



Roj: **STS 290/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:290**

Id Cendoj: **28079130042018100030**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **05/02/2018**

Nº de Recurso: **2594/2015**

Nº de Resolución: **161/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 161/2018

Fecha de sentencia: 05/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2594/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA CON/AD SEC.5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MMC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2594/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 161/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo



D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 5 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2594/2015, **interpuesto por** UTE DRAGADOS, S.A., ROVER ALCISA S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, representada por el Procurador de los Tribunales don Iñigo Muñoz Durán, y defendida de la Letrada doña Rosa María Vidal Monferrer, **contra** la sentencia dictada el 20 de mayo de 2015 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y recaída en el recurso nº 457/2012, que desestimaba el recurso contencioso-administrativo que había interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación por daños y perjuicios derivados del contrato "Obras de construcción del Acceso Norte a Alicante Avenida de Denia" y contra la posterior desestimación expresa de la misma por Resolución de 16.1.13.

Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE VALENCIA, representada y defendida por Letrado de sus Servicios Jurídicos. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 2594/2015, seguido en la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, el día 20 de mayo de 2015 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<1) La desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador DOÑA MARIA LUISA IZQUIERDO TORTOSA, en nombre y representación de UTE DRAGADOS S.A., ROVER ALCISA S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982, asistida por el Letrado DOÑA ROSA VIDAL MONFERRER, contra la desestimación presunta de la reclamación por daños y perjuicios derivados del contrato "Obras de construcción del Acceso Norte a Alicante Avenida de Denia", y contra la posterior desestimación expresa de la misma por Resolución de 16.1.13, en virtud de la correspondiente ampliación. 2) La imposición de las costas causadas en el presente expediente a la demandante>>.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunció recurso de casación por UTE DRAGADOS S.A., ROVER ALCISA S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982, que la Sala de instancia tuvo por preparado acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- La recurrente formalizó el recurso anunciado que lo articula en cinco motivos alegados al amparo del artículo 88.1, c) - el primero - y 88.1, d) - el segundo, tercero, cuarto y quinto -, de la Ley Jurisdiccional, suplicando que se dicte sentencia que << estimando el mismo, casando y anulando la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 460/15, de 20 de mayo de 2015, y dictando otra Sentencia en su lugar por la que de acuerdo con las pretensiones deducidas por mi representada, se reconozca el derecho de la UTE Avenida Denia al abono de la cantidad de 14.675.889,31 E en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados de los sobrecostes sufridos por causas imputables a la Administración demandada, los cuales relacionamos a continuación por conceptos e importes:

CONCEPTOS IMPORTES

Sobrecostes de gastos indirectos 2.160.682,98 €

Sobrecostes financieros 5.857.679,39 €

Sobrecostes por cambios de metodología 5.858.938,20 €

Sobrecostes por mantenimiento y conservación de la obra 798.588,74 €

TOTAL 14.675.889,31 €

Todo ello condenando en costas de la instancia a la parte demandada y ahora recurrida.>>.

Por Auto dictado el día 3 de marzo de 2016 por la sección primera de esta Sala se inadmitió el quinto de los motivos al amparo del artículo 93.2,d) de la ley jurisdiccional por apreciar manifiesta carencia de fundamento.

CUARTO.- Evacuando el traslado conferido, la representación de la parte recurrida se opuso efectuando las alegaciones que estimó ajustadas a su derecho y terminó solicitando el dictado de una sentencia por la que <<inadmita, o subsidiariamente se declare que no ha lugar al recurso de Casación interpuesto, confirmando la Sentencia 460/2015 de 20 de mayo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana (sección 5ª) que desestima el recurso contencioso



administrativo interpuesto por la entidad recurrente contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación contractual de daños y perjuicios presentada el 15 de diciembre de 2011 por incumplimiento por mi representada de las obligaciones derivadas del Contrato Administrativo de ejecución de las "Obras de Construcción del Acceso Norte a Alicante. Avenida Denia" >>.

QUINTO.- Mediante providencia de 30 de noviembre de 2017 se designó nuevo magistrado ponente y señaló para votación y fallo el día 30 de enero de 2018.

