

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
GABINETE TÉCNICO

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

2009-2012

Coordinador: Juan Pedro Quintana Carretero. Magistrado Decano del Gabinete Técnico de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Autor: Miguel Ángel Ruiz López. Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

ÍNDICE

I. CARACTERES GENERALES DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	7
1. Principios de la contratación administrativa	7
1.1. Igualdad de condiciones en la que han de concurrir los licitadores a partir de los criterios objetivos y públicos contenidos en el Pliego.....	7
1.2. Ponderación o valoración de las ofertas presentadas por una empresa externa. Carece de las notas de objetividad e imparcialidad que son propias de los órganos técnicos de la Administración.	9
1.3. Igualdad de género. Su posibilidad no está limitada a su establecimiento como condición especial de ejecución	10
1.4. La preferencia a empresas adjudicatarias de servicios de transportes de uso general es contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación establecidos en el Derecho de la Unión Europea	13
1.5. Principios de buena fe del contratista, seguridad jurídica y confianza legítima	15
1.6. Observancia del interés general o público y la “oferta económica más ventajosa”	16
1.7. La posibilidad de corrección de errores de cuenta en los contratos privados, prevista en el art. 1.266 del Código Civil, no es aplicable a las ofertas presentadas por los licitadores en un determinado procedimiento de concurrencia competitiva para la adjudicación de un contrato administrativo.....	17
1.8. Principios de libre concurrencia e igualdad de oportunidades	18
2. Tipos de contratos administrativos	19
2.1. Colaboración publico-privada mediante la gestión externa de funciones objetivamente administrativas. Participación de empresas privadas en los equipos técnicos previstos en la Ley del Menor	19
2.2. Naturaleza administrativa de un Convenio de Colaboración relativo a la gestión de servicios públicos	20
2.3. Contrato especial de creación de plazas residenciales para personas mayores de la Comunidad Valenciana y de explotación del correspondiente servicio.....	22
2.4. Concesión de obra pública	24
II. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS.....	27

1. Las partes del contrato: la Administración contratante	27
1.1. Traspaso de funciones del INSALUD a la Comunidad Autónoma. Al subrogarse la Comunidad Autónoma en las obligaciones pendientes derivadas de un contrato de obras, resulta responsable de su abono.....	27
2. Los elementos objetivos del contrato.....	28
2.1. El objeto del contrato	28
2.1.1. La definición precisa del objeto cierto del contrato permite su general conocimiento por parte de los posibles licitadores, en condiciones de igualdad, así como la formulación de sus respectivas proposiciones.....	28
2.2. El precio y su revisión.....	29
2.2.1. Exclusión en el pliego de la revisión de precios. Prórroga concedida al contratista por causa no imputable al mismo y aumento del plazo de ejecución por encima de los 12 meses	29
2.2.2. Contrato de obra bajo la modalidad de aplazamiento en el pago del precio del contrato. Inclusión del IVA en los costes establecidos de financiación a efectos de evitar la doble imposición	31
III. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN	35
1. La preparación del contrato	35
1.1. Existe el deber para la Administración de justificar la necesidad de acudir a la contratación externa, incorporándose al expediente de contratación un informe del servicio interesado en la celebración del contrato.....	35
1.2. Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares constituyen una verdadera ley contractual	37
2. Procedimientos de selección y adjudicación	38
2.1. Es posible el recurso a un asesoramiento externo, pero ello no supone asumir sin más la valoración hecha por esa empresa externa	38
2.2. Calificación previa por la Mesa. Ponderar los criterios establecidos en los Pliegos no puede reducirse a la sola atribución de puntos a cada solicitante por cada uno de los criterios establecidos al efecto	40
2.3. Reparación de los daños y perjuicios derivados de la exclusión de la participación en un concurso.....	41
2.4. Validez de ofertas presentadas por distintas empresas integrantes de un mismo grupo empresarial.....	42

2.5. Subsanación de la omisión de documentos relevantes para acreditar la capacidad para contratar.....	43
2.6. Criterios objetivos en la adjudicación que se dirigen a todos los licitadores y guardan relación con la calidad del servicio	46
2.7. Exigencia de motivar la resolución de adjudicación.....	47
2.8. Suficiente motivación de la resolución por la que se adjudicó el concurso. No aplicabilidad de derecho de preferencia	47
IV. EL CONTENIDO DEL CONTRATO	50
1. Las obligaciones fundamentales de las partes	50
1.1. Las obligaciones del contratista: la ejecución de las prestaciones	50
1.1.1. Obligación que recae sobre el constructor contratista de responder por las faltas de las obras mal ejecutadas con anterioridad a su recepción definitiva	50
1.1.2. Principio de riesgo y ventura. El contratista ha de soportar las consecuencias derivadas de circunstancias no previstas en el contrato, no imputables a la Administración y que no tengan la consideración de fuerza mayor	51
1.1.3. Doctrina del enriquecimiento injusto	51
1.2. Las obligaciones de la Administración: el pago del precio.....	52
1.2.1. Derecho al abono de intereses por el retraso en el pago de la certificación final de obra.....	53
1.2.2. Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados en aplicación del art. 1.109 del Código Civil.....	53
1.2.3. Abono de intereses de demora en relación con el pago de liquidaciones provisionales reconocidas	55
1.2.4. No estando ante una cantidad líquida no corresponde el abono de los intereses sobre los intereses (anatocismo).....	56
2. Las prerrogativas de la Administración	57
2.1. El poder de modificación o ius variandi.....	57
2.1.1. Modificaciones contractuales que no tienen por objeto la subsanación de deficiencias del proyecto inicial sino que responden a necesidades nuevas o causas imprevistas	57

2.1.2. Al no haber instado el contratista la resolución contractual y al haber aceptado las modificaciones contractuales, el ejercicio de ius variandi no determina siempre, necesariamente, derecho a ser indemnizado.....	58
2.1.3. Mayor inversión derivada de la modificación. Posibilidad de compensación solo en casos de ruptura de equilibrio económico-financiero	60
2.1.4. La Administración, de no estar conforme el interesado con el precio fijado, puede optar por ejecutar ella misma la parte modificada o encargarla a un tercero. Pero se trata de una potestad que puede ejercer o no, subsistiendo en este último caso la obligación del contratista de ejecutar la obra.....	61
2.1.5. Suspensión por causas imputables a la Administración vs. de modificación del contrato. No se opuso el contratista a las modificaciones producidas	62
2.2. Poder de suspensión de la ejecución del contrato	64
2.2.1. Para que la Administración sea responsable de indemnizar los daños y perjuicios no solo ha de acordar formalmente la suspensión del contrato, sino que dicha suspensión no debe ser imputable al contratista.....	64
2.2.2. Paralizaciones sucesivas de la ejecución del contrato de obras. Necesidad de que el contratista acredite la efectividad de los daños a efectos de su indemnización	66
2.2.3. Si el período de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestaron su conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar una pretensión indemnizatoria autónoma	66
2.2.4. Indemnización al contratista por daños y perjuicios derivados de la suspensión temporal parcial de las obras	67
2.3. El poder de interpretación unilateral	69
2.3.1. Doctrina general	69
2.3.2. La interpretación de las cláusulas de los Pliegos Particulares no es revisable en casación. Normas de interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil.....	70
2.4. El poder de revisión de precios	72
2.4.1. Establecido un precio cierto tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares inicial como en el contrato suscrito posteriormente, en el sentido de no proceder a la revisión de precios, resulta contraria a Derecho la declaración de nulidad ulterior	72
3. Las técnicas de garantía del equilibrio económico: el riesgo imprevisible	73

3.1. Doctrina general	73
3.2. Compensación procedente cuando la alteración del equilibrio económico-financiero de la concesión sea consecuencia de fallos judiciales.....	75
3.3. La fuerza mayor como excepción al principio de riesgo y ventura	77
V. EXTINCIÓN DEL CONTRATO.....	79
1. Cumplimiento del objeto contractual.....	79
1.1. La ceremonia de inauguración no implica necesariamente la recepción tácita de las obras.....	79
1.2. El vínculo contractual no se extingue por conclusión o cumplimiento hasta la recepción definitiva de las obras y la consiguiente liquidación final.....	81
2. Resolución del contrato	82
2.1. La concesión adjudicada es totalmente independiente de la que en su día fue adjudicada a otra concesionaria, por lo que el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a esta última no puede hacerse depender de las actuaciones que deban ser desarrolladas en virtud de aquella otra concesión	82
2.2. El instituto de la caducidad se aplica a los procedimientos específicos de resolución de contratos administrativos	83
2.3. Desistimiento tácito y unilateral de la Administración que obliga a indemnizar a la contratista.....	84
2.4. Resolución de contrato de obras. Sentencia del TSJ que anula la resolución por falta de informe preceptivo ni del Consejo de Estado ni del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Inexistencia de esa exigencia procedimental, al haber sido el adjudicatario de la obra quien solicitó la resolución	86
2.5. La indemnización por el beneficio industrial.....	88

I. CARACTERES GENERALES DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Principios de la contratación administrativa

1.1. Igualdad de condiciones en la que han de concurrir los licitadores a partir de los criterios objetivos y públicos contenidos en el Pliego

La STS, Sec. 7ª, 11/10/2012, RC 3253/2009, recuerda que la facultad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa constituye el ejercicio de una potestad discrecional, siempre sujeta a los criterios objetivos previamente establecidos en el pliego, que vincula a ambas partes. El TS matiza que una cosa es el margen de discrecionalidad del que goza la Administración para considerar la oferta más ventajosa, y otra diferente la introducción en el informe técnico de criterios que no estaban contemplados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. En el caso de autos, una vez presentadas las ofertas, y a la vista de las mejoras presentadas, se incorporaron criterios que no estaban previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que alteran el peso de los inicialmente contemplados. Lo cierto es que, al actuar así, se quebró la igualdad de condiciones en la que han de concurrir los licitadores a partir de los criterios objetivos y públicos contenidos en el Pliego, lo que conduce a la desestimación del motivo casacional.

“Por otra parte, y con independencia de que el recurso viene a reproducir la argumentación contenida en el escrito de contestación a la demanda se denuncia asimismo que el Informe Técnico no aplicó el nuevo subcriterio de valoración en el Lote I, y que su aplicación en el Lote II no afectó al resultado de la adjudicación, por lo que, en virtud del principio de conservación de actos administrativos debía mantenerse el sentido de la adjudicación a favor de Palmatronic.

Esta afirmación obedece a que la razón de decidir de la sentencia es la infracción del artículo 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por la discordancia que observa entre los criterios recogidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares y el baremo introducido –sin la exigible motivación– por el autor del informe técnico obrante a los folios 203 y siguientes del expediente administrativo.

Conviene recordar que la facultad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa constituye el ejercicio de una potestad discrecional, siempre sujeta a los criterios objetivos previamente establecidos en el pliego, que vincula a ambas partes, como de manera reiterada ha reconocido esta Sala ya desde las sentencias de 12 de mayo de 1992, 31 de octubre de 1994 y 25 de julio de 1996.

El art. 74.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, describe el concurso en los siguientes términos: “*En el concurso la adjudicación recaerá en*

el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio de la Administración a declararlo desierto”. A su vez el art. 86 dispone que “en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se establecerán los criterios objetivos que han de servir como base para la ejecución, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquella. Los criterios a que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se le atribuya, y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operan los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo”. Por su parte, el art. 88.2 afirma que “la Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 86, sin atender necesariamente el valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figura en el pliego”.

La Legislación de Contratos reconoce a la Administración una facultad discrecional al hacer la selección del adjudicatario, ya que no está obligada a elegir al mejor postor desde el punto de vista económico, sino al, que cumpliendo las condiciones del pliego, resulte más ventajoso a los intereses generales de la Administración, sin atender exclusivamente a la oferta económica. El ejercicio de esta facultad discrecional está orientada al bien público y a los intereses generales que tutela la Administración, siendo en este sentido como debe entenderse la expresión “*oferta más ventajosa*”, lo que significa que en la licitación se ha de atender a las circunstancias y a los elementos subjetivos y objetivos del contrato. Para ello, la Administración goza de un cierto margen de discrecionalidad, no confundible con la arbitrariedad, al no tratarse de una facultad de elección totalmente libre, sino de una actuación que debe inspirarse en los principios del art. 103.1 de la Constitución, siendo la motivación una exigencia ineludible para el control judicial de la actuación administrativa, que establece el art. 106 de la Constitución, y para hacer efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial del art. 24 del citado texto constitucional.

La sentencia recurrida acoge la tesis de la demandante, Atlantis Digital SL, en el sentido de que en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se contemplan como mejoras valorables las que el informe técnico que sirve de fundamento a la resolución adjudicatoria del concurso toma en consideración.

Efectivamente, una cosa es el margen de discrecionalidad, del que goza la Administración para considerar la oferta más ventajosa, y otra la introducción en el informe técnico de criterios, que no estaban contemplados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Los criterios de este eran el precio, las mejoras introducidas y el plazo de entrega a los que se atribuía un peso de 45, 40 y 15 puntos respectivamente.

Sin embargo el informe técnico, a propósito del segundo criterio de valoración “mejoras”, introduce de forma sorpresiva dos subcriterios. Al entender que las mejoras introducidas son valorables en euros y en tiempo otorga a las primeras un peso del 25% y del 15% a las valorables en tiempo.

De este modo, una vez presentadas las ofertas, y a la vista de las mejoras presentadas, se incorporan subcriterios que no estaban previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que alteran el peso de los inicialmente contemplados, aspecto sobre el que el Gobierno de Canarias no hizo referencia alguna en la instancia y que, incluso minimiza ahora en el recurso, al entender que esa circunstancia fue irrelevante en la adjudicación; pero lo cierto es que, al actuar así, se quebró la igualdad de condiciones en la que han de concurrir los licitadores a partir de los criterios objetivos y públicos contenidos en el Pliego, lo que conduce a la desestimación del motivo”.

