



Roj: **STS 5351/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5351**

Id Cendoj: **28079130072014100426**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **10/12/2014**

Nº de Recurso: **3993/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4329/2013,**
STS 5351/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 3993/13 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Isabel Campillo García en nombre y representación de Obras Subterráneas, SA y Tecnología de la Construcción, SA, unión temporal de empresas Ley 18/1982, TUNEL DE PIQUERAS, UTE contra la sentencia de fecha 16 de octubre de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 8^a, en el recurso núm. 90/11 , contra la resolución dictada por silencio administrativo del Ministerio de Fomento por la que resolviendo para desestimarla, la reclamación formulada por Obras Subterráneas S.A. y Tecnología de la Construcción S.A. Unión Temporal de Empresas, TÚNEL DE PIQUERAS, UTE en relación con los perjuicios causados por la anormal duración de la obra de Variante de Trazado Túnel del Puerto de Piqueras CN 111 de Madrid a Pamplona a su paso por el puerto de Piqueras PK 260 a 267. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 90/11 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional Sección 8^a , se dictó sentencia con fecha 16 de octubre de 2013 , que acuerda: "Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de OBRAS SUBTERRÁNEAS S.A. y TECNOLOGÍA DE LA CONSTRUCCIÓN S.A. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (TÚNEL DE PIQUERAS UTE) contra la resolución dictada por silencio administrativo del Ministerio de Fomento descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de Obras Subterráneas, S.A. y Tecnología de la Construcción S.A. Unión Temporal de Empresas, TÚNEL DE PIQUERAS UTE, 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 29 de enero de 2014 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.- El Abogado del Estado, mediante escrito de 17 de junio de 2014 manifiesta su oposición al recurso interesando su desestimación.



QUINTO.- Por providencia de 21 de julio de 2014 se señaló para votación y fallo para el 3 de diciembre de 2014, 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 representación procesal de Obras Subterráneas, SA y Tecnología de la Construcción, SA, TUNEL DE PIQUERAS, UTE interpone recurso de casación 3993/2013 contra la sentencia desestimatoria de fecha 16 de octubre de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 8^a, en el recurso núm. 90/11 deducido por aquella contra la resolución dictada por silencio administrativo del Ministerio de Fomento desestimando, la reclamación formulada por TÚNEL DE PIQUERAS UTE en relación con los perjuicios causados por la anormal duración de la obra de Variante de Trazado Túnel del Puerto de Piqueras CN 111 de Madrid a Pamplona a su paso por el puerto de Piqueras PK 260 a 267.

Identifica la sentencia (completa en Cendoj Roj: SAN 4329/2013) el acto impugnado en su PRIMER fundamento, mientras en el SEGUNDO plasma las vicisitudes expuestas por la recurrente. Subraya que la duración prevista inicialmente para la obra era de 27 meses y de 33 meses en la planificación realizada en la oferta licitadora. Alega que la recepción de la obra estaba prevista para el día 21 de noviembre de 2005 y se realizó el día 8 de octubre de 2008.

Tras ello la actora expone el calendario real de las obras:

"- licitación de la obra el 3 de septiembre de 2002,

- adjudicación el 13 de diciembre de 2002,

- constitución de la UTE el 18 de diciembre de 2002,

- formalización del contrato el 20 de enero de 2003,

- acta de replanteo el 20 de febrero de 2003,

- solicitud de orden de estudio para redactar modificado núm. 1 (un 14,17%) el día 11 de junio de 2004,

- visita de inspección el 10 de agosto de 2004,

- modificación de la solicitud de orden de estudio para modificado (se solicita un 19,20%) el día 11 de agosto de 2004,

- redacción de informe del Inspector el 28 de agosto de 2004, remisión del informe del Inspector el 2 de septiembre de 2004,

- Aprobación técnica del Proyecto modificado núm. 1 (han transcurrido 15 meses, folio 782 del expediente),

- Aprobación económica el día 26 de julio de 2006, y establecimiento de una nueva fecha de terminación de las obras para el día 21 de mayo de 2007.

