus características de excavabilidad, lo que significó el establecimiento de unos precios de excavación en desmonte y de formación de rellenos con terrenos procedentes de la traza menores a los que hubieran sido más acertados.

La subsanación de este error significaría el abono de una cantidad adicional (...)".

Ese parecer fue asumido por la Subdirección General de Construcciones. También el Consejo de Obras Públicas llegó a la misma conclusión diciendo:

"A juicio de este Consejo, los precios del proyecto son contractuales como también lo son los elementos básicos que forman parte de las unidades de obra, es decir los porcentajes de los precios auxiliares que constituyen la unidad de obra que determinan dicho precio. Por tanto, si esos porcentajes están mal establecidos por error,



como ha justificado el Director de las obras, y no fue detectado por los redactores del proyecto ni por la Oficina de Supervisión de Proyectos, no se está ante un caso de riesgo imprevisible, porque pudo ser previsto, Tampoco, a juicio de este Consejo, se está ante un caso de riesgo y ventura, como apunta el informe de la Subdirección General de Construcción y hace suyo el Servicio instructor, pues, en el momento de hacer su oferta el Contratista difícilmente podía preverlo al tener que admitir, a priori, el proyecto como correcto, de manera que si no se compensa al Contratista se le producirá un empobrecimiento injusto y en consecuencias un enriquecimiento injusto de la Administración".

Como quiera que no se dictó resolución, el 6 de julio de 2011, FERROVIAL-AGROMAN, S.A. reiteró su reclamación esta vez por 619.635,75 € y, teniéndola desestimada por silencio, impugnó ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional esa actuación. En particular, argumentó que tuvo que ejecutar unidades de obras distintas de las comprendidas en el proyecto a causa del error que le afectaba y consistía en considerar que la excavación era "no clasificada" pese a conocerse que los suelos de los terrenos eran heterogéneos y que, en consecuencia, la excavación debió ser clasificada en los diferentes tipos de suelo que había. Y que se debieron contemplar partidas de obra de "excavación en roca", "excavación en terrenos de tránsito" y "excavación de tierra". Al no hacerse así y resultar los porcentajes de volumen de roca volada superiores a los previstos en el proyecto, el precio de la partida de excavación era equivocado, lo que le supuso los perjuicios cuyo resarcimiento pide por no ser susceptibles de incluirse en el riesgo y ventura que debe asumir.

SEGUNDO.- La sentencia objeto de este recurso de casación desestimó las pretensiones de la actora.

Antes de pronunciarse en este sentido, dejó constancia de las posiciones de las partes y de los datos que constan en el expediente. Una vez expuestos, dice que la Sala de instancia no comparte el sentido de los informes del Director de la Obra y del Consejo de Obras Públicas. Invoca al respecto la jurisprudencia sobre el enriquecimiento injusto y destaca que responde al propósito de corregir desequilibrios que vengan constituidos por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen su voluntad maliciosa sino que tengan su origen en hechos dimanantes de la Administración Pública que generaran en él la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con ella. Explica la sentencia que esto no sucede en el caso de autos pues

"el contratista al suscribir el contrato aceptó (el) proyecto, los planos, pliegos de prescripciones técnicas y cuadros de precios. Y, en lo que se refiere concretamente a las excavaciones, aceptó los precios en la forma e importe establecidos y en la modalidad de "no clasificada". Ello viene a comportar la aceptación del riesgo, al suscribir el contrato en los términos que se han expuesto, constando en el artículo 320.4 del Pliego de Condiciones Técnicas, respecto de "medición y abono", que "la excavación de la explanación se abonará por los metros cúbicos que resulten midiendo la diferencia entre las secciones reales del terreno, medidas antes de comenzar los trabajos y los perfiles teóricos que resultarían de aplicar las secciones tipo previstas en los planos (...). En los precios de todas las unidades de excavaciones quedan incluidos el transporte a vertedero, lugar de acopio, o empleo, el canon de utilización de aquél, el refinado de los taludes y todas las operaciones que sea necesario realizar para la correcta ejecución de las obras, aunque no se diga explícitamente en el precio. Las excavaciones que deban ser ejecutadas por bataches para evitar la inestabilidad de los taludes se abonarán al mismo precio que la excavación de la explanación. Esta unidad se abonará el (sic) precio que figura, con este fin, en los cuadros de precios del Proyecto..."