1.2. Ponderación o valoración de las ofertas presentadas por una empresa externa. Carece de las notas de objetividad e imparcialidad que son propias de los órganos técnicos de la Administración.

STS, Sec. 7ª, 18/7/2012, RC 5128/2008. Adjudicación de concesiones para la explotación de programas de servicio público de televisión digital terrestre con cobertura local referidas a distintas zonas y municipios. Resolución de la Mesa que omite la indicación de la ponderación de los criterios indicados en los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares en la propuesta elevada al órgano de contratación. Vulneración del art. 88 del RD Legislativo 2/2000 y falta de adecuada motivación. No cabe sustituir la ponderación de la Mesa de contratación por la simple remisión al informe de una empresa externa contratada al efecto. Anulación de las adjudicaciones.

“Por tanto, el recurso a un asesoramiento externo es posible, pero ello no supone asumir sin más la valoración hecha por esa empresa externa, dando por buena su valoración, incumpliendo la Mesa de Contratación de forma flagrante su función de valorar las ofertas que es propia e indelegable.

Nótese que la discrecionalidad técnica es la consecuencia de la decisión adoptada por un órgano compuesto por personas que, por formar parte de la Administración y gozar de determinados conocimientos técnicos en la materia de que se trate, reúnen sobre todo la garantía de, que no es propia de una entidad privada. Esa garantía se ve reforzada por la posibilidad de cualquier interesado de recusar a los miembros del órgano técnico en caso de apreciar dudas sobre su objetividad e imparcialidad. De ahí la necesidad de que en materia de contratación sea la Mesa de Contratación el órgano que valore, de conformidad con la Ley y lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, las ofertas a fin de seleccionar la más idónea.

Por el contrario, si, como aquí ha sucedido, la valoración la realiza directamente una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible, pero

carece de las notas de objetividad e imparcialidad que es propia de los órganos técnicos de la Administración, se omiten los fundamentos sobre los que se asienta su presunción de acierto. Cuestión distinta sería si, a partir de la valoración hecha por Doxa Consulting, la Mesa de Contratación hubiera matizado, modulado o corregido dichos criterios, es decir, se hubiera servido de esa evaluación previa, basada en el conocimiento y experiencia técnica de Doxa Consulting para hacer su propia valoración. Sin embargo ello no ha sido así, y ello nos permite apreciar la infracción del artículo 88 del Real Decreto Legislativo 2/2000 por incumplimiento de la función propia de la Comisión de Valoración de ponderar los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares”.

1.3. Igualdad de género. Su posibilidad no está limitada a su establecimiento como condición especial de ejecución

La STS, Sec. 7ª, 17/7/2012, RC 5377/2009, confirma una sentencia del TSJ de Extremadura que desestimó el recurso interpuesto por una organización sindical contra una resolución que anunció concurso abierto para la contratación de las obras de la Estación Depuradora de Aguas Residuales en Navamoral de la Mata. La parte recurrente sostiene, en síntesis, que la sentencia a quo no ha respetado criterios objetivos relacionados con el objeto del contrato y ha confundido criterios de adjudicación y preferencia. Sin embargo, la sentencia de Extremadura declara válida la puntuación correspondiente al personal femenino fijo en la empresa siempre que se utilice con posterioridad a la aplicación de los criterios objetivos que deben decidir la adjudicación, una vez advertida la igualdad en esos criterios y como preferencia para decidir el empate producido. La puntuación concedida por el porcentaje de personal femenino fijo no constituye, pues, un criterio más de adjudicación, sino un elemento para otorgar preferencia en caso de empate. El TS refiere a continuación que la igualdad de mujeres y hombres es una aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo que proclama el artículo 14 CE, subrayando la dimensión transversal de la igualdad, que también debe ser perseguida en la legislación de contratos, no sólo en la fase de ejecución, sino como criterio de preferencia para decidir la ejecución entre proposiciones iguales desde criterios objetivos.

“A la polémica puntuación concedida por el porcentaje de personal femenino fijo en la empresa no se le atribuye el valor de constituir un criterio más de adjudicación que juegue de manera acumulativa con los demás, sino el de ser un elemento para otorgar una preferencia en la adjudicación solamente en el caso de que, con la aplicación de los criterios objetivos que deben regir en la adjudicación, se produzca una situación de igualdad o empate entre dos o más ofertas o proposiciones.

Dicho de otra forma, la sentencia de Extremadura declara válida esa puntuación correspondiente al personal femenino fijo en la empresa si se utiliza con posterioridad a la aplicación de los criterios objetivos que deben decidir la

adjudicación, una vez advertida la igualdad en esos criterios y como preferencia para decidir el empate producido.

Y siendo ese el criterio de la sentencia recurrida, según resulta de esa declaración suya literal y de su lectura global, no cabe compartir todos esos reproches de que no respetó los criterios objetivos relacionados con el objeto del contrato y confundió criterios de adjudicación y preferencia que se le han dirigido con la finalidad de apoyar los motivos de casación primero, segundo y tercero.

SEXTO.- La respuesta a la tercera cuestión de las que antes fueron han enunciadas aconseja realizar las consideraciones previas que continúan.

La primera es que la igualdad de mujeres y hombres es una aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo que proclama el artículo 14 CE; y, en relación con ese derecho, el texto constitucional (artículo 9.3) dirige a los Poderes Públicos este enérgico mandato: *"promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*.

La segunda es que, según resulta de su Exposición de Motivos, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres, viene a cumplir el mandato constitucional a que acaba de hacerse referencia.

Lo hace desde la siguiente constatación de la realidad, también expresada en esa Exposición de Motivos:

"El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos.

Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo".

La tercera es la dimensión transversal de la igualdad, expresamente afirmada en esa Exposición de Motivos y definida así en el artículo 15:

"El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades".

La cual pone de manifiesto que, por lo que hace a las Administraciones públicas, el objetivo o meta de la igualdad de hombres y mujeres podrá ser perseguido en la totalidad de sus actividades, esto es, cualquiera que sea el instrumento formal en que estas se manifiesten (procedimiento, acto o contrato), cualquiera que sea su contenido (regulador, de servicio público, fomento, policía, etc. y cualquiera que sea la materia sectorial a que esté referida.

□□ La cuarta y última consideración es que, según deriva de todo lo anterior, circunscribir la política de igualdad en materia de contratación únicamente al instrumento o mecanismo jurídico de las condiciones de ejecución resulta, en principio, contrario a esa transversalidad que con tanta amplitud se define en la LO 3/2007 [LOI]; pues lo que dicha transversalidad demanda es que, dentro de ese ámbito de la contratación, la igualdad de hombres y mujeres pueda ser perseguida a través de todos los instrumentos jurídicos que la legislación de contratos regula.

SÉPTIMO.- Las anteriores consideraciones impiden dar una respuesta favorable al tercer motivo de casación y a la tesis que en él se pretende sostenerse de que la posibilidad de aplicar políticas de igualdad de hombres y mujeres sólo es posible en la fase de ejecución y a través del instrumento jurídico de las condiciones especiales de ejecución del contrato.

A ellas debe añadirse que la lectura conjunta de los artículos 33 y 34 de la LO 3/2007 [LOI] no permite, respecto del primero de ambos, la interpretación que sugiere el recurso por lo siguiente:

a) El artículo 33 tiene carácter básico, aplicable a todas las Administraciones públicas, mientras que el artículo 34 es sólo aplicable a los *"Contratos de la Administración General del Estado"*.

b) El artículo 34, en su apartado 1, contempla la posibilidad de incluir, en los contratos de la Administración General del Estado, medidas de promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres como *"condiciones de ejecución"*; y en su apartado 2 dispone:

"Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio".

c) La tesis del recurso comportaría admitir una contradicción entre ambos preceptos, pues el primero limitaría, para todas las Administraciones públicas, la posibilidad de aplicar las medidas de igualdad tan sólo a que las establecieran como medidas de ejecución del contrato; mientras que el segundo permitiría al Estado establecerlas también como criterio de preferencia para decidir la ejecución entre proposiciones iguales desde criterios objetivos.

d) Esa contradicción resulta inadmisibles y la forma de eludirla es interpretar ese artículo 32 de la LOI en estos términos: que la aplicación de medidas de igualdad como condición de ejecución es una de las posibilidades existentes para la implantación de tales medidas y no la única; y que cuando se opte por dicha posibilidad habrá de hacerse de acuerdo con lo que dispone la legislación de contratos del sector público en lo relativo a los requisitos para su establecimiento (como es su indicación en el anuncio de licitación) y al régimen de su incumplimiento.

e) Por otro lado, la aplicación de preferencias en la adjudicación para medidas de naturaleza social está prevista en otras normas de la legislación de contratos: lo estaba para las empresas que incluyeran en su plantilla trabajadores minusválidos en la disposición adicional octava del TR/LCAP; y la misma posibilidad se ha mantenido en la disposición adicional sexta de la Ley 30/2007 - LCSP-“.

1.4. La preferencia a empresas adjudicatarias de servicios de transportes de uso general es contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación establecidos en el Derecho de la Unión Europea

STS, Sec. 7ª, 7/6/2012, RC 4598/2009. El derecho de preferencia que se aduce resulta contrario a los principios de igualdad de trato y no discriminación que informan el ordenamiento comunitario europeo y, más en particular, a lo que establecen los artículos 12 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea. Ya que no tiene justificación suficiente para excepcionar de los principios enunciados, porque es reconocida a quienes tienen experiencia como prestadores de servicios de transportes de uso general y dicha experiencia no supone mayor fiabilidad para el desarrollo del transporte de uso especial escolar al ser distintos los requisitos establecidos para una y otra clase de transporte. En apoyo de esto, la sala recalca que la valoración de la experiencia contraviene el principio de libre competencia para la contratación administrativa que rige en nuestro Derecho de conformidad con lo dispuesto en la normativa de la hoy Unión Europea. Es decir, el factor experiencia no es un criterio de adjudicación ya que aquella ha debido ser considerada como elemento previo en la clasificación del contratista y en su solvencia técnica. Sobre la cuestión de la presentación de la documentación en el registro mencionado, los Pliegos son vinculantes cuando no han sido impugnados y allí se disponía las únicas formas válidas de presentación de la documentación y los registros habilitados a tal fin.

“TERCERO.- Los seis primeros motivos de casación lo que básicamente plantean es que el aquí controvertido derecho de preferencia estaría amparado en

esos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea que el recurso invoca como infringidos, y ello porque, al responder a razones de interés general, tal derecho cumpliría (en el criterio del recurso) con la exigencia que el ordenamiento comunitario tiene dispuesta para establecer válidamente limitaciones a la libre prestación de servicios.

Ese principal argumento no puede ser compartido por lo que seguidamente se explica.

Ha de coincidirse con la sentencia de instancia, como acertadamente señala en su escrito de oposición la aquí recurrida GENERALITAT VALENCIANA, en que ese derecho de preferencia resulta contrario a los principios de igualdad de trato y no discriminación que informan el ordenamiento comunitario europeo y, más en particular, a lo que establecen los artículos 12 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea.

Y ha de compartirse también que esa preferencia no tiene justificación suficiente para encarnar una válida excepción a esos obligados principios, porque es reconocida a quienes tienen experiencia como prestadores de servicios de transportes de uso general y dicha experiencia no supone mayor fiabilidad para el desarrollo del transporte de uso especial escolar al ser distintos los requisitos establecidos para una y otra clase de transporte; y porque la experiencia está referida a la aptitud del contratista para ejecutar el contrato y, según la jurisprudencia comunitaria, la verificación de esa aptitud y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes en el contexto de un contrato público (sentencia de 20 de septiembre de 1988 del Tribunal de Justicia de la CEE, asunto Gebroeders Beentjes).

Ésos son algunos de los principales criterios que viene a sostener el Dictamen Motivado de 4 de abril de 2006 de la Comisión de las Comunidades Europeas y, por ser jurídicamente acertados, no puede reprocharse a la sentencia recurrida que los haya asumido como motivación propia para sustentar su fallo, siendo por ello indiferente para lo debatido en este proceso la cuestión formal que viene a suscitar el recurso sobre si a dicho Dictamen se le puede o no conferir efecto vinculante.

Y habiendo hecho explícitos estos criterios, el abandono que la sentencia recurrida pueda haber llevado a cabo de precedentes judiciales existentes sobre materias similares no puede ser reputado de constituir un inmotivado o gratuito cambio de criterio.

Todo lo que acaba de razonarse es suficiente para desestimar los seis primeros motivos de casación.

CUARTO.- En apoyo de lo anterior debe subrayarse que esta Sala viene declarando reiteradamente que la valoración de la experiencia contraviene el principio de libre competencia para la contratación administrativa que rige en nuestro Derecho de conformidad con lo dispuesto en la normativa de la hoy Unión Europea.

Así lo recuerda la sentencia de 11 de julio de 2006 (Casación 410/2004)".

1.5. Principios de buena fe del contratista, seguridad jurídica y confianza legítima

La STS, Sec. 7ª, 17/11/2011, RC 1640/2008, estima el recurso de casación interpuesto por una mercantil contra sentencia de TSJ desestimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido contra la inactividad administrativa sobre reconocimiento de indemnización de daños y perjuicios causados por el retraso, por causas imputables a la Administración, en la ejecución de un contrato de obras. La Sala estima el recurso al considerar que la contratista tiene derecho a ser indemnizada, siguiendo doctrina reiterada, como consecuencia de los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras en los casos en los que la Administración contratante no la declaró formalmente pero se produjo la efectiva suspensión de las mismas. Asimismo, considera que la tardanza en la aprobación definitiva del proyecto modificado -principal motivo del retraso producido en la ejecución de las obras- únicamente resultaba imputable a la Administración, la cual incumplió su deber de emitir la correspondiente liquidación definitiva de la obra en el plazo de seis meses desde la recepción definitiva de la obra previsto para ello, si bien destaca la circunstancia de que la contratista reclamara la indemnización pretendida dentro de dicho plazo de seis meses, no habiéndose extinguido, por tanto, el vínculo contractual. Por todo lo anterior, concluye reconociendo la indemnización al resultar el retraso en la ejecución directamente imputable a la Administración y haber actuado la contratista conforme al principio de buena fe.