La parte recuerda que el periodo de tiempo transcurrido desde la solicitud de orden de estudio para la redacción del Proyecto modificado núm. 1 (el 11 de junio de 2004) hasta la firma del contrato correspondiente, transcurrieron un total de 26,5 meses (tuvo lugar el día 28 de agosto de 2006, folio 834 del expediente).

La recepción final por el Ministerio tuvo lugar el día 8 de octubre de 2008, 33 meses más tarde que la fecha prevista, alegando que el retraso es imputable a la Administración y no a la UTE reclamante."

Reseña que "El origen del daño lo sitúa en el periodo de tiempo transcurrido desde la solicitud de Orden de Estudio para la redacción del Proyecto Modificado núm. 1, que tuvo lugar el 21 de junio de 2004, hasta la firma del contrato administrativo del proyecto en cuestión, que tuvo lugar el día 28 de agosto de 2006, es decir, 26,5 meses".

Refleja que "Dentro de este periodo está vigente la suspensión temporal parcial de las obras por 17,5 meses desde el 8 de marzo de 2005 hasta el 28 de agosto de 2006, fecha del contrato administrativo de las obras del proyecto modificado núm. 1, por no haber tenido lugar un acta de replanteo de las obras del proyecto modificado o un acta de levantamiento de la suspensión temporal parcial".

Alega la actora que si tuvo lugar, "el acta de suspensión temporal parcial de las obras afectadas por el proyecto modificado núm. 1, de la que quedaron exentos el incremento de sostenimiento en el túnel y falso túnel de la boca Norte, que incluye la impermeabilización y el revestimiento del túnel, y la modificación de la obra de drenaje transversal O.D. 4,36 en boca Norte".



Igualmente señala que la Dirección Facultativa solicitó (folio 687) *"la continuidad de las obras durante la tramitación del proyecto modificado núm. 1 al amparo del art. 146.4 de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero la Administración denegó tal solicitud por tratarse de una obra de abono total del precio en el que es el Consejo de Ministros el que debe autorizar el Proyecto Modificado"*.

Concluye que *"Un nuevo retraso tuvo lugar como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto 635/2006 de 26 de mayo que recoge la nueva normativa sobre requisitos mínimos de seguridad en túneles de carreteras del Estado, lo que exigió un proyecto complementario, pues el túnel de la obra litigiosa, según la nueva normativa debía contar con una galería de evacuación auxiliar. Este proyecto fue aprobado técnicamente el 16 de marzo de 2007 y adjudicado mediante concurso a la propia UTE recurrente, firmándose un contrato el día 10 de diciembre de 2007 con una duración del proyecto de 11 meses"*.

En el TERCERO recoge los tres conceptos en base a los cuales ejercita la acción por daños y perjuicios: tramitación del proyecto modificado y suspensión temporal parcial, retraso en la recepción de la obra y desequilibrio en compensación financiera.

En el CUARTO señala lo esencial de la argumentación del Abogado del Estado oponiéndose a la pretensión.

En el QUINTO rechaza la inadecuación de la vía utilizada opuesta por el Abogado del Estado al tiempo que subraya que la inactividad administrativa ha impedido comprobar si la reclamación fue considerada contractual o patrimonial.

En el SEXTO expone que la parte actora aporta dos informes de los que tuvo conocimiento al darle traslado la Administración del expediente administrativo para alegaciones, uno elaborado por el Director Técnico del área de autovías y medios urbanos de 21 de mayo de 2010 y otro del Ingeniero Director de las obras del túnel, de fecha 25 de noviembre de 2009. en este segundo informe se concluye que los daños reclamados deben establecerse en la suma de 915.281,55 euros. Del informe destaca que:

"No comparte la conceptualización empleada para la reclamación porque se trata de una paralización muy diferente de la primera, y se ha empleado el mismo sistema para calcular los daños y perjuicios."

Por ser una obra de abono total de precio, entiende que los costes financieros son abonados mediante la compensación financiera establecida en el contrato y sobre esta cuestión versa el tercer apartado".