Como ya se ha dicho, la excavación era "no clasificada" lo que supone que el contratista asume el riesgo de un mayor o menor coste de la obra en razón al tipo de terreno y, por otra parte, el contratista venía obligado a requerir la previa autorización del Director de las obras al sistema de ejecución a emplear antes del comienzo de cualquier excavación, lo cual en este caso no ha sucedido, tal como se expone en el informe del director de la obra".

Indica la sentencia, a continuación, que en un supuesto muy similar a éste la sentencia de 20 de julio de 2005 (casación 1129/2002) no apreció enriquecimiento injusto porque "en el caso enjuiciado –como sucede en el presente– se estableció un precio cierto a partir de una estimación que tomaba en consideración la existencia de distintos tipos de terreno". Asimismo, dice que "ha de partirse prioritariamente", además, del principio *pacta sunt servanda* y de "la aconsejable reconducción" de las prestaciones a la ley del contrato. Y es que, mediando contrato entre las partes,

"el recurso a otras fórmulas de compensación distintas de las contractuales (a salvo de las legalmente prevenidas) debiera ser la excepción, como también ha de serlo, a criterio de este Tribunal, la pervivencia conjunta de dos figuras rectoras de las distintas posiciones jurídicas –en cierta medida excluyentes entre sí– como son, por una parte, el contrato de obras y, por otra, un "cuasi contrato" de gestión de negocios ajenos a través del cual pudiera penetrar la teoría del enriquecimiento injusto (SSTS de 28 de abril de 2008 y de 15 de octubre de



1986). Y se añade que las pretensiones de naturaleza contractual han de darse por extinguidas a partir de la liquidación del contrato y la aceptación del pago, sin reserva alguna, por la contratista".

Por último, la sentencia recuerda que el principio de riesgo y ventura establecido por el artículo 98 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, tiene las salvedades señaladas en el artículo 144 para el contrato de obras. Asimismo, recuerda que el artículo 97 del Reglamento General, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, prevé un procedimiento específico para las incidencias que surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución del contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar sus condiciones y termina con estas consideraciones al respecto:

"Este precepto hace referencia clara a la tramitación de las incidencias que surjan entre las partes contratantes a lo largo de la ejecución del contrato, por existir discrepancias ya sea en la interpretación de lo estipulado o en relación a la necesidad de modificar las cláusulas del contrato. Sin embargo, la reclamación de la que trae causa este recurso no tiene como fundamento una discrepancia durante la ejecución del contrato, ni la ejecución de las excavaciones en la forma impuesta por la Dirección de la obra, en contra de lo previsto. Por el contrario, la contratista dice haber realizado la excavación mediante una técnica más costosa que la convencional, por ser necesaria la voladura en una superficie mayor de la prevista en el proyecto -lo que achaca a errores en el estudio geotécnico- sin solicitar autorización del Director de la obra, y es posteriormente cuando solicita una indemnización (primero cercana a los dos millones de euros, después incrementada notablemente y, finalmente reducida a la ahora reclamada).

Tampoco estamos ante un supuesto de modificación del contrato impuesta o aceptada -y debidamente tramitada- por la Administración, en los términos del artículo 146 de la Ley".

TERCERO .- El escrito de interposición, tras exponer los antecedentes del caso y los errores que detecta en la sentencia, dirige contra ella los motivos de casación que, seguidamente, resumimos.

(1º) Acogiéndose al artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción afirma la infracción de los artículos 122, 124, 127 y 128 del Real Decreto Legislativo 2/2000 y de los artículos 124.5, 127, 128, 135, 136 y 137 del Real Decreto 1098/2001. La vulneración de estos preceptos la atribuye FERROVIAL-AGROMAN, S.A. a que la sentencia no tiene en cuenta que la responsabilidad en la elaboración de los proyectos corresponde exclusivamente a la Administración cuando lo que se adjudica es un contrato de obras y no de proyecto y obra. Considera la recurrente evidente el error del proyecto que es causa de su pretensión y reprocha a la sentencia no haberlo apreciado. Insiste en que el legislador no ha querido incluir en el riesgo y ventura que debe asumir el contratista errores como el habido en este caso y que las normas invocadas imponen que sea la Administración quien haga frente a las consecuencias presupuestarias de las modificaciones que sea preciso introducir en el proyecto por este motivo.