“Procede la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el contratista cuando el retraso en la ejecución de las obras resulta directamente imputable a la Administración contratante, mucho más cuando, como acontece en el caso analizado, la actuación desplegada por la entidad recurrente ha de enmarcarse en los términos del principio de buena fe a que se refiere el artículo 3.1 in fine de la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99 aplicable en el ámbito de la contratación administrativa, entendida dicha buena fe como un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una específica conducta deducida de unos hechos, y que se concreta en una acción o conducta basada en una confianza legítima y en un proceder lógico y razonable, y no abusivo o fraudulento, que conduce a actuar de determinada manera en la creencia racional y fundada de estar obrando correctamente.

En efecto, la Sala ha venido manteniendo (por todas, en las sentencias de 22 de marzo de 1991 -recurso 2467/1988- y 17 de febrero de 1999 -recurso 3440/1993-) la necesidad de respetar el principio constitucional de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9º.3 de la Constitución, amparado por la buena fe del administrado y la confianza legítima, o fundada esperanza, creada en el destinatario de una actuación administrativa como consecuencia precisamente de un acto externo y concreto de la Administración o de sus agentes, del que puede desprenderse una manifestación de voluntad de la misma, con la consecuencia obligada de inducirle a realizar determinada conducta, manteniéndose así la primacía del referido principio de seguridad jurídica y de la confianza legítima, en la forma entendida por la jurisprudencia del T.J.U.E. citada por la parte actora”.

1.6. Observancia del interés general o público y la “oferta económica más ventajosa”

La STS, Sec. 7ª, 3/11/2011, RC 841/2008, desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de TSJ desestimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido contra Orden autonómica que adjudicó a empresa distinta de la recurrente, por procedimiento abierto y mediante concurso, un contrato de suministro. La Sala, tras descartar que la sentencia recurrida incurriera en defectuosa motivación, rechaza asimismo que aplicara indebidamente la doctrina jurisprudencial sobre jerarquía normativa invocada por la recurrente, puntualizando que la facultad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa constituye el ejercicio de una potestad discrecional bajo la sujeción de los criterios objetivos previamente establecidos en el pliego y que la sentencia recurrida motiva suficientemente el hecho de que la Administración adjudicó el contrato conforme a dicho pliego y dentro del margen de discrecionalidad que le es propio. En relación con el último motivo de casación, la Sala, tras exponer los criterios de adjudicación fijados en el pliego, confirma la tesis sustentada por la sentencia recurrida con cobertura en el margen de valoración y discrecionalidad técnica antes referida que le llevaron a considerar suficientes los certificados presentados por la adjudicataria para entender que el producto que ofertaba merecía la máxima puntuación al cumplir con el criterio de valoración que la recurrente cuestiona, sin que se aprecie arbitrariedad en la actividad administrativa.

“DUODECIMO.- En suma, y siguiendo la doctrina contenida en reiterada jurisprudencia de esta Sala Tercera [por todas, sentencias de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/1994), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/1995), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/1999), 4 de abril de 2007 (recurso 923/2004) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/2006)] se desprenden, como razonamientos ciertamente significativos en lo que respecta a la resolución del presente recurso de casación, los siguientes criterios objetivos y razonables que fundan la decisión desestimatoria:

1º) La determinación de la oferta económica más ventajosa, que afecta a un principio esencial en el Ordenamiento de la contratación administrativa, con inequívoca incidencia del Derecho comunitario, como es el de observancia del interés general o público, proclamado en la Directiva 2004/18/CE y reconocido en una muy consolidada doctrina tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde las sentencias de 15 de enero y 10 de noviembre de 1998 – asuntos C-44/96 y C-360/96, respectivamente-, como de este Tribunal Supremo –por todas, sentencias de esta Sala de 17 de octubre de 2007 (recurso 3171/1995) y 16 de febrero de 2010 (recurso 3690/2007)- fue debidamente apreciada por la sentencia recurrida.

2º) La “proposición más ventajosa”, concepto jurídico indeterminado, que actúa como mecanismo de fiscalización y control en el ámbito de la contratación administrativa, si bien la discrecionalidad técnica de la Administración tiene su esfera de actuación con anterioridad al trámite de adjudicación, atendiendo a la toma de la respectiva decisión en términos de libertad de criterio y en orden a

determinar cuáles son los objetivos más significativos conforme a los principios de eficacia administrativa y de consecución del interés general, en coherencia con las previsiones contenidas en el artículo 103.1 de la Constitución, fue respetada en el caso examinado.

Así, la Administración contratante determinó la fijación de los específicos criterios que debían reunir las entidades que concurrían al concurso y procedió a una pormenorizada concreción de la puntuación atribuible a cada una de aquellas entidades, y a una asignación particularizada y debidamente detallada en relación con cada uno de los concursantes, a la vista de la documentación presentada”.

1.7. La posibilidad de corrección de errores de cuenta en los contratos privados, prevista en el art. 1.266 del Código Civil, no es aplicable a las ofertas presentadas por los licitadores en un determinado procedimiento de concurrencia competitiva para la adjudicación de un contrato administrativo

La STS, Sec. 7ª, 13/10/2011, RC 537/2008, estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra sentencia del TSJ estimatoria del recurso promovido contra Orden que inadmitió el recurso de revisión interpuesto contra resolución que declaraba desierta la adjudicación de un contrato para la gestión de un equipo de intervención socio-comunitaria. La Sala estima el segundo motivo del recurso de casación al considerar que el criterio seguido por la sentencia impugnada sobre el error de hecho alegado por la empresa demandante en los documentos incorporados al expediente y que le llevó a afirmar que la Administración debía rectificar el error en que incurre un licitador al formular su propuesta técnica y reinterpretar la misma a su favor, excede notoriamente del ámbito objetivo y de la finalidad del recurso extraordinario de revisión. Asimismo, en relación con dicho recurso extraordinario, reitera la doctrina jurisprudencial que declara que únicamente es viable cuando concurren de manera expresa las causas específicamente determinadas en el artículo 118 de la Ley 30/1992, si bien en el presente caso la entidad demandante no logró acreditar la realidad de tal presupuesto normativo, sin que la Sala considere que se tratara de un simple error de cálculo sino de inexactitudes de los factores y determinaciones a los que se refería el pliego de condiciones técnicas del contrato, por lo que estima la casación y desestima el recurso contencioso-administrativo.

“NOVENO.- Por lo demás, la sentencia que ahora se recurre en casación aplica indebidamente el artículo 1266 del Código Civil en razón de que el supuesto planteado en esta litis no tiene encaje en el concreto ámbito objetivo de dicho precepto, por cuanto no se está aquí en presencia de un error de cálculo de operación aritmética que "sólo dará lugar a su corrección" sino de inexactitud de los factores y determinaciones a que se refería el pliego de condiciones técnicas particulares del contrato, cuando el artículo 1266 del Código Civil contempla la posibilidad de corrección de errores de cuenta en los contratos privados, sin que resulte aplicable a las ofertas presentadas por los licitadores en un determinado procedimiento de concurrencia competitiva para la adjudicación de un contrato

administrativo, por cuanto quebrantaría los principios esenciales informadores de la contratación administrativa.

Debe puntualizarse, en este orden de consideraciones, que ni siquiera por vía de interpretación analógica cabe traer aquí a colación el artículo 1266 del Código Civil, toda vez que, como establece el artículo 4.1 del mismo Cuerpo legal, dicha interpretación resulta procedente cuando no existan normas específicas sobre el particular de referencia, lo que no debe apreciarse en este caso atendiendo a preceptos como el artículo 105 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que contemplan la revocación de actos y rectificación de errores, razones que propician la estimación del último motivo”.

1.8. Principios de libre concurrencia e igualdad de oportunidades

STS, Sec. 4ª, 16/2/2010, RC 3690/2007. Resolución de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que había anunciado la licitación por el sistema de concurso público del servicio para la aplicación aérea de productos fitosanitarios en la campaña contra la mosca del olivo y los pliegos de cláusulas administrativas particulares de dicho concurso; y la resolución por la que se hizo pública la adjudicación definitiva del concurso público del servicio antecitado. Estimación, pues la cláusula referida al conocimiento del territorio contraviene el principio de libre competencia, al exigirse a los pilotos una experiencia específica que es totalmente inadecuada e innecesaria para la prestación del servicio público que se pretende establecer, sin que la exigencia establecida represente una objetiva mejora en la prestación del servicio sino más bien la atribución de una injustificada posición de ventaja de unos profesionales respecto a otros. Por otra parte, la exigencia del Pliego de Condiciones respecto al mayor número de aeronaves que disponga cada empresa licitadora, atenta contra el principio de igualdad de oportunidades, pues no es lógico y carece de sentido ofrecer más avionetas de las necesarias que las previamente exigidas en las bases de la convocatoria. También atenta al principio de igualdad de oportunidades lo regulado respecto del incumplimiento de compromisos anteriores, al sancionarse a quienes no están incurso en ninguna causa prohibitiva para contratar con la Administración.

“El conocimiento del territorio por parte de los pilotos titulares de las empresas que intervendrán en la ejecución del tratamiento fitosanitario, acreditado por los trabajos realizados para la Administración, según certificación o informe positivo dictado por el funcionario competente de la unidad administrativa donde se realizaron dichos trabajos.

Esta cláusula, en cuanto barema con 0 a 39 puntos el conocimiento del territorio, supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa, pues, exige a los pilotos titulares de las empresas que intervendrán en el tratamiento fitosanitario una experiencia específica que es totalmente inadecuada e innecesaria para la prestación del servicio público que se pretende establecer, dado que la técnica de navegación habitualmente utilizada en la fumigación o en la extinción de incendios forestales es la navegación visual que es una técnica basada en la observación directa de las

referencias externas a la aeronave cuyo procedimiento de vuelo inicialmente consiste en planificar sobre una carta la ruta o servicio a seguir, estableciendo una serie de puntos de recorrido que coincidan con elementos fácilmente identificables -ríos, carreteras, iglesias, etc.-, es decir, se trata de un método de navegación muy elemental cuya técnica debe reputarse conocida por todo aquel que tenga el título que le habilite para pilotar el tipo de aeronave que se utiliza en ese tipo de trabajo, sin que la exigencia impuesta por la cláusula que examinamos represente una objetiva mejora en la prestación del servicio sino más bien la atribución de una injustificada posición de ventaja de unos profesionales respecto a otros.

Por ello, con esta especificidad establecida en el Pliego acerca de cómo se computará la experiencia de los pilotos según el grado de conocimiento del territorio que tengan según discrecionalmente apreciará el funcionario de la unidad administrativa donde se realizaron anteriores trabajos similares, conculca los principios rectores de la contratación administrativa al consagrarse en nuestro sistema jurídico, el principio de la libre concurrencia, potenciado con la integración del Estado español en la Unión Europea.

(...) SEPTIMO.- También discrepamos de la interpretación que realiza la sentencia recurrida respecto de las prestaciones complementarias que se exigen en el Pliego de Condiciones respecto del grado de incumplimiento de los compromisos anteriores en otros procedimientos selectivos, o en el mayor número de aeronaves que disponga cada empresa licitadora, pues, no es lógico, y carece de sentido ofrecer más avionetas de las necesarias que las previamente exigidas en las bases de la convocatoria para prestar un servicio para la aplicación de los productos fitosanitarios en una determinada y concreta campaña contra la mosca del olivo, pues, de esta forma se cercenaría el principio de igualdad de oportunidades, pues la solvencia técnica en los contratos se encuentra regulada en los artículos 11, 17, 18 y 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mientras que la solvencia económica y financiera se determina en el artículo 16 de la referida norma legal.

Y, lo mismo podríamos decir, respecto del grado de incumplimiento de compromisos anteriores, pues, con esta cláusula se está formalmente sancionando a aquellos licitadores que como la empresa recurrente no está incurso en ninguna de las causas prohibitivas para contratar con la Administración, establecidas en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

2. Tipos de contratos administrativos

2.1. Colaboración publico-privada mediante la gestión externa de funciones objetivamente administrativas. Participación de empresas privadas en los equipos técnicos previstos en la Ley del Menor

La STS, Sec. 7ª, 6/10/2011, RC 239/2009, anula una Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana que anuló la convocatoria de un concurso en materia de asesoramiento en los equipos técnicos de menores y familia adscritos a la Consejería de

Justicia, Interior y Administraciones Públicas de la Generalidad Valenciana. La convocatoria obedece, en términos de eficacia administrativa y sobre la base del principio de autoorganización, a dar respuesta a las diferentes exigencias derivadas de las distintas necesidades de organización, composición y puesta en funcionamiento de los referidos equipos técnicos autonómicos. El Alto Tribunal entiende que esa forma de actuación se ajusta a la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores y atiende a la necesidad derivada de la composición pluridisciplinar de los componentes de los citados equipos técnicos, formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales. También se descarta que la concesión de las funciones de los equipos técnicos a una empresa privada implique el acceso de los trabajadores contratados a los expedientes confidenciales de los menores de un Juzgado, pues existen mecanismos para asegurar aquella confidencialidad. Finalmente, la actividad de que se trata no se privatiza, sino que es asumida por la respectiva Administración como propia de la misma y, siempre y necesariamente, bajo su supervisión.