Del informe del año 2010 firmado por el responsable del Área de Autovías y medios urbanos de la Secretaría de Estado de Panificación e Infraestructuras, y con el "conforme" del Subdirector General de Construcción, como conclusión indica: *"Hay que resaltar que el contrato en cuestión con modalidad de pago diferido (método alemán) lleva aparejado el pago de una compensación financiera, que no solo "compensa" el intervalo entre la ejecución y su pago, sino que también compensa, implícitamente, los desajustes y retrasos, ya que su cálculo ha de hacerse sobre el programa de trabajos realmente ejecutado"*.

Tras ello en el SÉPTIMO recuerda cual es la regulación de los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio consignando el contenido del art. 147 LCSP .

Refleja parte del informe (folios 1258 expediente y siguientes) anexo al acta de la sesión ordinaria 18/2003 del pleno del Consejo de Obras Públicas celebrada el día 12 de junio de 2003 en el que en relación con las "indemnizaciones por paralización" .

.../...

"Se considera y mayoritariamente se admite reconocer que existen algunos de estos Gastos Generales mientras dura la paralización de las obras, como adicionales a los ya contratados y distintos de los que serán retribuidos posteriormente, cuando en su caso se reanude la ejecución de la obra y se ejecuten y certifiquen las unidades de obra paralizadas ."

A continuación se enumeran los gastos generales existentes durante la paralización, y se distingue entre fijos, que no se incrementan por una paralización (gastos de adjudicación, replanteo y liquidación), los proporcionales al tiempo, que si se incrementan (por ejemplo los avales) y otros que disminuyen o incluso desaparecen con la paralización. Algunos de estos son indemnizables. Igualmente se establecen directrices para la cuantificación de estos gastos, señalándose el 17% de gastos generales a aplicar a la media mensual contractual del presupuesto en ejecución material sobre los meses que dure tal paralización. Deberá deducirse un 4% de impuestos y financieros, un 4% de Tasas, un 1,5% de gastos de replanteo, un 1% de gastos de liquidación y un 1% de gastos de adjudicación, lo que suma un 11,5% que debe restarse al 17%, resultando un 5,5%, a aplicar sobre el presupuesto de ejecución material de la obra contratada primitiva afectada por la relación entre el tiempo de la paralización y el plazo contractual primitivo.



Luego en el OCTAVO reseña que "Al folio 834 y siguientes obra el "Modificado nº 1 del contrato de las obras "Túnel de Piqueras CN-111 de Madrid a Pamplona y San Sebastián por Medinaceli PK 260 a 272 Tramo Puerto de Piqueras. Provincia de Soria" firmado por la Administración y por el contratista.

Al folio 849 figura el "Acta de Detracción" firmada por el Ingeniero Director del Contrato con el conforme del contratista y el visto bueno del Ingeniero Jefe de la Demarcación.

Otra "Acta de Detracción" firmada por el Ingeniero Jefe de la Demarcación con el conforme del contratista figura en el folio 852.

Una tercera "Acta de Detracción" firmada por el Ingeniero Director del Contrato con el conforme del contratista figura en el folio 860 del expediente.

Al folio 879 figura una cuarta y al folio 886 una quinta "Acta de Detracción" firmadas por el Ingeniero Director del Contrato con el conforme del contratista y el visto bueno del Ingeniero Jefe de la Demarcación.

El contrato de proyecto modificado aparece en los folios 972 a 975, así como las actas de recepción de ambos contratos (folios 976 y siguientes).

Reproduce sentencias de la propia Sala, como las de 1 de diciembre de 2010 (recurso 889/08) 15 de marzo de 2013 (recurso 1053/2010) y 30 de septiembre de 2013 (recurso 1159/2011) en que se ha resuelto que si el contratista ha firmado y asumido el modificado sin reserva u objeción alguna, existe una vinculación del contratista a las modificaciones que se acuerden respecto de un contrato originario en cuanto lo asuma con su firma. Tal reputa el caso en estos autos.

Cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 sobre 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 de aplicación la previsión indemnizatoria del artículo 103.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas .

En relación con la existencia de un informe favorable parcialmente emitido por el Ingeniero Director de las Obras, como se señaló en la sentencia de 15 de marzo de 2013 :

" 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 nº 1, que a juicio de la Sala tiene una incidencia decisiva en el fondo del asunto" .

Insiste en que la doctrina de los actos propios opera en una doble dirección, esto es, también respecto de la contratista, que actuó en la forma descrita en los anteriores fundamentos jurídicos, y realizó sucesivas declaraciones de voluntad mostrando su aceptación de los acontecimientos.

Invoca que la jurisprudencia admite que cuando en una obra se producen retrasos y dichos retrasos traen causa de la actuación de la Administración, sin que al tiempo concorra en ellos culpa alguna del contratista, se le deben indemnizar a éste los perjuicios debidamente acreditados que dicho retraso le haya ocasionado. Reproduce la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre del 2011 (Recurso: 1322/2009).

Razona que la tardanza en la redacción y autorización del modificado supuso, sin duda, un retraso en la terminación de la obra pero la parte asumió el modificado con su firma y tampoco consta que ello conllevará una paralización de los trabajos que se venían realizando en dicha obra.

Añade que, como alega el Abogado del Estado y recogen los informes de la Administración incorporados en la última fase del proceso, "es relevante la circunstancia de que se trate de un contrato de obra de abono total del precio porque , en relación con el retraso en la recepción de la obra, en lo que podríamos denominar segunda parte, tras la aceptación del modificado, la previsión de una compensación financiera en el contrato supone la improcedencia de abonar daños y perjuicios por este concepto".

Por último, en relación con el alegado desequilibrio en la compensación financiera, estando pendiente un recurso contencioso- administrativo contra la certificación final, es este ámbito en el que procede la reclamación. Y por otra parte, como pone de relieve la Administración, la fluctuación de los tipos de interés que, según alega la actora, le habría perjudicado al calcular el establecido en el contrato según los bonos del Estado a tres años, tal descenso no acreditado por el transcurso de un plazo superior queda incluido en el principio de riesgo y ventura.

SEGUNDO.- Articula un único motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA subdividido en cuatro apartados.



1. Un primero por infracción de los arts. 1281 , 1282 y 1288 CC en relación con el art. 147 de la Ley 13/1996 y el art. 7 RD 704/1997, de 16 de mayo , por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo bajo la modalidad de abono total del precio.

Aduce que los retrasos en la obra fueron causados por culpa de la Administración, no permitiendo al contratista prever adecuadamente el precio final del contrato, sin que haya existido una renuncia a la reclamación por los daños y perjuicios derivada de aquella paralización, sino una aceptación de la contratista de las modificaciones propuestas por la Administración.

Arguye que el modificado de la obra supone el Modificado de un Proyecto inicial con unas obras concretas a realizar unos plazos y unos precios. Rechaza que la Sala de la Audiencia Nacional entienda que para desestimar la demanda presentada por la contratista, que la firma del Modificado, supuso la renuncia a reclamar daños y perjuicios que se le hubieran podido causar por la Administración por una paralización excesiva de la obra por culpa exclusiva de la Administración, reclamación específicamente prevista en la ley. Los contratos con la Administración hay que interpretarlos según lo establecido en los artículos 1281 , 1282 y 1288 del Código Civil .

Sostiene que no existió ninguna renuncia a dicha reclamación sino una aceptación de la Contratista de las modificaciones propuestas por la Administración a un nuevo proyecto o Modificados 1. No cabe otra interpretación de los contratos o Modificados, ni del inicial ni del modificado.

En el mismo sentido, el artículo 7 del Real Decreto 704/1997 , reputa claro que la contratista está obligada a financiar la obra hasta la entrega siendo el plazo y el precio elementos fundamentales del contrato. El modificado 1 es un nuevo contrato, que no supone renuncia a ninguna reclamación sino una aceptación de la Contratista de las modificaciones propuestas por la Administración. Aduce que no cabe otra interpretación de los contratos, ni del inicial ni del modificado de acuerdo a las disposiciones sobre interpretación de los contratos del Código Civil.