SEXTO.- En la fecha acordada han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 21 de enero siguiente se pasó a la firma la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso la sentencia dictada el día 20 de mayo de 2015 por la sección quinta de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia en el recurso ante ella seguido con el número 457/2012, en la que desestimó el recurso de casación interpuesto por la contra la desestimación presunta de la reclamación por daños y perjuicios derivados del contrato "Obras de construcción del Acceso Norte a Alicante Avenida de Denia", formulada por la hoy recurrente el 15 de diciembre de 2011 y contra la posterior desestimación expresa de la misma por Resolución de 16 de enero de 13.

En ese recuso se alegaba (1) que la contratación se le adjudicó el día 8 de junio de 2006, siendo fijado el precio final por resolución de 23 de junio del mismo año y la suma de 33.882.380,30 -incluido IVA-, cantidad que responde a la suma del precio ofertado por la actora -30.960.571,50 euros-, más los costes de financiación -175.889,64 euros-, más el aplazamiento ofertado -2.745.919,17 euros-; (2) que el contrato, celebrado bajo la modalidad de abono total de precio prevista en el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, se firmó el 10 de octubre de 2006, estableciendo un plazo de 12 meses desde el acta de comprobación de replanteo, que tuvo lugar con resultado negativo el 10 de noviembre de 2006 y en la que ya se hacía constar que está pendiente la expropiación de terrenos y que existe discrepancia entre los planos y presupuesto en algunas unidades de obra del proyecto; (3) que a partir de ese momento y fundamentalmente del 19 de octubre de 2007 se solicitan sucesivas ampliaciones del plazo por imposibilidad de concluir la obra por dichas razones, lo que supuso un importante incremento de costes que se reclamaba cuantificándolos en la siguiente forma: 2.160.682,98 euros por sobrecostes de gasto indirecto; 5.857.679,39 euros en concepto de sobrecostes financieros; 5.858.938,20 euros con base en sobrecostes por cambio de metodología; y 798.588,74 euros en concepto de mantenimiento y conservación de la obra tras su puesta a disposición al uso público.

La sentencia impugnada, después de hacer una exposición de las posiciones de las partes:

(1) describe en su fundamento de derecho segundo los extremos fácticos que considera esenciales, afirmando que << En apoyo de su tesis, la parte actora aporta una profusa documental de la que cabe resaltar el Informe Pericial de don Bernardino, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, en el que se valora el sobrecoste por cambio de metodología en 5.858.938,20 euros; y el elaborado por Tecum Auditores SL, suscrito por don Edmundo, de fecha 21.11.2011, acreditativo de la cantidad de 2.160.682,98 euros; en sobrecostes de gasto indirecto.

También el informe de 22.4.10 de la Jefa de Servicio de Contratación y Expropiaciones de la Consellería de Infraestructuras y Transportes, a solicitud de la demandante, sobre las causas del modificado nº2 del Proyecto que han venido motivadas por cambio de desvío de tráfico impuesto por el Ayuntamiento de Alicante, por la inclusión de una gran fuente ornamental y la ejecución de reposiciones de vallados y cerramientos no incluidos en el proyecto principal, por lo que la ampliación del plazo no es imputable al contratista sino en la necesidad de aprobación administrativa de la Dirección General de Presupuestos, conforme al art. 101.3 del RDL 2/2000 que precisará además aprobación del Consell previo informe preceptivo de la Intervención General de la Generalidad Valenciana (Doc 3 de la ampliación) y la aceptación por escrito de 24.3.10 por la contratista de la ampliación del plazo con expresa reserva de sus derechos y en particular los derivados de la posible resolución del contrato que ostenta con ING Lease (España) EFC S.A. caso de que el 10 de mayo de 2010 la Administración no recepcione las obras, por lo que se reserva la posible reclamación de daños y perjuicios.

Del expediente administrativo, como extremos fundamentales de interés para la resolución del recurso, debemos destacar:

El 8.6.06 se adjudica a la actora el contrato de autos

El 10.10.06 se suscribe el contrato en los términos ya reseñados anteriormente, es decir, bajo la modalidad regulada en el RD 704/1997 de 16 de mayo por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero



del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, pactándose conforme a su artículo 7.2 un aplazamiento por diez anualidades para su total pago. Destacar igualmente de dicho contrato la aceptación por la contratista del Proyecto aprobado por la Administración - cláusula segunda-.