“NOVENO.- Tampoco pueden prosperar las alegaciones de la parte recurrida acerca de que la convocatoria anulada por la sentencia objeto de la presente casación implica la privatización del servicio, pues, como se desprende de los folios 3 y 4 del expediente administrativo, que contienen la definición del objeto del contrato y desarrollo de la asistencia técnica a contratar, la actividad de que se trata queda, en todo caso, asumida por la respectiva Administración como propia de la misma y, siempre y necesariamente, bajo su supervisión, según previene el artículo 196.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de aplicación al caso por razones de índole temporal, sin que sea estimable el punto de vista defendido por la referida Confederación sindical acerca de que resulta difícilmente encuadrable el objeto del contrato de referencia en alguno de los supuestos previstos en el artículo 196 de la expresada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sin que deba apreciarse aquí, como interesa la propia parte recurrida, la prohibición contenida en el apartado 4 del mismo artículo 196, que impide contratar aquellos servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, toda vez que, como ha quedado expuesto, la posibilidad de que aquellos equipos, dotados en principio con personal propio de la Administración, se complementen posteriormente con personal externo a la propia organización administrativa, mediante la correspondiente técnica contractual con entidades privadas, según se desprende de los artículos 27.6 de la referida Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores y 4.1 y 4 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, en modo alguno supone que pueda verse afectado aquel ejercicio de autoridad, ni por razones orgánicas, ni por motivos funcionales”.

2.2. Naturaleza administrativa de un Convenio de Colaboración relativo a la gestión de servicios públicos

La STS, Sec. 7ª, 20/7/2011, RC 6547/2009, confirma una Sentencia del TSJ de Canarias que estimó el recurso contencioso-administrativo contra una Orden autonómica que acordó la resolución del convenio suscrito para la gestión del Centro Hierbabuena de ejecución de medidas judiciales en régimen semiabierto. El TS inadmite

unos motivos introducidos subsidiariamente en el recurso de casación porque no fueron anunciados en el escrito de preparación. A continuación se centra en la cuestión debatida, que es determinar si el Convenio de Colaboración se rige por el Derecho Administrativo, como declara la sentencia recurrida, o por el Derecho Privado, tal como postula la Administración recurrente. De una parte, la competencia para la celebración del convenio viene determinada por lo dispuesto en el art. 45 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, según el cual es competencia de las Comunidades Autónoma la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes. La actividad encomendada en virtud del Convenio de Colaboración por la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias a la Asociación Cicerón Siglo XXI aparece directamente vinculada al desenvolvimiento de un servicio público de la específica competencia de aquella Comunidad Autónoma por disposición legal, por lo que la calificación como contrato administrativo atribuida por la sentencia impugnada al citado Convenio debe calificarse de jurídicamente correcta.

“El Convenio de Colaboración suscrito el 27 de diciembre de 2001 entre la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias y la Asociación Cicerón Siglo XXI tenía por objeto (cláusula primera) « (...) *la ejecución, por parte de la Asociación Cicerón Siglo XXI (...) de las medidas de internamiento en régimen semiabierto adoptadas por los Jueces de Menores*» ejecución que se desarrollaría « (...) *bajo la directa supervisión de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución*».

La competencia para la celebración del convenio (exponendo segundo y tercero) venía determinada por lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, según el cual es competencia de las Comunidades Autónomas la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes, y en concreto por el apartado 3 de dicho precepto, que establece que «*las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución*».

Del contenido del convenio se deduce asimismo (exponendo cuarto) que Cicerón Siglo XXI es una Asociación sin fines lucrativos, entre cuyos fines se encuentran los de «*la formación, reeducación social y formación de Menores acogidos a internamiento por medidas judiciales*» y «*la ejecución de medidas educativas y de carácter rehabilitador con menores sujetos a medidas judiciales (...)*», y que las partes sometieron las cuestiones litigiosas que pudieran derivarse del Convenio a la jurisdicción contencioso-administrativa (cláusula vigesimotercera).

Lo expuesto permite afirmar que la actividad encomendada en virtud del Convenio de Colaboración por la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias a la Asociación Cicerón Siglo XXI aparece directamente

vinculada –como la propia Administración recurrente reconoce expresamente en su escrito de interposición del recurso de casación en el que afirma que « (...) *la ejecución de las medidas judiciales corresponde a las entidades públicas (...)*», y se reitera en el Convenio con las continuas menciones a la titularidad de la competencia por parte de la Administración y a la responsabilidad de la misma (cláusulas 1ª; 6ª; 18ª y 20ª)- al desenvolvimiento de un servicio público de la específica competencia de aquella Comunidad Autónoma por disposición legal, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 5.2. del TRLCAP, que establece que « (...) *Son contratos administrativos: a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea (...) la gestión de servicios públicos (...)*», y el artículo 3.1.d) de la misma Ley que excluye del ámbito de la Ley «(...) *los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales (...)*» (el subrayado es nuestro), la calificación como contrato administrativo atribuida por la sentencia impugnada al citado Convenio es de absoluta corrección jurídica.

Y por ello el citado Convenio, como contrato administrativo de gestión de servicios públicos, se rige de acuerdo con lo establecido en los artículos 7.1 y 154.1 del TRLCAP, por la citada Ley, sus disposiciones de desarrollo y las disposiciones especiales del respectivo servicio; supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo, y sólo en defecto de unas y otras por las normas de derecho privado, sin que por otra parte ni del artículo 4.3 del Código Civil (que establece la supletoriedad de las disposiciones contenidas en el mismo a las materias regidas por otras leyes), ni de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, expresamente invocadas por la recurrente resulte en modo alguno la aplicación al Convenio de Colaboración de las normas de derecho privado, que aquélla defiende, pues así resulta, sin necesidad de mayores razonamientos, de su propio tenor literal, que establece: «*Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma*» y que evidencia la inconsistencia de la argumentación desplegada por la Administración recurrente.

En definitiva, dada la evidente naturaleza administrativa del contrato cuestionado en esta litis, procede desestimar el recurso de casación”.

2.3. Contrato especial de creación de plazas residenciales para personas mayores de la Comunidad Valenciana y de explotación del correspondiente servicio

La STS, Sec. 7ª, 23/11/2011, RC 584/2010, desestima el recurso de casación interpuesto por una mercantil contra sentencia de TSJ desestimatoria del recurso contencioso-administrativo que interpuso contra la desestimación por silencio del recurso promovido contra resolución por la que se aprobó la revisión de precios de un contrato administrativo especial para la creación de plazas residenciales para personas mayores dependientes de la Comunidad autónoma. La Sala, tras rechazar la alegación

de que la sentencia incurría en incongruencia y falta de motivación, a pesar de destacar la escasa extensión argumental de la sentencia, desestima la infracción del principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley por cuanto para ello la jurisprudencia viene exigiendo la identidad del órgano judicial, identidad referida no solo a la Sala sino también a la Sección, la cual no concurre en el presente caso ya que las sentencias de contraste aportadas se dictaron por distintas Secciones. Asimismo, descarta el error en la valoración de la prueba invocado ya que para que dicha valoración fuera exigible se necesitaba que la Sala hubiera estimado la pretensión indemnizatoria reclamada por el recurrente, cosa que no ocurrió por lo que la Sala no tuvo que hacer valoración alguna al respecto. Por último, niega que se vulnerara la regulación sobre revisión de precios del contrato ya que, tratándose de un contrato administrativo especial, dicha revisión se realizó conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

“Finalmente, por lo que hace a la alegada infracción del Art. 104.3 del TRLCAP hemos de destacar que el contrato que unía a la Administración y el contratista era un contrato administrativo especial. El artículo 7 párrafo 1, in fine del TRLCAP establece que estos contratos "se regirán por sus propias normas con carácter preferente".

La cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, al regular la revisión de precios, establecía que "El precio de las plazas de accesibilidad social puestas a disposición de la Consellería de Bienestar Social será revisado anualmente el primer día de cada año, comenzando el 1 de enero del año 2004, incrementándose o disminuyéndose en proporción a la evolución del IPC".

El contrato que une a la Administración y al contratista es un contrato bilateral del que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes y durante todo el tracto sucesivo del contrato. La Administración está sujeta, al igual que el contratista, a cumplir sus obligaciones contractuales durante toda la vigencia del contrato, y una de ellas es cumplir con la actualización o revisión de precios. Cada actualización o revisión de precios es un acto administrativo autónomo e independiente de las anteriores actualizaciones de precios, y debe ser estricta aplicación de lo establecido en el contrato. El contratista puede reclamar aquellas actualizaciones que no se ajusten a lo pactado en las Cláusulas Administrativas del Contrato. Respecto a las actualizaciones anteriores, sin embargo, entra en juego la figura del acto firme y consentido, por lo que no pueden revisarse, y son el dato de partida de la siguiente actualización de precios.

La revisión de precios fue realizada conforme a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares.

El recurrente no tiene en cuenta que el artículo 103 del TRLCAP señala que la revisión de precios solo tendrá lugar cuando el contrato se hubiera ejecutado en el 20% de su importe y haya transcurrido un año desde su adjudicación. La recurrente ni tan siquiera intenta demostrar que se den en su contrato especial los elementos del supuesto de hecho de la misma que invoca, y por su parte no existe prueba en autos de que el contrato se hubiera ejecutado en un 20%. Además debemos tener en cuenta que es un contrato especial por el que el

contratista no solo se comprometía a la construcción de unos centros sino a la prestación de un servicio.

El recurrente tampoco argumenta en que medida el artículo 104.3 de la TRLCAP, debe aplicarse con carácter supletorio a lo dispuesto en el propio contrato, por lo que procede desestimar el presente motivo de casación”.

2.4. Concesión de obra pública

La **STS, Sec. 7ª, 17/5/2012, RC 4003/2008**, confirma una Sentencia del TSJ de Murcia en relación con la reclamación de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de un contrato de concesión de obra pública. Se rechaza, en primer lugar, que la sentencia objeto de la controversia suscitada adolezca de ausencia de fundamentación. A continuación, una vez sentado que la necesidad del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, principio básico de la contratación administrativa, comprende el cumplimiento de un derecho a favor del titular y la función que se le confía para realizar una empresa o prestar un servicio de interés general, concluye que no se ha producido ninguna ruptura de dicho equilibrio a la vista de las imprevisiones o errores del propio proyecto del contratista y de las pruebas practicadas en la precedente instancia. Tampoco concurren los requisitos para declarar el enriquecimiento injusto, siendo de cuenta del contratista, en su caso, la mayor obra a realizar, pues ejecutará las obras a su riesgo y ventura, aludiéndose en el pliego tan sólo a la fuerza mayor para establecer la responsabilidad de la Administración. Finalmente, descarta la infracción de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, toda vez que la Administración contratante ha observado las previsiones establecidas en el pliego de condiciones económico-administrativas que regió la contratación administrativa.

“Sin embargo, estas circunstancias no concurren en la cuestión examinada, porque expresamente reconoce la fundamentación de la sentencia recurrida que el concesionario debió prever y valorar debidamente las circunstancias concurrentes en la concesión, por lo que es evidente, frente a la tesis mantenida por la parte actora, que en todo régimen concesional existe una relación bilateral paccionada, operando consideraciones jurisprudenciales que han analizado la naturaleza jurídica de esta institución.

Así, en un primer momento se trataba de un acto unilateral de la Administración, un acto de poder, soberanía o privilegio, como reconocieron las primeras sentencias de 30 de septiembre de 1911 y 14 de marzo de 1936, frente a aquéllas que reconocían el carácter concesional sobre la base de un vínculo contractual del que derivaban recíprocos derechos y obligaciones, o aquéllas en las que se consideraba que se trataba de un concierto de obligatoria observancia o de un contrato bilateral, como sucede en teorías jurisprudenciales contenidas, entre otras, en las sentencias de 21 de febrero de 1942, 5 de julio de 1943 y 3 de enero de 1944, llegándose en la actualidad a la conclusión del papel esencial en el ámbito del servicio público, siendo el cumplimiento de un derecho a favor del titular y la función que se le confía para realizar una empresa o prestar un servicio de interés general, los elementos determinantes sobre los que recae la necesidad del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, principio

básico contenido en los artículos 116.3, 127.2.2.a) y b), 128.3.2, 129.3 y 5 y 152 del RSCL y reconocido en las sentencias de 11 de junio de 1986, 3 de enero de 1985, 3 de enero y 1 de marzo de 1983, 5 de marzo de 1982, 13 de marzo y 23 de noviembre de 1981, 23 de diciembre de 1980, 12 de junio y 11 de julio de 1978 y 6 de junio de 1975”.

II. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS

1. Las partes del contrato: la Administración contratante

1.1. Traspaso de funciones del INSALUD a la Comunidad Autónoma. Al subrogarse la Comunidad Autónoma en las obligaciones pendientes derivadas de un contrato de obras, resulta responsable de su abono

La STS, Sec. 7ª, 15/3/2012, RC 2462/2009, anula una Sentencia del TSJ de Madrid al considerar que, tras el traspaso de funciones y servicios operado del INSALUD a la Comunidad Autónoma de La Rioja, el pago de la cantidad reclamada por la contratista en la instancia con ocasión del modificado de un contrato de obras debe imputarse a la Administración autonómica. En el caso de autos, la recepción provisional de la obra se produjo antes del traspaso y la liquidación final después de dicho traspaso. El Alto Tribunal señala que el contrato de obras que une a la Administración y al contratista es un contrato bilateral, del que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes y durante todo el tracto sucesivo del contrato. La Administración está sujeta, al igual que el contratista, al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, y del vínculo contractual surge la obligación del contratista de ejecutar la obra y la paralela obligación de la Administración de abonar el precio. De esta forma, el contrato estará vigente en tanto que ambas partes no hayan cumplido sus obligaciones recíprocas. En la fecha de efectividad de la transferencia, el contrato no se encontraba extinguido en lo relativo a la aprobación y abono de la liquidación final y proyecto modificado, así que debe considerarse que está en tramitación. La obligación de abono de las obligaciones pendientes derivadas de los contratos vigentes correspondía a la Comunidad Autónoma, en virtud de la subrogación operada a través del Real Decreto de transferencia.