1.1. Refuta el motivo el Abogado del Estado.

Entiende que la "ratio decidendi" de la sentencia, esencialmente su F.J. octavo engarzada con el motivo demuestra su falta de fundamento al exponer claramente la sentencia que la modalidad de pago único no conlleva los daños y perjuicios reclamados cuando se ha firmado un modificado sin objeciones.

2. Por infracción del art. 217.4 de la LCSP 30/2007 en relación con la jurisprudencia del TS que admite la indemnización por la Administración de los retrasos que le sean imputables.

Expone que la sentencia basa su fallo desestimatorio en que la contratista asumió el modificado con su firma, lo cual habría supuesto una renuncia a la pretensión indemnizatoria.

Mas objeta que la Sala de instancia no entra en el fondo de la cuestión, que es el incumplimiento de la Administración de los plazos establecidos en el contrato inicial.

Razona que la Administración aprobó el modificado 1 tras la tramitación de 26 meses y una paralización de las obras de 17,5 meses.

Sostiene que el art. 217 Ley 30/2007 establece un plazo máximo de 8 meses.

Defiende se está, por tanto, ante un incumplimiento contractual que da lugar a una indemnización por los daños y perjuicios derivados del retraso culposo del Ministerio de Fomento.

Cita las SSTS de 27/1/1989 y 3/10/2003 , entre otras.

2.1. Tampoco es aceptado por el Abogado del Estado que mantiene viene a ser una reproducción más elaborada del motivo anterior.

Reproduce parcialmente el fundamento de derecho octavo en cuanto cita la Sentencia de este Tribunal de 25 de septiembre de 2007 respecto al consentimiento prestado al nuevo contrato sin formular reserva alguna, así como la de 7 de noviembre de 2011, recurso 1322/2009 en sentido similar.

Rechaza que la sentencia vulnere la jurisprudencia sobre daños.

Defiende que no existe imprevisión inicial puesto que del modificado trae causa de una modificación normativa que obligó a ampliar el plazo de la obra principal porque sin la ejecución del túnel de evacuación era imposible poner en servicio las obras, fijándose un nuevo plazo de ejecución, estableciéndose una compensación financiera por este hecho; amen de que la suspensión de la ejecución de la obra fue parcial.

Insiste en que la UTE prestó su conformidad de modo incondicionado y sin reserva alguna al proyecto modificado número 1, asumiendo de esta forma el único hecho relevante que era la tardanza en la redacción del mismo, y aceptando la compensación financiera por dicho concepto integrante del proyecto al ser un contrato



de obra bajo modalidad de pago único, lo que, respecto del retraso en la recepción de la obra, compensa ese hecho (FD Octavo).

3. Por vulneración de la jurisprudencia sobre la imposibilidad de actuar contra los actos propios.

Con cita de las STS de 18/5/2008 y 18 de octubre 2012 , entre otras, señala que se ha visto privada de indemnización por el hecho de firmar un contrato con la Administración y ejecutar el modificado.

Mantiene que no renunció a reclamar daños y perjuicios por el anormal funcionamiento del Ministerio y por la excesiva duración de la tramitación del modificado, suspendida parcialmente la obra.

Recalca en el caso de autos obra un informe que reconoce que se ha producido un daño a la UTE por una cantidad líquida aceptable de 915.281,55 euros, derivados de la tramitación del modificado.

3.1. Refuta el Abogado del Estado lo alegado por la recurrente.

La sentencia se basa en el comportamiento inequívoco que se manifiesta tras el retraso que va desde que se inicia la redacción del modificado a la formalización del contrato de dicho modificado. Lo cierto es que, presta su consentimiento libre y voluntariamente a ese contrato, sin reserva alguna y sin realizar ninguna observación. Además, olvida que la obra estuvo siempre ejecutándose al ser la suspensión parcial y que el tipo del contrato incorpora una compensación financiera que le singulariza.