(2º) Aunque invoca el apartado b) del artículo 88.1 citado, se debe a un error material pues es claro que este segundo motivo se quiere acoger al apartado d), ya que denuncia la infracción por la sentencia del artículo 113.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000. Ese precepto, nos recuerda, establece con carácter general la obligación de la Administración de indemnizar los daños y perjuicios que se irroguen al contratista en caso de incumplimiento contractual y lo hace en relación con lo contemplado por el artículo 111 g), que considera causa general de resolución de los contratos el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales. Y, aunque aquí no estamos ante un supuesto de resolución, FERROVIAL-AGROMAN, S.A. entiende que es plenamente aplicable la regla de que el incumplimiento de una obligación comporta para la parte responsable el deber de resarcir. En este punto nos pide la recurrente que, en virtud del artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción, integremos los hechos que la sentencia de la Audiencia Nacional tuvo por probados. En particular, quiere que tengamos presentes los informes del Director de la Obra y del Consejo de Obras Públicas, a la luz de los cuales se ha de concluir, afirma, que el error intrínseco al proyecto se detectó sin necesidad de tener en cuenta los distintos volúmenes excavados realmente con los tres tipos de medios posibles "sino, simple y llanamente, mediante la constatación del indicado error intrínseco de cálculo del que el proyecto adolece de forma incuestionable".

(3º) Sin indicar el apartado del artículo 88.1 al que se acoge, el escrito de interposición sostiene que la sentencia incurre en la "infracción con carácter general de los artículos 48, 49 y 50 del Real Decreto Legislativo 2/2000. Explica que el origen de esta controversia está en la opción del proyecto, "en contra del Pliego General 3 por una excavación "no clasificada" a pesar de existir la constancia de la existencia de suelos heterogéneos". E insiste en que la sentencia vulnera estos preceptos porque no tiene en cuenta que "cuando el proyecto prevé y constata la existencia de suelos heterogéneos no debe acudir a la concepción de la unidad de excavación como "no clasificada" sino acudir a la confección de partidas distintas abonadas a precios distintos".

(4º) Por último, la recurrente, de nuevo sin hacer mención de los apartados del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, afirma que la sentencia impugnada incurre en la "infracción con carácter general del artículo



98 del Real Decreto Legislativo 2/2000 ". Este precepto, que establece el principio del riesgo y ventura del contratista, dice FERROVIAL-AGROMAN, S.A., es utilizado por la sentencia para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Ahora bien, entiende la recurrente que, al razonar de ese modo, confunde la verdadera causa de la reclamación, la cual "no deriva del mayor coste que para el contratista ha supuesto haber tenido que utilizar la voladura en más volumen que el previsto en el proyecto". Por el contrario, explica, esa causa reside en "el error intrínseco del proyecto a la hora de componer el precio de excavación, tal como (...) han constatado tanto el Director de las Obras, como el Consejo de Obras Públicas y la Subdirección General de Construcción". De nuevo, nos pide que integremos los hechos y que quede "nítidamente fijado en la sentencia de casación que, la sentencia de instancia en diversas ocasiones (...) no aprecia la verdadera causa y fundamento de la reclamación de daños y perjuicios" y señala los párrafos de la sentencia de instancia en que se produce esa confusión. Así, pues, mantiene la actora que ha infringido el precepto mencionado y la jurisprudencia que lo ha interpretado porque "jamás puede interpretarse ni jamás se ha interpretado por la unánime y numerosa jurisprudencia (...)" de manera que solamente excluya del riesgo y ventura la fuerza mayor y, sobre todo, subraya el escrito de interposición que la responsabilidad por los errores del proyecto jamás puede entenderse comprendida en el riesgo y ventura. Al contrario, la jurisprudencia tiene a esos errores como incumplimiento del contrato: sentencias de 16 de febrero de 2006 (casación 369/2002) y de 27 de abril de 1987 (apelación 171/1983).

Concluye el motivo afirmando que "pretender que sea el contratista el que sufra las consecuencias de los errores del proyecto bajo una interpretación exorbitada del "pacta sunt servanda" o del "principio de riesgo y ventura" es desatender los más elementales principios del derecho de contratación".

CUARTO.- El Abogado del Estado se ha opuesto a este recurso de casación.