“Para la adecuada respuesta del recurso de casación formulado, debemos afirmar que la cuestión a decidir se resume, dado el traspaso de las funciones y servicios operado del INSALUD a la Comunidad Autónoma de La Rioja, en la determinación de a cuál de las dos Administraciones debe imputarse al pago de la cantidad que la demandante reclamó en la instancia, esto es el pago del saldo de 167.323,83 € correspondientes al modificado nº 1 del proyecto, liquidación y revisión de precios del contrato de ejecución del Hospital Comarcal de Calahorra (La Rioja) más, en su caso, el pago del interés legal de dicha cantidad incrementado en 1,5 puntos desde el 12 de junio de 2001.

NOVENO.- A la vista del examen precedente, debemos concluir que en la fecha de efectividad de la transferencia, el contrato no se encuentra extinguido, en lo relativo a la aprobación y abono de la liquidación final y proyecto modificado; por lo que debe considerarse que está en tramitación, aplicándose, en consecuencia, lo establecido en el artículo 20.1º Ley 12/1983, de 14 de octubre del Proceso Autonómico que señala que: «Los expedientes en tramitación correspondientes a los servicios o competencias que estén pendientes de resolución definitiva, antes de la fecha de efectividad de la transferencia, se entregarán a la Comunidad Autónoma para su decisión. No obstante, los

recursos administrativos contra resoluciones de la Administración del Estado se tramitarán y resolverán por los órganos de ésta. Las consecuencias económicas que en su caso resulten, serán de cuenta de quien hubiere adoptado la resolución definitiva».

Por lo tanto, la obligación de abono de las obligaciones pendientes derivadas de los contratos vigentes, correspondía a la Comunidad Autónoma, en virtud de la subrogación operada a través del Real Decreto de transferencia. Este criterio ha sido sostenido por esta Sala y Sección en las recientes sentencias de fecha 20 de enero de 2012, dictada en el Recurso de Casación nº 196/2009 y 25 de enero de 2012, dictada en el recurso de casación nº 5571/2009, en supuestos similares y a cuyo contenido nos remitimos”.

2. Los elementos objetivos del contrato

2.1. El objeto del contrato

2.1.1. La definición precisa del objeto cierto del contrato permite su general conocimiento por parte de los posibles licitadores, en condiciones de igualdad, así como la formulación de sus respectivas proposiciones

La **STS, Sec. 7ª, 10/10/2012, RC 3504/2009**, desestima un recurso de casación interpuesto contra una sentencia del TSJ de Canarias en relación con un concurso para la contratación de servicios de seguridad, protección y atención de emergencias para dar cobertura a las autoridades y representantes del Gobierno de Canarias e instituciones públicas canarias en sus desplazamientos, actos y otras celebraciones. Se recurrieron en la instancia los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas, declarándose su legalidad. El TS añade que en este caso se ha definido con precisión el objeto cierto del contrato, con cumplimiento de lo establecido en los artículos 1261.2º; 1271 y 1272 del Código Civil, permitiendo su general conocimiento por parte de los posibles licitadores, en condiciones de igualdad, así como la formulación de sus respectivas proposiciones.

“No podemos compartir las infracciones que se atribuyen a la sentencia impugnada en el primer submotivo, relativas a la falta de determinación del objeto del contrato y que, según el parecer de la recurrente, impide a los licitadores formular sus ofertas con garantías, limitando su participación y vulnerando, con ello, los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación.

La sentencia impugnada, en su fundamento de derecho cuarto, considera determinado el objeto del contrato, atendido el contenido de las estipulaciones 1 del PCAP y 1.3 del PPT, razonamiento que esta Sala comparte.

Efectivamente, de las citadas cláusulas de los pliegos se desprende, sin margen alguno de error, que el objeto del contrato viene constituido por la realización,

como mínimo durante 28.181 horas, dentro del período de vigencia del contrato, de un servicio de seguridad, protección y atención de emergencias en los desplazamientos, asistencia a actos y otras celebraciones de las autoridades y representantes del Gobierno de Canarias e Instituciones Públicas, a desarrollar, con carácter general, en el ámbito territorial de la propia Comunidad Autónoma y en Madrid, y excepcionalmente en el resto del territorio nacional; y con los vehículos y medios auxiliares de transporte adscritos a la Dirección General de Seguridad y Emergencias de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Sin embargo conviene completar tal razonamiento con las siguientes precisiones, pues el objeto del contrato resulta también del contenido de otras cláusulas de los pliegos.

Así, dicho servicio se encuentra definido en la cláusula 2 del PPT como «(...) *un servicio especializado en materia de seguridad pública*», dirigido a «(...) *prestar una completa logística de seguridad*» [apartado h) de la cláusula 1.3 del PPT] y comprende, según la cláusula 3.1.2 del PPT, además de las funciones de seguridad, otras, calificadas como auxiliares, dirigidas al « (...) *mantenimiento, conservación, funcionamiento y continua operatividad de los vehículos y/o medios de auxiliares*».

No cabe sino concluir que los mencionados términos definen de forma precisa el objeto cierto del contrato, con cumplimiento de lo establecido en los artículos 1261.2º; 1271 y 1272 del Código Civil, y que permite su general conocimiento por parte de los posibles licitadores, en condiciones de igualdad, así como la formulación de sus respectivas proposiciones.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 13 del TRLCAP, y, específicamente, para el contrato de servicios, en el artículo 202.1 de la misma Ley, también aparece justificada en el expediente administrativo la insuficiencia de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que trata de satisfacer a través del contrato”.

2.2. El precio y su revisión

2.2.1. Exclusión en el pliego de la revisión de precios. Prórroga concedida al contratista por causa no imputable al mismo y aumento del plazo de ejecución por encima de los 12 meses

La **STS, Sec. 7ª, 22/11/2011, RC 103/2009**, desestima el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra sentencia de TSJ desestimatoria del recurso contencioso-administrativo que promovió contra resolución por la que se rechazó la revisión de precios solicitada así como el abono de saldo adicional de un 6% del presupuesto base de licitación. La Sala, tras señalar que la cuestión a resolver es la de si procede la revisión de precios reclamada, excluida expresamente en el pliego, atendida la circunstancia de que el plazo de ejecución del contrato superó los doce meses por

haber sido prorrogado, a petición de la mercantil, por motivos no imputables a ésta, descarta su procedencia ya que señala que el hecho de que la demora en el plazo de ejecución del contrato no fuera imputable al contratista no determina que le sea imputable a la Administración y porque la prórroga concedida a la contratista no supone la alteración del principio de que la ejecución del contrato se habrá de realizar a su riesgo y ventura. Asimismo, incide en el hecho de que tal posibilidad de revisión quedó excluida en el pliego, sin que se aprecie oscuridad alguna en los términos en que tal exclusión se acordó. En segundo lugar, descarta la procedencia de abono del importe adicional del 6% ya que tal cantidad estaba subordinada a la intervención de una sociedad estatal en la gestión del contrato, lo que finalmente no aconteció, por lo que, a juicio de la Sala, no existe razón alguna que justifique su abono.

“Dando respuesta, en primer lugar, al motivo tercero del recurso de casación interpuesto, debe decirse que, a la vista de lo que acabamos de exponer, la cuestión controvertida, de carácter esencialmente jurídico, viene constituida por la necesidad de determinar si la prórroga del plazo de ejecución del contrato de obra, aprobada por la Diputación Foral de Bizkaia a petición de la mercantil contratista (actual recurrente en casación) por motivos a ésta no imputables, puede dar lugar a la aplicación de la revisión de precios regulada en el artículo 103 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (en adelante TRLCAP) vigente a la sazón, toda vez que, como consecuencia de aquélla, el plazo efectivo de ejecución de las obras superó el de un año, previsto en el citado artículo, y ello, a pesar de que tal posibilidad resultó en su día expresamente excluida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato en atención al plazo de ejecución inicialmente previsto.

La respuesta a tal cuestión ha de ser necesariamente negativa, tal como hemos decidido en otro recurso de casación interpuesto por la ahora recurrente en relación con un motivo idéntico (Sentencia de 21 de julio de 2011, recurso de casación nº 110/2009), cuyo criterio ha de seguirse aquí en virtud de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la Ley (artículos 9.3 y 14 de la Constitución).

En primer lugar, porque la calificación de los motivos de concesión de la prórroga como no imputables al contratista lo es a los exclusivos efectos de lo dispuesto en el artículo 96.2 del TRLCAP, en cuya aplicación se concede, esto es, para permitir a aquél que cumpla sus compromisos, porque en otro caso, si la demora en la ejecución obedeciera a causa imputable a aquél, de acuerdo con el artículo 95.3 del TRLCAP, la regla general es que la Administración puede optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias que en él se establecen.

Y evidentemente que esas causas se califiquen como no imputables al contratista, lo que aquí no es objeto de discusión, no implica que la demora en el plazo de ejecución resulte por ello imputable a la Administración, supuesto éste (el de la imputabilidad a la Administración) contemplado en las Sentencias de esta Sala de 21 de julio de 1986 y 14 de febrero de 1989, citadas por la recurrente, para afirmar que las prórrogas por causas no imputables al contratista no privan a éste del derecho de revisión de precios, pues en los casos citados obedecían, bien a la modificación por la Administración del contenido inicial de

las obras o a la demora en la entrega de permisos para explosivos, circunstancias completamente distintas a las del caso que nos ocupa, por lo que la jurisprudencia en ellas contenida no resulta de aplicación al presente caso.

En segundo lugar porque la prórroga del plazo de ejecución del contrato concedida al contratista no supone la alteración del principio general contenido en el artículo 98 de la TRLCAP, según el cual la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144, que significa que el contratista ha de soportar las consecuencias derivadas de circunstancias no previstas en el contrato, no imputables a la Administración y que no tengan la consideración de fuerza mayor (supuesto previsto en el citado artículo 144 del TRLCAP). Y tampoco en este caso puede entenderse, constitutiva de una modificación del plazo de ejecución inicialmente estipulado en el contrato, pues faltan para ello los requisitos sustantivos y procedimentales exigidos a tal fin por el artículo 101 y 146 del TRLCAP y 158 y siguientes del RD 1098/2001, de 12 de octubre, como explica con acierto la sentencia impugnada.

Y en tercer lugar porque la revisión de precios, según resulta del precedente fundamento, al que nos remitimos a fin de evitar innecesarias reiteraciones, quedó clara y tajantemente excluida – sin atisbo alguno de la oscuridad que a través de la invocación del artículo 1288 del Código Civil y de la sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 2003 (RCUD 2927/2001) denuncia la recurrente- en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de obra que aquí nos ocupa, de conformidad con el principio de libertad de pactos contenido en el artículo 4 del TRLCAP en relación con el artículo 103.3 del mismo texto legal, cuyos términos y motivación fueron aceptados voluntariamente por la mercantil hoy recurrente, tanto al concurrir al concurso regido por tales pliegos de cláusulas administrativas particulares, como al suscribir el propio contrato de adjudicación de las obras, siendo estos los elementos sobre los que, en su caso, debe aplicarse la idea de claridad u oscuridad, y en los que en el caso actual no apreciamos oscuridad alguna, que exija interpretación, y no actos ulteriores, como la certificación final de obra. Por ello el hecho de que la certificación final de obra contenga una mención a una fórmula de revisión de precios no tiene incidencia alguna en la conclusión expuesta. Por lo demás la validez de una cláusula como la cuestionada en este proceso está admitida en la Sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 30 de junio de 2009 (Recurso de Casación nº 4296/2007), cuya doctrina es plenamente aplicable al caso actual.

Ha de concluirse así que no se han producido las infracciones que el motivo alega, y que por tanto dicho motivo se debe desestimar”.

2.2.2. Contrato de obra bajo la modalidad de aplazamiento en el pago del precio del contrato. Inclusión del IVA en los costes establecidos de financiación a efectos de evitar la doble imposición

STS, Sec. 7ª, 22/11/2011, RC 1751/2009. En relación con un contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio, es decir, aquel en el que el contratista financia la

construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produce la recepción de la obra terminada, y, aceptado que el IVA se integra o forma parte del coste de financiación, la única cuestión que se suscita es si la oferta de la recurrente incluía el IVA, de tal manera que el coste de financiación determinado por la Administración ya incluía dicho importe. Conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares la Administración tiene razón cuando alega que el contratista ya incluyó en los costes de financiación el IVA. Lo que sucede, sin embargo, es que la Administración ha empleado la fórmula primera, descrita en la cláusula 11.2 del Pliego, en la que ya figura el IVA en el precio de contrata, de tal manera que en los 837.128,71 euros de coste de financiación ya está incluido el IVA, por lo que si se reconoce como hace la sentencia recurrida los 150.236,77 euros se estaría financiando dos veces el IVA en relación con el mismo hecho imponible integrando un supuesto de doble imposición. El coste financiero que puede conocer cada licitador y que fija por ese procedimiento la Administración ya incluye IVA pues está comprendido dentro del precio de contrata como admite la recurrente.

“Una vez aceptado que el IVA se integra o forma parte del coste de financiación la única cuestión que se suscita es si la oferta de la recurrente incluía el IVA de tal manera que el coste de financiación determinado por la Administración ya incluía dicho importe siendo por ello improcedente la cantidad que reconoce la sentencia impugnada.

En realidad, los dos motivos de casación se pueden enjuiciar conjuntamente pues en el primero de ellos se denuncia la infracción de los arts 49 y 77 del TRLCAP para vincularlo al Pliego de condiciones.