4. Por vulneración de la jurisprudencia relativa a la evaluación del daño, ya que como sostiene la STS de 2/4/2008 , se requiere acreditar documentalmente la indemnización que se solicita con facturas, nóminas y resguardos bancarios, como sucede en este caso en virtud del informe pericial de un auditor de cuentas.

4.1. Lo rechaza también el Abogado del Estado.

Este motivo hace supuesto de la cuestión ya que, da por sentado que existe daño resarcible y que dicho daño se ha acreditado.

Destaca que la sentencia resuelve que no procede resarcir el daño, de modo que no existe daño antijurídico del que surja el derecho que ahora se da por sentado.

Sólo esta premisa excluye el debate sobre la valoración de ese daño.

Finalmente, el motivo propone la valoración de la parte sobre la prueba practicada a dicho efecto en la instancia pero soslaya tanto la técnica casacional como los límites que la casación impone al debate de la valoración de la prueba, por lo que, no procede ahora lo que se pretende que es sustituir la valoración de instancia por la personal de parte recurrente a cuyo juicio (no hecho) y haciendo supuesto de la cuestión, el daño se habría probado, planteamiento que no se corresponde con el objeto de este recurso que es la sentencia de instancia por lo que la misma expresa, decide y razona, y no por las conjeturas sobre la misma basadas en la tesis de la instancia replanteadas en casación.

TERCERO. - Hace mención la sentencia impugnada a sentencias previas anteriores de la Audiencia Nacional en el sentido expresado en la ahora aquí recurrida por lo que resulta oportuno subrayar lo acontecido en sede casacional a fin de perfilar la doctrina sentada.

La Sentencia de 1 de diciembre de 2010 recaída en el recurso 889/2008 ha sido confirmada por la de esta Sala de 8 de abril de 2013, recurso de casación 534/2011.

Se sienta en su FJ 15 que la revisión de precios quedó excluida del pliego de cláusulas administrativas y no se acreditó quiebra del equilibrio económico del contrato.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de setiembre de 2013, recurso de 1159/2011 , rechazando enriquecimiento injusto de la administración también ha sido confirmada por la Sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 2014 recurso de casación 3800/2013 . La contratista no hizo salvedad alguna al liquidarse la obra ni tampoco objeto en su día al proyecto el cual contemplaba excavaciones en la modalidad de "no clasificada" ni hizo uso del procedimiento previsto en el Reglamento 1098/2001, de 12 de octubre, para solventar las incidencias que surjan entre la administración y el contratista en la ejecución de lo convenido o por la necesidad de modificar sus condiciones.

CUARTO .- La Sentencia de 1 de octubre de 2014 enjuiciando la de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2013, recurso 1053/2010 si bien ha estimado el recurso de casación 1784/2013 formulado contra aquella también ha desestimado el recurso contencioso administrativo por falta de acreditación de los daños y perjuicios reclamados. Se reputa conforme a derecho la actuación administrativa denegatoria de indemnización por la suspensión y paralización de unas obras que se imputaba a la administración, entre otras razones por la falta de disponibilidad de los terrenos reflejada en el acta de replanto, suspensión temporal de



la obra y retraso en el acta de la recepción. Razonó la Sala de instancia sobre la doctrina de los actos propios y la asunción del "modificado" sin reserva ni objeción alguna.

Lo relevante a los efectos que aquí interesa son los FJ TERCERO, CUARTO Y QUINTO.

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."

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".

QUINTO.- Sentado lo anterior como marco de la evolución de la doctrina de esta Sala sobre la cuestión hemos de volver al supuesto de autos dada la singularidad de cada caso sentada en la Sentencia acabada de reproducir y el examen del único motivo de casación suscitado.

Lo relevante es tomar en cuenta una serie de asertos -unos fácticos y por tanto incontrovertibles, y otros jurídicos, y por ende, enjuiciables por la vía oportuna- efectuados por la Sentencia de los que debemos partir como es: la asunción del modificado no consta "conllevará una paralización de los trabajos que se venían realizando en dicha obra", se "trata de un contrato de obra de abono total del precio"; "en relación con el alegado desequilibrio en la compensación financiera, estando pendiente un recurso contencioso administrativo contra la certificación final, es en este ámbito en el que procede la reclamación", la fluctuación de los tipos de interés "queda incluido en el principio de riesgo y ventura".