Nos pide, en primer lugar, que lo declaremos inadmisibile en su totalidad porque las normas que cita y la jurisprudencia que invoca no guardan relación alguna con las cuestiones debatidas y porque no contiene una crítica a la sentencia. Además, afirma que carece manifiestamente de fundamento por lo que se dan las circunstancias previstas por el artículo 93.2 b) y d) de la Ley de la Jurisdicción . Explica al respecto el Abogado del Estado que la sentencia sustenta su fallo en el artículo 98 del Real Decreto Legislativo 2/2000 , en la sentencia de esta Sala de 20 de julio de 2005 (casación 1129/2002), en el artículo 146 de ese mismo texto legal , en el artículo 97 del Reglamento de la Ley de Contratos , aprobado por el Real Decreto 1098/2001, y en el artículo 320 del Pliego de Prescripciones Técnicas aprobado por la Orden de 6 de febrero de 1976. Y que, asimismo, descansa en la consideración de que las pretensiones de naturaleza contractual han de darse por extinguidas a partir de la liquidación del contrato y la aceptación del pago sin reserva alguna por la contratista. Y de los motivos, solamente el cuarto se refiere al artículo 98, sin crítica de la jurisprudencia a la que se remite, por lo que, sigue diciendo el Abogado del Estado, su posible estimación no daría lugar a la casación de la sentencia.

Por lo demás, niega que incurra en las infracciones que le imputa FERROVIAL-AGROMAN, S.A.. Así, dice que el primer motivo plantea una cuestión obvia que la Sala de instancia da por supuesta e insiste en que el fallo responde a que no se dan los requisitos para que el contratista reclame a la Administración por los defectos del proyecto ya que el contrato lo preveía, no se ha seguido el procedimiento y se liquidó la obra sin protesta de la actora. Al segundo motivo objeta que también plantea una cuestión obvia y que quien ha incumplido no ha sido la Administración sino el contratista por no observar el procedimiento debido y haber aceptado tácitamente la incidencia contractual, prevista en el contrato. El tercer motivo, prosigue el Abogado del Estado, nada tiene que ver con el asunto debatido y sobre el cuarto dice que la sentencia no admite que hubiera error en el proyecto sino sólo incertidumbre resuelta por él mismo y reitera que la recurrente no siguió el procedimiento y que se conformó con el resultado de la liquidación definitiva.

QUINTO.- No advertimos las causas de inadmisibilidad que aduce el Abogado del Estado. El escrito de interposición contiene una clara crítica a la sentencia, a la que reprocha no haber comprendido la razón de pedir de la demanda y apartarse de los que son principios básicos en materia de obligaciones y contratos. Crítica en la que se extiende en la exposición de los antecedentes desde los que han de entender los concretos motivos interpuestos.

Así, pues, al margen de lo fundados que puedan estar sus argumentos, desde el punto de vista del control de la admisibilidad del recurso de casación, cumplen las exigencias mínimas impuestas por la Ley de la Jurisdicción. En este sentido, hemos de decir, también, aunque nada observe al respecto el Abogado del Estado, que la falta de invocación por parte de los motivos tercero y cuarto del apartado del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción no es relevante porque resulta absolutamente evidente que se trata del d), del mismo modo que, como ya hemos dicho, la invocación del apartado b) por el segundo motivo obedece a un claro error material, pues no hay duda de que quiere decir d).



Por lo que se refiere a la relación de los motivos con la razón de decidir de la sentencia y a la falta manifiesta de fundamento que les atribuye el escrito de oposición, hemos de decir que ni es evidente este último ni puede afirmarse aquélla en sede de admisión y que para inadmitir un recurso de casación por esas razones debe ser absolutamente clara la presencia de esos defectos, cosa que no sucede aquí.

SEXTO.- Ahora bien, aunque el recurso no esté afectado por las causas de inadmisibilidad que afirma el Abogado del Estado, no puede prosperar ya que la sentencia no incurre en las infracciones que le reprocha FERROVIAL-AGROMAN, S.A.

En efecto, no está para la sentencia en discusión a quién corresponde la responsabilidad por los errores que pueda contener el proyecto de obra. No entra en este extremo o, al menos, no lo hace para fundamentar su fallo. Este descansa, en esto tiene razón el Abogado del Estado, en el artículo 98 del Real Decreto Legislativo 2/2000, en que FERROVIAL-AGROMAN, S.A. no siguió el procedimiento que para resolver las incidencias surgidas en la ejecución del contrato prevé el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1098/2001 y en que la recurrente se avino a la liquidación del contrato sin expresar ninguna protesta o reserva así como en la inaplicabilidad de la doctrina del enriquecimiento injusto.