Así, el art. 49.1 dispone que *“deberán aprobarse, previa o conjuntamente a la autorización del gasto y siempre antes de la perfección u, en su caso, licitación del contrato, los pliegos de cláusulas administrativas particulares que incluirán los pactos y condiciones definidoras de de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato”*

El art. 77 establece que *“siempre que en el texto de esta Ley se haga alusión al importe o cuantía de los contratos se entenderá que en los mismos está incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo indicación expresa en contrario”*.

El art.88 de la Ley 37/1992 dispone que *“en las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas al impuesto cuyos destinatarios fuesen entes públicos se entenderá siempre que los sujetos pasivos del impuesto al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor añadido”*.

En este caso, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que constituye la ley del contrato, según viene reconociendo esta Sala de forma reiterada –por todas, sentencias de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/1994), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/1995), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/1999), 4 de abril de 2007 (recurso 923/2004) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/2006)-, en su cláusula 9 dispone que:

“Se entenderá que las ofertas de los contratantes comprenden no solamente el precio de contrata sino también el importe del impuesto sobre el Valor Añadido

que pueda corresponder, de conformidad con el artículo 25 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, o del impuesto que, por la realización de la actividad pudiere corresponder”.

En realidad, el recurrente se ha sujetado a lo que dispone el Pliego, pues en su escrito de conclusiones reconoce que en su oferta de forma separada indicó el precio de contrata que incluye el IVA si bien en la oferta del diferencial, que es un porcentaje y que se suma al tipo de interés que toma en consideración la Administración para calcular el coste de financiación no incluyó el IVA.

Ello resulta irrelevante pues dispone la Administración de todos los elementos para hacer el cálculo de dicho coste al igual que la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 11.2 del Pliego en el que se establece lo siguiente:

“La mesa de contratación calculará para cada una de las ofertas la compensación financiera según el siguiente procedimiento:

Se sumará al tipo de interés de referencia para la financiación el diferencial expresado por el ofertante en el sobre B. El tipo de interés de referencia para la financiación se define para el quinto día hábil anterior al de finalización del plazo de entrega de las proposiciones. Caso de no ser determinable para ese día se adoptará el correspondiente al día próximo anterior que sí disponga de información suficiente.”

Es decir, pese a lo que dice la recurrente y acoge la sentencia recurrida puede cualquier licitador antes de presentar su oferta conocer el coste financiero de la obra pues a partir del precio de contrata se aplica el tipo de interés de referencia que es el publicado el quinto día hábil anterior a la convocatoria más el diferencial ofertado.

El coste financiero que puede conocer cada licitador y que fija por ese procedimiento la Administración ya incluye IVA pues está comprendido dentro del precio de contrata como admite la recurrente y lo que hace la Administración es tomar como base de cálculo la obra ejecutada semestralmente que incluye el IVA y aplicar el tipo de interés resultante, es decir, el tipo de interés de referencia más el diferencial ofertado.

Por esa razón, dice la Generalidad Valenciana que cabría una segunda fórmula de cálculo del IVA sobre los costes de financiación que sería tomar como base de cálculo las certificaciones de obra excluido el IVA, aplicar el tipo de interés resultante (tipo de interés de referencia más el diferencial ofertado) y al resultado obtenido aplicar el 16% de IVA. El resultado es el mismo que en el caso anterior.

Lo que sucede, sin embargo, es que la Administración ha empleado la fórmula primera, descrita en la cláusula 11.2 del Pliego, en la que ya figura el IVA en el precio de contrata, de tal manera que en los 837.128,71 euros de coste de financiación ya está incluido el IVA, por lo que si se reconoce como hace la sentencia recurrida los 150.236,77 euros se estaría financiando dos veces el IVA en relación al mismo hecho imponible integrando un supuesto de doble imposición”.

III. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

1. La preparación del contrato

1.1. Existe el deber para la Administración de justificar la necesidad de acudir a la contratación externa, incorporándose al expediente de contratación un informe del servicio interesado en la celebración del contrato

STS, Sec. 7ª, 3/11/2011, RC 2757/2009. La Ley permite, desde luego, que la Administración acuda al exterior mediante la contratación administrativa de determinados servicios de carácter técnico, económico, industrial o análogos; pero, para poder hacerlo, la Ley le impone que justifique debidamente, bien que los medios materiales y personales son insuficientes, bien que tales medios no son los adecuados para la realización de los servicios de que se trata, o finalmente que no es conveniente la ampliación de los medios existentes para cubrir las necesidades de que se trata. Se trata, pues, de probar dicha necesidad, lo que exige que ha de serlo de forma cumplida. Por tanto, para poder llevar a cabo el procedimiento, lo que se debía justificar era la necesidad, en si misma, de acudir a unos profesionales externos a la Administración y no a una profesión determinada. En relación con los restantes motivos la Sala afirma que no se produce la vulneración de la jurisprudencia traída a colación tanto en lo referente a la proscripción de monopolios profesionales como a la doctrina relativa a la accesoriedad por la que la competencia del profesional competente para realizar el objeto principal del contrato puede extenderse al objeto accesorio de ese mismo contrato. La Sala declara haber lugar al recurso de casación y, entrando a conocer del recurso contencioso administrativo lo estima al no haber justificado la Administración la necesidad de contratación externa.

“El artículo 202.1º del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, bajo el título de "Justificación del contrato y determinación del precio", dispone que: "Al expediente de contratación deberá incorporarse un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato".

Este precepto en una concreción de la disposición general contenida en el artículo 13 del TRLCAP que establece que: "El objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación".

El artículo 202.1 del TRLCAP permite desde luego que la Administración acuda al exterior mediante la contratación administrativa de determinados servicios de carácter técnico, económico, industrial o análogos; pero, para poder hacerlo, la Ley le impone que justifique debidamente, bien que los medios materiales y

personales son insuficientes, bien que tales medios personales y materiales no son los adecuados para la realización de los servicios de que se trata, o finalmente que no es conveniente la ampliación de los medios existentes para cubrir las necesidades de que se trata.

El precepto utiliza el verbo "justificar ", que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa probar una cosa con razones, testigos o documentos; y dicho verbo es completado en su significado por el adverbio "debidamente", por lo que expresión utilizada por el Legislador significa que aquello que se trata de probar (la necesidad de contratación externa) ha de serlo de forma cumplida, suficiente.

Como puede apreciarse, la exigencia del artículo 202.1 de que se "justifique debidamente" que concurren determinadas circunstancias de hecho, cuya existencia es presupuesto para poder contratar, va más allá de lo que ordinariamente se entiende como el deber de "motivar" determinadas actuaciones de la Administración; y ello, no solo porque el precepto habla de "justificar" y no de "motivar o motivación ", sino porque a dicho verbo le acompaña el adverbio debidamente, lo que indica que no basta con que se haga explícita referencia a que se dan los supuestos de hecho de la norma, sino que además es preciso que tales supuestos de hecho queden acreditados de manera suficiente.

El precepto exige la existencia de una prueba cumplida de la concurrencia de unos hechos, que es más rigurosa, de lo que se entiende ordinariamente por motivación, y que, en consecuencia, impide que se apliquen determinados remedios que en ocasiones sustituyen o evitan la anulabilidad de una motivación insuficiente. La exigencia de esa justificación debida constituye el requisito previo necesario para que la Administración pueda ejercer una potestad administrativa de contratar (el propio TRLCAP es bien expresivo de esta diferencia, al exigir en el artículo 202.1 la "justificación debida" de que concurren unos hechos, en tanto que por ejemplo en su artículo 103.3º exige que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos detallen la fórmula o sistema de revisión de precios aplicable, si bien como excepción admite que en "resolución motivada", podrá establecerse la improcedencia de la mencionada revisión de precios).

La omisión de este informe constituye un vicio de anulabilidad previsto en el artículo 63 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 63.1º de la Ley 30/1992, al que se remite el primer precepto citado, como por lo demás reconoce la sentencia en línea de partida de su argumentación al respecto, pues la Administración incurrió en infracción del ordenamiento jurídico, al omitir un trámite del procedimiento esencial para proceder a la contratación externa, previsto expresamente la Ley, cual era justificar debidamente que la Administración no estaba en disposición con sus propios medios de cubrir las necesidades que se trataban de satisfacer a través del contrato, aunque discrepamos del recurrente en cuanto a que en este Informe se debiera justificar o motivar por qué se reservaba la adjudicación de la contratación a unos profesionales o a otros. Lo que se debía justificar era la

necesidad, en si misma, de acudir a unos profesionales externos a la Administración.

Y no consideramos aceptable la sucinta argumentación de la sentencia recurrida al respecto, que, tras reconocer, como se señaló antes, la existencia de la omisión que analizamos, y calificarla no como causa de nulidad de pleno derecho, sino, en su caso, de anulabilidad, niega que se den los requisitos para ésta, por no ser causante de indefensión, pues con ello, se está partiendo de modo implícito de que la exigencia del art. 202.1 del TRLCAP es meramente un requisito de forma, cuya omisión, en su caso, solo es causa de nulidad cuando causa indefensión o cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensable para alcanzar su fin (art. 63.2 L 30/1992). Sobre el particular no consideramos que la exigencia legal del presupuesto habilitante de la posible contratación a la que se refiere el art. 202.1 TRLCAP pueda considerarse simplemente como un mero requisito de forma, o una simple deficiencia de motivación, según antes hemos razonado.

Se impone así la estimación del primer motivo de casación, y la anulación de la sentencia recurrida”.

1.2. Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares constituyen una verdadera ley contractual

La STS, Sec. 7ª, 25/6/2012, RC 1790/2009, estima el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra sentencia que estimó en parte el recurso promovido y declaró el derecho de la mercantil a percibir una determinada cantidad correspondiente a la compensación financiera determinada conforme al Pliego del Cláusulas Administrativas Particulares, rechazando su pretensión de que le fueran abonados el interés de demora. La Sala estima el recurso ya que considera que de los términos del referido Pliego -que constituye la ley contractual y al que se remite expresamente la normativa sobre los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio- se deduce que la compensación financiera se fija inicialmente y es inalterable, debiendo quedar contabilizada en el ejercicio previsto para la entrega de la obra, resultándole indiferente, por expresa previsión del Pliego, cualquier incidencia que se produjera en la ejecución del contrato, la cual se deberá canalizar, en su caso, por la vía de la revisión de precios.

“Como hemos dicho en las Sentencias de 18 de julio de 2008 (casación 3527/2006) y 13 de marzo de 2008 (casación 3405/2005), los Pliegos Particulares constituyen una verdadera ley contractual, ya que en ellos se articulan las cláusulas constitutivas de las obligaciones y derechos de las partes que ofrecen para estas carácter de Ley”.

También puede destacarse la STS, Sec. 7ª, 3/11/2011, RC 841/2008, que puntualiza que la facultad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa constituye el ejercicio de una potestad discrecional bajo la sujeción de los criterios objetivos previamente establecidos en el pliego y que la sentencia recurrida motiva suficientemente el hecho de que la

Administración adjudicó el contrato conforme a dicho pliego y dentro del margen de discrecionalidad que le es propio.

“3º) La naturaleza del pliego de condiciones es, en buena medida, la de la “ley del contrato”, con todo lo que ello comporta y representa en las prerrogativas para su elaboración y a las concretas consecuencias derivadas de sus distintos efectos y de su ulterior cumplimiento.

En este caso, la Administración respetó las distintas reglas previamente establecidas por ella en el correspondiente pliego, con sujeción tanto a la normativa general en materia de motivación del procedimiento administrativo común –artículo 54.2 de la Ley 30/92 modificada por la Ley 4/99 como a la específica normativa sobre motivación en materia de contratación administrativa –artículo 88.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, vigente en el concreto ámbito temporal a que se refiere el recurso de casación que está enjuiciándose-; exigencias todas ellas que se han observado en este particular supuesto, en relación con la actividad administrativa en su momento cuestionada y resueltas en sentido confirmatorio por parte de la sentencia impugnada”.

2. Procedimientos de selección y adjudicación

2.1. Es posible el recurso a un asesoramiento externo, pero ello no supone asumir sin más la valoración hecha por esa empresa externa

STS, Sec. 7ª, 18/7/2012, RC 5128/2008. Adjudicación de concesiones para la explotación de programas de servicio público de televisión digital terrestre con cobertura local referidas a distintas zonas y municipios. Resolución de la Mesa que omite la indicación de la ponderación de los criterios indicados en los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares en la propuesta elevada al órgano de contratación. Vulneración del art. 88 RD Legislativo 2/2000 y falta de adecuada motivación. No cabe sustituir la ponderación de la Mesa de contratación por la simple remisión al informe de una empresa externa contratada al efecto. Anulación de las adjudicaciones.

“Es decir, tanto el artículo 88 del Real Decreto Legislativo 2/2000, como el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que constituye la ley del concurso, imponían a la Mesa de Contratación ponderar o valorar las ofertas presentadas.

Sin embargo esta función en realidad se delega o externaliza a una empresa, Doxa Consulting, cuyo objeto es, precisamente, realizar *«el resumen ejecutivo de la valoración efectuada para cada lote concursal con base en la ponderación de los criterios del pliego a modo de recomendación a la Mesa de Contratación. Cuadros analíticos y cuantitativos de la valoración efectuada de cada una de las ofertas para cada uno de los criterios del Pliego. Breve argumentación de las*

valoraciones de las mejores ofertas licitadoras para cada criterio de valoración.»

No ofrece duda por ello, la posibilidad de realizar una recomendación a la Mesa de Contratación a modo de informe técnico de asesoramiento y, prueba de ello es que el propio Pliego en la cláusula 16 d) admite, previamente a la evaluación de las ofertas por la Mesa de Contratación, recabar el asesoramiento técnico y petición de informes que se consideren necesarios; es más, aquella puede requerir en cualquier momento del proceso la asistencia de asesores externos, que podrán asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones que se considere oportunas.