El 10.11.06 se lleva a cabo el Acta de Comprobación de Replanteo con resultado negativo a la vista de los problemas que determinan la imposibilidad de iniciar las obras, señalándose en la misma que falta disponibilidad de terrenos, que hay discrepancia entre planos y presupuesto en algunas unidades de obra referidas a la reposición de líneas telefónicas y que en el proyecto está prevista sólo la demolición de los cerramientos y no su reposición. Se hace constar que la redacción del Acta complementaria en la que se fijará la fecha de inicio de las mismas se pospone hasta que sean subsanadas las incidencias más relevantes de las relacionadas anteriormente.

El 21.9.07 se solicita la ampliación del plazo para la ejecución de la obra por otros 12 meses, es decir, hasta el 10 de noviembre de 2008.

El 16-1-08 el Conseller autoriza la ampliación del plazo, notificada el 20 de enero a la empresa.

Formulada la modificación del contrato, por Resolución de 7-7-08 el Conseller la autoriza por importe de 0 euros, notificada el 16 de julio.

El 16-7-08 se suscribe por las partes el modificado del contrato de obras, señalándose como importe el de 0 euros.

El 16-10-08 el Conseller autoriza una ampliación de plazo por seis meses, aprobando asimismo un incremento de los intereses de financiación por importe de 150.176,40 euros, notificado el 30 de octubre.

El 18-5-09 el Conseller autoriza una ampliación de plazo de seis meses, conforme a lo solicitado por la empresa, a quien se notifica el 2.6.09. El 26-10-09 el Conseller autoriza una nueva ampliación de plazo por cinco meses con recalcu de intereses de financiación y aplazamiento, aprobando un incremento de compensación financiera de 428.856,80 euros, notificada el 4 de noviembre

El 29-7-10 se autoriza el segundo modificado del contrato por importe de 6.415.772,60 euros, de los que 5.838.520,26 euros son de obra, 577.252,34 euros de costes de aplazamiento, no genera gastos de financiación.

En fecha que no consta en el mismo se suscribe el contrato con esas condiciones.>>.

(2) en el fundamento de derecho tercero expone que << A la vista de todo ello y del planteamiento de litis, partimos de la conformidad de las partes en cuanto a la existencia de modificaciones del contrato y, en esencia, con algunas discrepancias en cuanto a las sucesivas ampliaciones de plazo, respecto a las causas determinantes de las mismas. La cuestión por tanto, queda centrada en dos puntos fundamentales: 1) La posibilidad jurídica de reclamación de daños y perjuicios para el contratista que ha consentido las sucesivas resoluciones administrativas de modificación contractual, suscritos los correspondientes modificados y dejado concluir el contrato sin alegación alguna al respecto y 2) Caso de tener una respuesta positiva el apartado anterior, la procedencia de la cuantía reclamada en autos.>>. Y, en desarrollo de la primera de ellas, analiza la normativa aplicable y el contenido de la sentencia dictada por esta Sala Tercera el 7 de junio de 2012 en el recurso de casación 4390/2012 .

(3) en el fundamento de derecho cuarto concluye con la desestimación del recurso empleando la siguiente argumentación: <<A la vista de estos principios legales y jurisprudenciales, en relación con la cuestión planteada, vemos que la problemática generadora de las modificaciones contractuales se producen desde el inicio del contrato y que las sucesivas ampliaciones del plazo de ejecución de las obras (12 meses solicitados el 21.9.07, 6 meses el 16.10.08, otros 6 meses el 18.5.09 y 5 meses el 26.10.09) se han llevado a cabo a instancias del contratista la mayor parte, como consecuencia de las modificaciones surgidas en la ejecución del mismo, derivadas de distintas causas, que han dado lugar a dos modificaciones contractuales, la primera de ellas sin incremento de coste -importe 0-, si bien al tener que ampliarse el plazo, si se estableció un incremento de los intereses de financiación por importe de 150.176,40 euros; con fecha 16-10-08 y un segundo incremento en la ampliación del plazo de fecha 26-10-09 con recálculo de intereses de financiación y aplazamiento, que supuso un incremento de compensación financiera por importe de 428.856,80 euros.