La cuestión que no argumenta la recurrente es la de por qué considera que tiene derecho a ser resarcida pese a no haber seguido ese procedimiento ni haber hecho salvedad alguna cuando se liquidó el contrato. Especialmente, cuando, como subraya la sentencia, FERROVIAL-AGROMAN, S.A. aceptó un proyecto que, en lo relativo a la excavación, fijaba los precios considerando la modalidad de no clasificada, lo cual, decía la Sala de instancia, comportaba asumir el riesgo correspondiente a un mayor o menor coste de la obra en razón de la naturaleza del terreno y, en todo caso, suponía recabar la previa autorización del Director de la obra al sistema de ejecución.

En estas condiciones no advertimos las infracciones que el recurrente aduce en este primer motivo de casación.

Estas mismas consideraciones llevan a desestimar el segundo motivo, es decir a rechazar que la sentencia vulnere el artículo 113.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000 en relación con su artículo 111 g) porque parte de la premisa de que la Administración estaba obligada a indemnizar a la recurrente, premisa que, como acabamos de decir, no se da en este caso debido a la propia actuación de la actora, tanto en la aceptación de las condiciones del contrato, cuanto en su desarrollo y liquidación. La integración de los hechos reclamada no altera la conclusión anunciada pues los informes del Director de la Obra y del Consejo de Obras Públicas ponen, ciertamente, de manifiesto una circunstancia relacionada con los precios de la excavación en la modalidad de "no clasificada" que produjo un mayor coste de la obra. Sin embargo, incidencias de esa naturaleza han de considerarse aceptadas por la contratista, tal como dice la sentencia y, en todo caso, podrían haber dado lugar al procedimiento reglamentariamente previsto para resolver las surgidas en la ejecución del contrato o a una reserva en el momento de su liquidación, nada de lo cual se produjo.

El tercer motivo ha de correr igual suerte que los anteriores. Además de no justificar por qué la sentencia habría infringido los artículos 48 a 50 del Real Decreto Legislativo 2/2000, no tiene en cuenta que FERROVIAL-AGROMAN, S.A. aceptó el pliego que después pasó a criticar.

Por último, también debemos desestimar el cuarto motivo porque, como ya resulta de lo que hemos dicho, no cabe entender infringido el artículo 98 del Real Decreto Legislativo 2/2000. Frente a las razones ofrecidas por la recurrente, siguen valiendo las dadas por la sentencia. Son las que reparan en que, en efecto, la actora asumió un proyecto que preveía excavaciones en la modalidad de "no clasificada" y cuando la naturaleza de los terrenos exigió determinadas técnicas de excavación, procedió sin que conste que recabara la autorización del Director de la Obra y sin plantear la utilización del procedimiento del artículo 97 del Reglamento y tampoco hizo protesta alguna en la liquidación del contrato.

La sentencia se fundamenta en los términos en que el proyecto contemplaba los precios de las excavaciones y, especialmente, en la actuación de la contratista en el desenvolvimiento de la relación contractual. A partir de estos datos, concluye que ni se dan las condiciones para entender producido el enriquecimiento injusto de la Administración, tal como consideró la Sala en la sentencia de 20 de julio de 2005 (casación 1129/2002) ni razones para entender inaplicable al caso el principio de riesgo y ventura del contratista. Y, visto el conjunto de elementos presentes en la controversia suscitada en este proceso, hemos de concluir que resolvió correctamente. Es decir, no sólo no infringió el artículo 98 del Real Decreto Legislativo 2/2000 sino que mucho menos desconoció los principios más elementales del Derecho de la Contratación porque, precisamente, dio valor a la manera en que se condujo FERROVIAL-AGROMAN S.A. no sólo al aceptar unos términos del contrato que claramente implicaban la posibilidad de riesgos como el finalmente acaecido sino, además, al proceder a su ejecución y liquidación sin plantear objeción, protesta o salvedad alguna.



SÉPTIMO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 6.000 €. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación nº 3800/2013, interpuesto por FERROVIAL-AGROMAN, S.A. contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2013 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y recaída en el recurso 1159/2011 , e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Nicolás Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a. Celsa Pico Lorenzo D. José Díaz Delgado D. Vicente Conde Martín de Hijos 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.