Esta cláusula revela, sin lugar a dudas, el propósito de atribuir en exclusiva a la Mesa de Contratación la función de valorar las ofertas como se deduce además de la cláusula 24 del Pliego.

Por tanto, el recurso a un asesoramiento externo es posible, pero ello no supone asumir sin más la valoración hecha por esa empresa externa, dando por buena su valoración, incumpliendo la Mesa de Contratación de forma flagrante su función de valorar las ofertas que es propia e indelegable (...).

La cláusula 24 del Pliego establece que la Mesa de Contratación evaluará las proposiciones de acuerdo con los siguientes aspectos: propuesta tecnológica, propuesta económica, programación. La puntuación total de la oferta será el resultado de adicionar las puntuaciones parciales obtenidas para cada grupo de evaluación.

Finalizado el proceso de valoración la Presidencia de la Mesa de contratación elevará la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 88 del TRLCAP, que exige a la Administración motivar la resolución de adjudicación « (...) *con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego*»

En el presente caso no se trata de que la Mesa de Contratación recabe un asesoramiento externo o de que, como dice la cláusula 20 del Pliego pueda requerir en cualquier momento del proceso la asistencia de asesores externos, sino que se encarga directamente a esta empresa Doxa Consulting la valoración de las ofertas en relación a los diferentes aspectos que contempla el Pliego y la Mesa de Contratación la asume como propia, incumpliendo así la función de valoración por sí misma que le encomienda el Pliego, o de ponderar los criterios.

Precisamente en la sentencia de 20 de marzo de 2012 rec. 1293/2009, a propósito del artículo 88.1 del Texto Refundido 2/2000 hemos dicho que:

«ponderar los criterios no puede reducirse a la sola atribución de puntos a cada solicitante por cada uno de los criterios establecidos al efecto. Si el precepto estuviese pensando en la sola asignación de una calificación numérica habría hablado de puntuación y no de ponderación. Ponderar es algo más que atribuir una puntuación. Supone una valoración que permite llegar a la conclusión en la que se plasma el resultado de esa operación. Valoración que, en casos como el contemplado en este proceso, se lleva a cabo comparando las solicitudes con los criterios sentados para adjudicar las concesiones. Y, naturalmente, la expresión

de las razones que han conducido a la asignación de puntos, o sea de la ponderación, es fundamental para el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa.»

En el caso que nos ocupa, no existe tal ponderación sino simplemente la asunción de la puntuación numérica otorgada por Doxa Consulting, de tal manera que la presunción de acierto y legalidad de la decisión administrativa resulta desvirtuada pues aunque formalmente proviene de la Mesa de contratación no se puede garantizar el principio de imparcialidad que debe presidir su actuación”.

2.2. Calificación previa por la Mesa. Ponderar los criterios establecidos en los Pliegos no puede reducirse a la sola atribución de puntos a cada solicitante por cada uno de los criterios establecidos al efecto

La STS, Sec. 7ª, 20/3/2012, RC 1293/2009, desestima el recurso de casación interpuesto por una Comunidad Autónoma contra sentencia de TSJ estimatoria del recurso promovido contra la Orden por la que se resolvió el concurso para la adjudicación de concesiones para la explotación de programas de la televisión digital terrestre local, al apreciar que la Mesa de contratación no había motivado suficientemente la propuesta que elevó al órgano de contratación y que determinó la adjudicación acordada, por lo que anuló dicha Orden y ordenó la retroacción de actuaciones al momento anterior a la elevación de la propuesta. La Sala confirma la sentencia recurrida al estimar que no existe incongruencia interna y considerar que la Sala de instancia ha interpretado correctamente el precepto del Texto Refundido de la Ley de Contratos que regula la adjudicación de los contratos, pues, al referirse a la ponderación de los criterios indicados en los pliegos, no sólo exige que la Mesa de contratación ofrezca una puntuación numérica sino que deberá aportar la valoración que permite llegar a la conclusión en la que se plasma el resultado de esa valoración, siendo fundamental para el control jurisdiccional la expresión de las razones que llevan a la asignación numérica que propone. Asimismo, descarta que se haya infringido el principio de igualdad en la aplicación de la ley puesto que la Sala de instancia razonó suficientemente los motivos por lo que ha cambiado de criterio así como el resto de infracciones que se invocan.

“2º) Tampoco ha infringido la sentencia el artículo 88.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000. Ese precepto dice sobre la adjudicación de los contratos:

“1. La Mesa de contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma, procederá, en acto público, a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores y las elevará, con el acta y la propuesta que estime pertinente, que incluirá en todo caso la ponderación de los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, al órgano de contratación que haya de efectuar la adjudicación del contrato”.

La sentencia interpreta correctamente este artículo porque ponderar los criterios no puede reducirse a la sola atribución de puntos a cada solicitante por cada uno de los criterios establecidos al efecto. Si el precepto estuviese pensando en la

sola asignación de una calificación numérica habría hablado de puntuación y no de ponderación. Ponderar es algo más que atribuir una puntuación. Supone una valoración que permite llegar a la conclusión en la que se plasma el resultado de esa operación. Valoración que, en casos como el contemplado en este proceso, se lleva a cabo comparando las solicitudes con los criterios sentados para adjudicar las concesiones. Y, naturalmente, la expresión de las razones que han conducido a la asignación de puntos, o sea de la ponderación, es fundamental para el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa. Por tanto, la sentencia ha interpretado correctamente el artículo 88.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000 y el motivo ha de ser desestimado”.

2.3. Reparación de los daños y perjuicios derivados de la exclusión de la participación en un concurso

La STS, Sec. 7ª, 15/11/2011, RC 2800/2009, estima el recurso de casación y el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia por la mercantil recurrente, reconociendo su derecho al abono de una indemnización de los daños y perjuicios causados que se fija en el 6% del presupuesto de ejecución. Se sostiene que, como la sentencia declaró que la entidad recurrente debió ser admitida al concurso, debió también reconocer su derecho a ser indemnizada, pues otra conclusión resulta incongruente. De hecho, la sentencia impugnada lo es, ya que establece que la clasificación solicitada en el Boletín Oficial del Estado y en el pliego de condiciones - grupo T, subgrupo 1- no corresponde al objeto de la contratación y que debería haber sido el grupo U, subgrupo 7, lo que provocó que la entidad recurrente no pudiera presentar su oferta, y, pese a ello, incongruentemente, la sentencia de instancia resuelve que no procede indemnización alguna. En cambio, el TS concluye que el daño se le ocasiona a la recurrente de manera irreparable desde el momento en que, con un mal funcionamiento del servicio público, se le impide ilícitamente el participar en el proceso selectivo, por lo que se produce un daño, derivado de la falta de dicha participación, que ciertamente no asegura que de haber participado sería la adjudicataria, pero sí determina la necesidad de que proceda la reparación del daño, que este caso alcanza al seis por ciento de beneficio industrial, tal como solicitó la recurrente.

“En el presente, la sentencia recurrida explica que, si en el concurso se hubiera exigido la clasificación que mejor se correspondía con el objeto del contrato que se licitaba, la entidad recurrente debiera haber sido admitida al concurso desde que resultó excluida, y aunque de ahí no se deduce que tuviera derecho a ser la adjudicataria, lo cierto es que el daño se le ocasiona de forma irreparable, desde el momento en que, con un mal funcionamiento del servicio público, se le impide ilícitamente el participar en el proceso selectivo, por lo que se produce un daño, derivado de la falta de dicha participación, que ciertamente no asegura que de haber participado sería la adjudicataria, pero esta circunstancia deviene imposible, por lo que procede la reparación de dicho daño, que por analogía puede aceptarse debe alcanzar al seis por ciento de beneficio industrial, tal como solicitó la recurrente, pues aunque esta es la cantidad que se derivaría de la falta de adjudicación del contrato, según lo previsto en la el artículo 131.1.b) del real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y cierta jurisprudencia, es de aplicación

por analogía al caso presente en que se impide por un acto contrario a derecho la participación en el proceso de contratación”.

2.4. Validez de ofertas presentadas por distintas empresas integrantes de un mismo grupo empresarial

La STS, Sec. 7ª, 24/11/2011, RC 1938/2009, desestima el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra una sentencia de TSJ que desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra resolución por la que se adjudicaba, por el procedimiento negociado, un contrato público. La Sala, tras poner de manifiesto la defectuosa técnica procesal empleada por el recurrente, confirma el criterio de la Sala de instancia y estima procedente la admisibilidad de las ofertas realizadas por empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, entendiendo que merecían la consideración de licitadores distintos. Para llegar a tal conclusión, la Sala realiza un análisis de la normativa aplicable, Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de su Reglamento, considerando que la única limitación establecida iba referida a las uniones temporales de empresas, que no era el caso, por lo que descarta la existencia del pretendido fraude de ley invocado por la recurrente. Asimismo, tiene en consideración que el procedimiento de adjudicación del contrato era el negociado, por lo que el precio del contrato tenía, en consecuencia, una importancia relativa y sin que resulte de aplicación la regulación del Texto refundido en relación con las empresas vinculadas por cuanto, tal previsión, se encuentra dentro del régimen del contrato de gestión de obras públicas, que tampoco era el caso.

“Tanto de lo previsto en los artículos 83.3 y 86.4 del Texto Refundido, como en el artículo 86 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -en las redacciones aplicables-, se deduce la posibilidad de que empresas pertenecientes al mismo grupo puedan presentar proposiciones individuales, ya que, sin prohibir tal posibilidad, la única limitación que contienen esta prevista en lo relativo al precio de las ofertas para los supuestos en los que la forma de adjudicación del contrato fuese la subasta, o bien cuando siendo aquélla el concurso, el precio ofertado fuera uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación.

En este sentido, el último párrafo del mencionado artículo 83.3, con referencia a las bajas desproporcionadas o temerarias, establecía que *<<A los efectos del párrafo anterior no podrán ser consideradas las diversas proposiciones que se formulen individualmente por sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen>>*, y el artículo 86.4 disponía que *<<En los supuestos contemplados en el apartado anterior, se estará a lo dispuesto, para las subastas, en el artículo 83, en lo que concierne a la tramitación de las proposiciones y garantía a constituir, sin que las proposiciones de carácter económico que formulen individualmente sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, puedan ser consideradas a efectos de establecer el precio de*

referencia para valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias>>.

Por su parte el artículo 86.1 Real Decreto 1098/2001, tenía análogas previsiones recogiendo expresamente el supuesto de que empresas pertenecientes a un mismo grupo presentaran distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, con la única previsión -siempre dentro del ámbito del 86.4-, de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares pudieran establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo.

A mayor abundamiento, debe indicarse que el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión era el negociado, por cuanto no existía necesidad de que el pliego de cláusulas administrativas contuviera previsión alguna en ese sentido, pues, además, en tales procedimientos el precio de la oferta tiene una importancia relativa, por cuanto según el artículo 73.4 del Texto Refundido <<(../...) el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 92.3>>, artículo que sí establece que el pliego de cláusulas administrativas particulares determine los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas y que en todo caso, debe dejarse constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo aplicadas por el órgano de contratación.

En consecuencia debe rechazarse la existencia del pretendido fraude de ley, sin que a todo lo anterior pueda obstar la alegación que la parte recurrente realiza en los antecedentes de su escrito de interposición -nada se dice en la exposición del motivo de casación-, respecto de la falta de advertencia de la circunstancia de que las mercantiles "PDM Marketing y Publicidad Directa, S.A" y "Securpost, S.L.", pertenecieran a un mismo grupo, aludiendo al apartado 65 del Pliego de Cláusulas Administrativas -se alude también al artículo 175 del Texto Refundido cuyo contenido se dedicaba a los Contratos de fabricación-, toda vez que tal apartado previsto en el Anexo I del Pliego concretaba la documentación para acreditar la unión de empresarios, que no era el caso.

Igualmente tampoco obsta la referencia a las limitaciones que el Real Decreto Legislativo 2/2000, establecía respecto de las denominadas empresas vinculadas, ya que tal previsión, en la redacción aplicable, se encontraba dentro de la regulación del contrato de concesión de obras públicas que tampoco era el caso".

2.5. Subsanación de la omisión de documentos relevantes para acreditar la capacidad para contratar

La STS, Sec. 7ª, 30/5/2011, RC 5701/2008, confirma la Sentencia del TSJ de Castilla y León que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte recurrente ahora en casación. La Administración debió requerir la subsanación de las omisiones relativas a los documentos que acreditaban la capacidad y solvencia

económica, financiera, técnica o profesional para contratar con la administración, no así las proposiciones de los interesados relativas a la oferta económica. La Sentencia de instancia ha interpretado correctamente, a juicio del TS, los artículos 62, 63 y 65 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En este caso, sólo se podía afirmar la existencia de un supuesto de falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, de la empresa que finalmente resultó adjudicataria, si transcurrido el plazo otorgado para la subsanación, no se hubiera presentado la documentación correspondiente. De ahí que, como acertadamente apreció la sentencia recurrida, existe más bien un caso en que la Administración, ante la falta de presentación de los documentos relativos a la capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, no requirió la subsanación de esta omisión subsanable, por lo que la Sentencia de instancia aplicó correctamente el artículo 63 del citado Real Decreto Legislativo declarando la anulación de la adjudicación.

“TERCERO.- Entrando en el análisis del motivo admitido, en el que se alegó la infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto los artículos 62.b) y 65.1º. del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debemos empezar refiriéndonos al concreto desarrollo argumental del mismo.

Sostiene la parte que, tal y como resulta de la lectura del Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia recurrida, el Juzgador a quo considera como hecho probado “la ausencia en el sobre 1 de la sociedad posteriormente adjudicataria de cualquier documento referente a su clasificación.