Producida la segunda modificación contractual, se establece en la misma un importe de 6.415.772,60 euros, de los que 5.838.520,26 euros son de obra, 577.252,34 euros de costes de aplazamiento, y sin que se establezca gasto de financiación alguno.

En todos estos casos, la parte contratista ha asumido las resoluciones administrativas previas a los modificados contractuales, estos mismos y las resoluciones ampliatorias de los sucesivos plazos, incluyendo



todo ello las valoraciones económicas; simplemente, hacía constar que se reservaba sus derechos, expresión que no tiene encaje legal en la regulación que hemos analizado porque lo que el legislador ha establecido con toda claridad es que si bien corresponde a la Administración la determinación del precio -art. 146 del TRLCAP- ello no implica que el contratista no pueda oponerse o negarse, previsión legal que lleva a la búsqueda de otro contratista o a la ejecución por la propia Administración e incluso, como se señalaba en cada una de las resoluciones recaídas tras la iniciación de la ejecución contractual, recurrirlas.

Hay que tener en cuenta que la falta ejercicio de estas opciones legales ha supuesto para la Administración la continuación del contrato en los términos pactados mediante las sucesivas prórrogas, para encontrarse finalmente con una reclamación que alcanza casi el 50% del valor inicial del contrato, desconociendo además el abono, sobre aquel, de la cantidad total de 6.994.805,54 euros por todo concepto (incremento de los intereses de financiación, incremento de compensación financiera, obra y costes de aplazamiento) que es en lo que han sido valorados, con el carácter simultáneo que prevé el art. 146 citado y sin su oposición, los daños y perjuicios que ahora reclama.

La demandante se limita a hacer constar dicha expresión (su reserva a efectos oportunos) en todas sus aceptaciones tácitas -por falta de oposición y de recurso ofrecido y señalado en las resoluciones administrativas recaídas en el expediente-, a llevar a cabo la entrega de la obra el 30 de diciembre de 2010, previa práctica en julio y agosto del mismo año de los actos finales del contrato -medición, certificación final etc- en los términos del artículo 147 del TRLCAP, sin reparo alguno y es el 11 de marzo de 2011 cuando formula alegaciones -que no reclamación pese a que habían transcurrido casi 5 años de daños y perjuicios, según mantiene y ya tres meses desde la entrega de la obra- en torno al desequilibrio entre los recalculos llevados a cabo por la Administración y el 15 de diciembre de dicho año -un año después de la entrega de la obra- cuando formula la reclamación de autos.

Especialmente ilustrativo es el informe que con fecha 4 de octubre de 2012 realiza el Director de las obras, Don Luciano , en torno al desarrollo del contrato y actitud de la contratista pero fundamentalmente, respecto a la inclusión de los conceptos objeto de la presente reclamación en los sucesivos modificados, así como su adecuada valoración.

En consecuencia de todo ello, consideramos que la reclamación de autos no puede ser estimada, que los daños y perjuicios producidos para el demandante han tenido su adecuada compensación en el curso de la ejecución del contrato y que la demanda, por cuanto se ha expuesto, debe ser desestimada.>>.

SEGUNDO .- El presente recurso se articula con base en los siguientes motivos:

1º) por la letra c) del artículo 88.1 de la ley jurisdiccional se alega la infracción de las normas reguladoras de la sentencia por falta de motivación e incongruencia omisiva, con infracción de los artículos 24 y 120 de la Constitución , 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2º) por la letra d) del citado precepto legal denuncia las siguientes vulneraciones del ordenamiento jurídico:

a) del artículo 6.2º del código civil , en relación con el artículo 7.1º de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , y doctrina de sentencias del Tribunal Supremo sobre el alcance de la renuncia de derechos.

b) del artículo 113 del TRLCAP, en relación con los artículo 1101 y 1124 del código civil , y doctrina de sentencias del Tribunal Supremo sobre el nacimiento de la obligación de la Administración de indemnizar daños y perjuicios por incumplimiento contractual a ella imputable. c) De los artículos 113.3 , 129 , 122 y 146 del TRLCAP, en relación con los artículo 1124 , 1101 y 1106 del código civil y doctrina jurisprudencial de esta Sala, por su inaplicación.

d) del artículo 139.1º de la ley jurisdiccional por hacer imposición de costas sin hacer uso de la facultad de no hacerlo por existencia de dudas de hecho y de derecho que consideraba concurrentes.