De lo anterior se concluye que estamos frente a un contrato, con modalidad de pago diferido (el llamado método alemán) al que se refiere el art. 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que cumple las exigencias del art. 14 del TRLCAP, RL 2/2000, de 16 de junio, sobre prohibición del pago aplazado salvo en los casos que una ley lo autorice expresamente.

Normas las anteriores vigentes al tiempo de la contratación sin perjuicio de que, ulteriormente, el precitado art. 147 hubiere sido derogada por la Disposición derogatoria única, e) de la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007, del 30 de octubre, al haberse incorporado, el contrato de obra con abono total del precio, al art. 111 de la precitada Ley, actualmente art. 127 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Su desarrollo se encuentra en el también esgrimido art. 7 del Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, que dispone que el pago se realizará a la recepción de la obra terminada y que tal abono podrá fraccionarse en distintas anualidades con un máximo de diez.

Como dijo la Sentencia de 18 de diciembre de 2008, recurso de casación 5212/2005, FJ Cuarto "se trata de una modalidad excepcional, perfectamente conocida por el contratista que aceptó tales condiciones legales al participar en el correspondiente concurso".

Tales contratos suelen tener cláusulas administrativas particulares en sus pliegos previendo compensación financiera a consecuencia de incrementos derivados de eventuales modificaciones o alteraciones que comprenden incrementos por las eventuales demoras y posibles modificados que alteren el plazo de ejecución de la obra (en tal sentido Sentencias de 23 de diciembre de 2011, rec. casación 2185/2011, 25 de junio 2012, rec. casación 1790/2009).

SEXTO.- Si atendemos a lo anterior hemos de coincidir con la sentencia de instancia en que la previsión de una cuantía en concepto de compensación financiera en el contrato modificado supone la improcedencia de abonar daños y perjuicios producidos con anterioridad a la suscripción del modificado.



Y no ha de olvidarse, como recalca la sentencia impugnada en su último razonamiento, que se encuentra pendiente un recurso contencioso administrativo contra la certificación final o importe de la compensación relativa a los conceptos que pueden o no ser incluidos en dicha compensación.

La entrada en juego de los también esgrimidos arts. 1281, 1282 y 1288 del C. Civil se hace innecesaria no sólo porque la UTE recurrente no invoca precepto alguno del contrato cuya vulneración hubiere producido la sentencia de instancia sino también por ausencia de desarrollo argumentativo del razonamiento tal como exige un recurso de casación en que no basta con lanzar al Tribunal una serie de preceptos legales.

Finalmente también debe rechazarse la pretendida lesión de la jurisprudencia sobre evaluación del daño en razón de que al no existir pronunciamiento sobre daño resarcible no puede surgir derecho que reconozca su valoración.

No prospera el motivo.

SÉPTIMO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción, a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil, la cantidad de 6000 euros.

Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

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

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de de Obras Subterráneas, SA y Tecnología de la Construcción, SA, unión temporal de empresas Ley 18/1982, TUNEL DE PIQUERAS, UTE contra la sentencia desestimatoria de fecha 16 de octubre de 2013 dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 8ª, en el recurso núm. 90/11 deducido por aquella contra la resolución dictada por silencio administrativo del Ministerio de Fomento por la que resolviendo para desestimarla, la reclamación formulada por OBRAS SUBTERRÁNEAS S.A. y TECNOLOGÍA DE LA CONSTRUCCIÓN S.A. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (TÚNEL DE PIQUERAS UTE) en relación con los perjuicios causados por la anormal duración de la obra de Variante de Trazado Túnel del Puerto de Piqueras CN 111 de Madrid a Pamplona a su paso por el puerto de Piqueras PK 260 a 267.

En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez 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 ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Secretario de la misma, certifico.