El último de los motivos -vulneración del artículo 139.1- fue inadmitido por Auto dictado el día 3 de marzo de 2016 por la sección primera de esta Sala al amparo del artículo 93.2,d) de la ley jurisdiccional y por apreciar carencia manifiesta de fundamento, razón por la que ahora nos corresponde el examen de todos los demás.

TERCERO .- Examinamos en primer lugar el motivo articulado al amparo de la letra c), es decir el que invoca vicios de procedimiento, particularmente ausencia de motivación e incongruencia omisiva.

Sin necesidad de hacer mención de la reiterada doctrina de la Sala sobre tales obstáculos procesales, conocida por la parte recurrente dada la citas que hace en el desarrollo del motivo que examinamos, debemos declarar que el motivo ha de ser desestimado pues consideramos que la sentencia es congruente y motivada, aun cuando la recurrente discrepe de dicha motivación.



En efecto, la sentencia hace una exposición de las posiciones mantenidas por las partes, describe los hechos que considera relevantes, concreta los preceptos y doctrina aplicables y luego expone y analiza la cuestión que considera esencial y prioritaria, relativa a la posibilidad jurídica de reclamación de daños y perjuicios por el contratista que ha consentido las sucesivas resoluciones administrativas de modificación contractual, suscrito los correspondientes modificados y dejado concluir el contrato sin alegación alguna al respecto, llegando a una conclusión negativa y a la desestimación del recurso, siendo esa la razón por la que, dado su carácter derivado o subsidiario de esa cuestión preferente, no analiza las cuestiones que ahora la parte considera omitidas y no motivadas.

En consecuencia el motivo ha de ser desestimado, sin perjuicio del análisis de las cuestiones que en el mismo plantea de carácter sustantivo en otros motivos del recurso.

CUARTO .- Los motivos segundo a cuarto que sustenta el recurso y que se articulan por la letra d) del artículo 88 de la ley jurisdiccional deben ser analizados conjuntamente pues, tal y como la propia parte recurrida pone de manifiesto, guardan una estrecha relación al cuestionar la sentencia impugnada por negar la posibilidad de reclamar daños y perjuicios a la administración.

Siguiendo el criterio ya sentado por esta Sala y sección en diversas sentencias, como las dictadas los días 13 de julio y 7 de diciembre de 2015 (recursos de casación 1592/2014 y 3271/2014 , respectivamente), de 27 de mayo de 2013 (recurso de casación 5159/2010), de 17 de noviembre de 2011 (recurso de casación 1640/2008) y las que se citan en el escrito de recurso, los motivos han de ser acogidos. En la dictada el 13 de julio de 2015 se dice lo siguiente:

<<QUINTO.- ... El motivo ha de ser estimado, y ello aun prescindiendo de que el modificado no llegó a fiscalizarse sino con posterioridad a su ejecución, pues lo cierto es que como se afirma en las sentencias citadas por la recurrente la cuestión del alcance del modificado ha de resolverse caso por caso mediante la interpretación de los hechos y circunstancias del mismo, sin que pueda partirse de la premisa de que la aceptación de un modificado, sin protesta, equivale a la renuncia de los daños y perjuicios que la parte contratista hubiera sufrido, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1204 del CC para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles. Como recuerda la recurrente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 146.1 del TRLCAP " Serán obligatorias para el contratista las modificaciones en el contrato de obras que, con arreglo a lo establecido en el artículo 101, produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que éste sea una de las comprendidas en el contrato". Es decir, para que la aceptación de un modificado suponga una renuncia a los derechos al resarcimiento de daños sufrido ha de darse la circunstancia de que conste expresamente dicha renuncia o se infiera de una interpretación los hechos razonables.

En el presente caso, estas circunstancias no aparecen acreditadas, y si los atrasos, pues estando prevista la obra para ser realizada en 17 meses se ha hecho en 40, por causas no imputables al contratista, sin que el hecho de aceptar las prórrogas unilaterales impuestas por la Administración acrediten ánimo de renunciar a los daños producidos por tal retraso. En consecuencia, el modificado no resulta incompatible con la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la mayor duración de la realización de la obra por las causas invocadas por la recurrente en la instancia.>>.

<<SEXTO.- ... Sostiene la sentencia recurrida que el contratista asume el riesgo de obtener una ganancia mayor o menor cuando sus cálculos no se atienen a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, por lo que si dichas circunstancias disminuyen el beneficio o producen perdidas deberán ser soportadas por el contratista, sin que pueda exigir un incremento del precio o una indemnización. La tesis es correcta, y de ello tan solo excluye el artículo 144 del TRLCAP la fuerza mayor. Pero una cosa es que la estimación especulativa de las ganancias que el contratista piensa percibir, no tenga que ser asegurada por la otra parte contratante, en este caso por la Administración, debiendo soportar las circunstancias sobrevenidas ajenas a las partes, y otra bien distinta, que se genere derecho a una indemnización como consecuencia del deficiente cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes. Lo mismo que ocurre en los contratos civiles, donde el riesgo y ventura de cada contratista es compatible con la obligación de indemnizar los daños imputables a los mismos por incumplimiento de sus obligaciones (artículo 1101 CC).

En ese sentido ha de interpretarse la sentencia de esta Sala del año 2007, que cita la sentencia, o la citada por la recurrente de 17 de noviembre de 2011 , que sostiene en su FJ 6 que: " Por consiguiente, cuando la propia administración se ha visto en la necesidad de conceder prórrogas sucesivas del plazo de finalización de las obras por no haber puesto a disposición del contratista, y a su debido tiempo, los medios necesarios y precisos para que pudieran iniciarse dichas obras y ello unido a la necesidad técnica de modificar un proyecto que, posteriormente, devino deficiente para que pudiera ser adaptado a la realidad existente, las circunstancias



concurrentes determinan la presencia de una excepción al principio de riesgo y ventura del contratista y la ulterior responsabilidad de la Administración por incumplimiento del contrato, en aplicación de los artículos 53 de la Ley de Bases de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y 158 del Reglamento General de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, disposiciones vigentes al momento de producirse los hechos de los que procede este recurso de casación, y atendiendo al consolidado criterio jurisprudencial de esta Sala (entre otras, sentencias de 29 de enero de 1982, 26 de enero de 1990, 20 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7805) y 28 de abril de 1999 (RJ 1999, 3097))."

De la misma forma la STS de 28 de junio de 2012 sostiene en su fundamento jurídico sexto que: "la sentencia no acierta, con la referencia al artículo 144, pues parece dar a entender que la administración solo respondería en el caso de fuerza mayor, recayendo, "a sensu contrario", la responsabilidad de los daños en el contratista. [...] el principio de riesgo y ventura es compatible con la posibilidad de exigir la indemnización de daños y perjuicios que se deriven del retraso en la ejecución del contrato imputable a la administración, (...)"

En definitiva, como sostiene la recurrente, cuando es la propia Administración la que incumple las obligaciones derivadas del contrato, no estamos ante el riesgo y ventura imputable al contratista por circunstancias ajenas a las partes, sino ante un incumplimiento contractual por parte de la Administración. La Sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 2001 sostiene a este respecto en el fundamento jurídico 2 que:

"(...)lo realmente producido es una alteración contractual en virtud de acciones u omisiones por parte de la administración y conforme a la doctrina jurisprudencial de esta sala (en sentencias de 29 de septiembre de 1977, 21 de marzo de 1983, 27 de abril de 1987 y 5 de junio de 1991, el principio general de riesgo y ventura por parte del contratista no sólo quiebra en los sucesos de fuerza mayor recogidos en el artículo 46 de la ley de contratos del estado, sino también cuando la administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución". En el mismo sentido la STS de 28 de marzo de 2005, sostiene en su FJ2 que:

"(...) valora el desequilibrio económico y el enriquecimiento sin causa y con el propio Dictamen del Consejo de Estado, 59/1993, que no permite la extensión del principio de riesgo y ventura del contratista para eximir de responsabilidad a la Administración ni para imponer al contratista el deber de soportar sin compensación cualquier actuación de la Administración."

Por su parte la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 2006, FJ 2, sostiene que:

"(...) en cuanto a la aplicación al supuesto del principio de riesgo y ventura debe acogerse la alegación de la UTE recurrida, según la cual nuestra jurisprudencia ha depurado el concepto, de modo que ese riesgo, según la doctrina de este Tribunal Supremo, pudiendo citarse como ejemplo la Sentencia de 31 de marzo de 1987 (FU 1987, 2120), debe referirse a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes. Ello no es lo que sucede en el caso de autos ya que, como declara la Sentencia recurrida, es responsabilidad de la Administración la correcta elaboración del Proyecto".>>.

Con base en todo ello debe considerarse que el criterio de resolución adoptado en la sentencia no es admisible y que, por ello los motivos han de ser acogidos pues de la exposición de hechos que hizo la sentencia impugnada y que hemos transcrito ponen de relieve que las ampliaciones de plazo y los modificados contractuales tienen como motivo directo y determinante el comportamiento de la administración pues desde el primer momento, como consta en el acta de replanteo de 10 de noviembre de 2006, incumplió con sus obligaciones contractuales con especial incidencia en la ejecución de las obras por el contratista ya que era imposible el inicio de las obras por la falta de disponibilidad de los terrenos y por la discrepancia entre planos y presupuesto en unidades de obra. Esta misma conclusión se extrae del informe de 22 de abril de 2010 de la Jefa de Servicio de Contratación y Expropiaciones de la Consellería de Infraestructuras y Transportes, a solicitud de la demandante, sobre las causas del modificado nº 2 del Proyecto que han venido motivadas por cambio de desvío de tráfico impuesto por el Ayuntamiento de Alicante, por la inclusión de una gran fuente ornamental y la ejecución de reposiciones de vallados y cerramientos no incluidos en el proyecto principal, por lo que la ampliación del plazo no es imputable al contratista sino en la necesidad de aprobación administrativa de la Dirección General de Presupuestos, conforme al art. 101.3 del RDL 2/2000 que precisará además aprobación del Consell previo informe preceptivo de la Intervención General de la Generalidad Valenciana (Doc 3 de la ampliación) y la aceptación por escrito de 24.3.10 por la contratista de la ampliación del plazo con expresa reserva de sus derechos y en particular los derivados de la posible resolución del contrato que ostenta con ING Lease (España) EFC S.A. caso de que el 10 de mayo de 2010 la Administración no recepcione las obras, por lo que se reserva la posible reclamación de daños y perjuicios.

QUINTO .- La estimación de los motivos de casación antes descritos conlleva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95.2 d), que la sentencia debe casarse y dictarse otra resolviendo las cuestiones suscitadas en el proceso.



Pues bien, recuperada así la competencia por esta Sala para resolver el recurso contencioso administrativo en los términos que resultan del debate, de acuerdo con los pedimentos de la demanda, que tienen base en una específica y adecuada prueba documental y pericial que concreta los daños producidos por diversos conceptos de sobrecoste y que nunca fueron cuestionados por la Administración en sus escritos de contestación a la demanda y de conclusiones, procede anular el acto impugnado y condenar la Administración demandada al abono a la recurrente de la cantidad de 14.675.889,31 euros y por los conceptos solicitados.

SEXTO .- La estimación del recurso determina que por aplicación del artículo 139.2 de la ley jurisdiccional no proceda hacer imposición de las costas del presente recurso de casación, haciendo imposición de las de la instancia a la Administración en aplicación del nº 1 del citado precepto legal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º) HABER LUGAR al recurso de casación número 2594/2015, interpuesto por la representación procesal de "UTE DRAGADOS, S.A., ROVER ALCISA S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982", contra la sentencia dictada el 20 de mayo de 2015 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y recaída en el recurso nº 457/2012 que anulamos y dejamos sin efecto.

2º) ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo número 457/2012, interpuesto por dicha parte contra la desestimación presunta de la reclamación por daños y perjuicios derivados del contrato "Obras de construcción del Acceso Norte a Alicante Avenida de Denia" y contra la posterior desestimación expresa de la misma por Resolución de 16 de enero de 2013, que anulamos y dejamos sin efecto por contrario a derecho, y condenamos a la demandada al pago de la cantidad de 14.675.889,31 euros.

3.- NO HACER imposición de las costas procesales de este recurso imponiendo a la administración las de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

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 Letrada de la Administración de Justicia, certifico.