Sin embargo se considera en la sentencia recurrida que, ante la falta de un requerimiento de subsanación de dicha documentación por parte de la Mesa de Contratación a CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES LOPEZ CRESPO, S.L., y en aplicación de la doctrina de la Sala, recogida en sus sentencias de 30 de noviembre de 1992, 4 y 6 de julio de 2004, la adjudicación habría incurrido en un vicio de anulabilidad, en los términos establecidos en el art. 63 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

Entiende el recurrente que el razonamiento efectuado por la sentencia resulta erróneo, pues "el vicio relevante no sería la omisión del requerimiento de subsanación por parte de la Mesa de Contratación, sino la falta de acreditación en tiempo y forma, por parte de la empresa que luego resultó adjudicataria, de su solvencia económica, financiera y técnica".

Y es que, en efecto, la total ausencia de la documentación acreditativa de la clasificación de CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES LOPEZ CRESPO, S.L. en el Sobre I de su oferta, no constituía, a su juicio, un defecto material subsanable en los términos establecidos en la STS de 27 de noviembre de 2008, por lo que no resultaba procedente el requerimiento de subsanación de la misma. Antes bien al contrario, continúa la recurrente, la Mesa de Contratación debió excluir directamente, y con anterioridad a la apertura de los sobres correspondientes a las ofertas económicas y técnicas, a dicho licitador. Al no haberlo hecho, el contrato fue adjudicado a un licitador que no acreditó debidamente su solvencia económica, técnica y financiera, resultando por tanto

la adjudicación nula de pleno derecho, por concurrencia de la causa de nulidad prevista en el apartado b) del art. 62 del TRLCAP, con los efectos establecidos en el art.65.1 del mismo cuerpo legal, y no simplemente anulable por defecto de procedimiento, por lo que entiende esta parte que la Sentencia recurrida infringe dichos preceptos.

Concluye su razonamiento la parte, indicando que es menester señalar que debió declararse, por tanto, y en consonancia con las pretensiones contenidas en el petitum de la demanda, el mejor derecho del recurrente a resultar adjudicatario del concurso, puesto que su oferta resultaba neta y objetivamente superior a la adjudicataria.

Para resolver la cuestión planteada en este recurso de casación debemos comenzar por recordar que el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2.000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece la aplicación supletoria de las normas del derecho administrativo a los contratos administrativos, por lo que en la contratación administrativa es también de aplicación el artículo 71, que se intitula "Subsanación y mejora de la solicitud", y dispone que "1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane las falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, archivándose sin más trámite, con los efectos previstos en el artículo 42.1"

Partiendo, pues, de la aplicabilidad al caso del precepto que se acaba de citar, resulta claro que la Administración debió requerir la subsanación de las omisiones relativas a los documentos que acreditaban la capacidad y solvencia económica, financiera, técnica o profesional para contratar con la administración, no así las proposiciones de los interesados relativas a la oferta económica.

La Sentencia de instancia por tanto ha interpretado correctamente los artículos 62, 63 y 65 de Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En el caso de autos solo se podría afirmar que estuviésemos ante un supuesto de falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, de la empresa que finalmente resultó adjudicataria, supuesto contemplado en el artículo 62, b), si, transcurrido el plazo otorgado para la subsanación, no se hubiera presentado la documentación correspondiente, de ahí que, nos encontramos, como acertadamente apreció la sentencia recurrida, ante un caso en que la Administración, ante un la falta de presentación de los documentos relativos a la capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, no requirió la subsanación de esta omisión subsanable, por lo que la Sentencia de instancia aplicó correctamente el artículo 63 de citado Real Decreto Legislativo.

Por último debemos indicar que el hoy recurrente en la instancia solicitó subsidiariamente que se declara la anulación de la adjudicación, que es lo que en definitiva hizo el Tribunal de instancia, por lo que acogió su pretensión.

Se impone por todo lo expuesto la desestimación del motivo y del recurso”.

2.6. Criterios objetivos en la adjudicación que se dirigen a todos los licitadores y guardan relación con la calidad del servicio

La STS, Sec. 7ª, 10/10/2012, RC 3504/2009, desestima un recurso de casación interpuesto contra una sentencia del TSJ de Canarias en relación con un concurso para la contratación de servicios de seguridad, protección y atención de emergencias para dar cobertura a las autoridades y representantes del Gobierno de Canarias e instituciones públicas canarias en sus desplazamientos, actos y otras celebraciones. Se recurrieron en la instancia los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas, declarándose su legalidad. El TS señala que en este caso el precio no es el único factor determinante de la adjudicación y que estamos ante criterios objetivos que se dirigen a todos los licitadores por igual, en términos de generalidad, y que guardan relación con la calidad del servicio de protección y seguridad objeto del contrato.

“En cualquier caso esta Sala no comparte las infracciones sustantivas denunciadas en el motivo. En primer lugar, porque, a diferencia de lo que sostiene la recurrente, tal como razona la sentencia impugnada, los criterios de adjudicación establecidos en la cláusula 10.2 del PCAP responden al criterio de objetividad exigido por el artículo 86 del TRLCAP y por el considerando 46 y artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios, al encontrarse vinculados al objeto del contrato de servicios que aquí nos ocupa.

En este sentido, teniendo por objeto el referido contrato, según afirmamos en el precedente fundamento octavo, la realización de un servicio de seguridad, protección y atención de emergencias en los desplazamientos, asistencia a actos y otras celebraciones, como mínimo durante 28.181 horas, dentro del período de vigencia del contrato, ninguna duda cabe acerca de la estrecha vinculación del incremento de dichas horas con el objeto del contrato.

Otro tanto cabe concluir sobre los criterios relativos a la disponibilidad de plazas de garaje, puesta a disposición de un vehículo auxiliar de gama alta y de teléfono satélite portátil en Madrid, dado que dicha ciudad se encuentra expresamente comprendida en el ámbito territorial de prestación del servicio de seguridad a las autoridades y representantes del Gobierno de Canarias e Instituciones Públicas objeto del contrato, y todos ellos inciden, en definitiva, en la seguridad de las personas a proteger, ante situaciones imprevistas o de emergencia que pudieran suceder en Madrid, por tanto, en una situación en que, por la situación geográfica, la capacidad de respuesta de la Comunidad Autónoma de Canarias se encontraría limitada, y en el caso de las plazas de garaje, además, en la conservación de los vehículos y medios auxiliares, recordemos de propiedad de la Comunidad Autónoma, a la que la adjudicataria resulta obligada en virtud de la cláusula 3.1.2 del PPT.

Por otra parte, la ponderación que expresamente se les atribuye (de un 20%; 10%; 5% y 5%, respectivamente, frente al 60% concedido a la oferta

económica), impide compartir los argumentos de la recurrente acerca de que el precio sea el único factor determinante de la adjudicación, argumentación por otra parte ciertamente contradictoria con la también alegada dificultad de concurrir al concurso como consecuencia de los controvertidos criterios.

Y tampoco compartimos las afirmaciones relativas a que se trate de criterios discriminatorios y desproporcionados, pues se dirigen a todos los licitadores por igual, en términos de generalidad, y, como hemos afirmado, sí guardan relación con la calidad del servicio de protección y seguridad objeto del contrato”.

2.7. Exigencia de motivar la resolución de adjudicación

STS, Sec. 7ª, 18/7/2012, RC 5128/2008. Adjudicación de concesiones para la explotación de programas de servicio público de televisión digital terrestre con cobertura local referidas a distintas zonas y municipios. Resolución de la Mesa que omite la indicación de la ponderación de los criterios indicados en los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares en la propuesta elevada al órgano de contratación. Vulneración del art. 88 del RD Legislativo 2/2000 y falta de adecuada motivación. No cabe sustituir la ponderación de la Mesa de contratación por la simple remisión al informe de una empresa externa contratada al efecto. Anulación de las adjudicaciones.

“Lo cierto es que la resolución recurrida no permite conocer al recurrente las razones por las que su oferta no fue seleccionada, a pesar de que el artículo 88 del TRLCAP, exige a la Administración motivar la resolución de adjudicación *«(...) con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego»*.

Además, el artículo 89.5 de la Ley 30/92 dice que “la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.”

En este caso, la resolución recurrida hace referencia a la propuesta de la Mesa de Contratación, efectuada en función del informe técnico que no se incorpora a la resolución, por lo que coloca a la entidad recurrente en la imposibilidad de conocer la valoración otorgada a las distintas ofertas y cuestionar la misma. El hecho de que pueda consultar el expediente en el que figura el informe técnico, no convierte en motivada una resolución que no lo está, lo que, como se anticipó, conduce a la estimación del motivo”.

2.8. Suficiente motivación de la resolución por la que se adjudicó el concurso. No aplicabilidad de derecho de preferencia

La **STS, Sec. 7ª, 4/4/2012, RC 3406/2010**, estima el recurso de casación interpuesto por una mercantil contra sentencia desestimatoria del recurso promovido contra la

adjudicación del concurso relativo al servicio de transporte de personal de un centro penitenciario de Galicia. La Sala estima la casación al apreciar que la sentencia recurrida incurrió en incongruencia puesto que, al resolver sobre la cuestión relativa a la falta de motivación del acto recurrido, no resolvió dos de las alegaciones formuladas por la recurrente. La Sala seguidamente entra en el debate de instancia, rechazando que el acto recurrido no estuviera motivado dado que, atendido que el pliego de cláusulas administrativas particulares estipulaba como criterio de adjudicación el concurso el de la oferta económicamente más ventajosa, considera que la Administración resolvió la adjudicación a favor de mercantil distinta de la recurrente tras valorar las ofertas presentadas conforme a tales criterios, según consta en actuaciones, lo que cumple con las exigencias de motivación que resultaban exigibles. En lo que respecta a la vulneración del derecho de preferencia invocado al amparo de la normativa autonómica, estima que no tiene carácter vinculante el eventual reconocimiento de éste por la Junta de Galicia y que, visto el objeto del contrato -transporte de personal de un centro penitenciario-, resultaba inaplicable el decreto autonómico invocado. Asimismo, tal preferencia solo puede operar en supuestos de igualdad de ofertas.

“OCTAVO.- Procede abordar, seguidamente, la cuestión relativa a la motivación de la actuación administrativa impugnada, que, tal como se ha afirmado en los fundamentos precedentes, viene constituida por la resolución de adjudicación del contrato administrativo, precisión esta que resulta relevante a los efectos de la resolución del motivo de impugnación que ahora nos ocupa, pues la falta de motivación denunciada por el recurrente ha de examinarse en relación con la citada resolución.

Y ello, por cuanto, tratándose de un acto que pone fin a un procedimiento de concurrencia competitiva, la motivación del mismo, según establece el artículo 54.2 de la LRJPAC, se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen su convocatoria, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 88 del TRLCAP, que exige a la Administración motivar la resolución de adjudicación << (...) con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego>>.

Según ha quedado expuesto en el relato de antecedentes consignado en el fundamento tercero de esta Sentencia, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato litigioso establece, como criterio objetivo de adjudicación del concurso, la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta el porcentaje de baja ofertada sobre el importe máximo total y la modernidad de los vehículos, resolviéndose la adjudicación del contrato a VICOR ALCALÁ, S.A., tras la valoración de las ofertas presentadas conforme a tales criterios, según consta al folio 77 del expediente administrativo, lo que cumple con las exigencias de motivación que resultan procedentes.

No resulta, por tanto, de aplicación el artículo 54.1.c) de la LRJPAC invocado por el recurrente, con independencia, a mayor abundamiento, de la ineptitud de un único precedente, de fecha muy distante al concurso que hoy nos ocupa, como el aportado por aquélla (documento número dos de la demanda), para fundar tal exigencia de motivación.

Resta añadir, por último, a todo lo anterior que, siendo la oferta presentada por la mercantil finalmente adjudicataria la más ventajosa conforme a los criterios establecidos en el PCAP, no resulta exigible motivación alguna sobre la exclusión del derecho de preferencia invocado por la recurrente, pues, según la jurisprudencia de esta Sala [sentencias de 2 de julio de 2004 (R.C. núm. 8182/2000- F.D. 3º) y 29 de mayo de 2002 (R.C. núm. 1951/1997- F.D. 3º y 4º)] constituye presupuesto básico para su viabilidad la equivalencia o igualdad de condiciones consignadas en la oferta para participar en el concurso, situación aquí no acontecida”.

IV. EL CONTENIDO DEL CONTRATO

1. Las obligaciones fundamentales de las partes

1.1. Las obligaciones del contratista: la ejecución de las prestaciones

1.1.1. Obligación que recae sobre el constructor contratista de responder por las faltas de las obras mal ejecutadas con anterioridad a su recepción definitiva

La STS, Sec. 7^a, 16/5/2012, RC 2456/2011, declara no haber lugar al recurso por la deficiente conexión entre el escrito de preparación y el de interposición en donde los motivos aducidos cambian su situación y ordinal dificultando su consideración implicando una deficiente técnica procesal. Respecto al motivo procesal aducido al amparo del art. 88.1 c) se dice que las sucesivas comunicaciones de cambio de ponencia y demás actuaciones procesales fueron consentidas y devinieron firmes sin que fuesen impugnadas en su momento por la parte ahora recurrente, ni se formulase reparo alguno frente a ellas. Respecto a los restantes motivos, todos al amparo del art. 88.1 d), se dice que no puede estimarse la existencia de infracción de norma alguna ya que, al margen de que la parte actora efectúa una reiteración de las argumentaciones contenidas anteriormente en el escrito de demanda, omitiendo la concreta crítica de la sentencia recurrida, el contratista debe responder por los vicios ocultos de la construcción debidos al incumplimiento doloso del contrato, máxime cuando se produjo una recepción provisional de las obras -que no definitiva-. Y, en segundo término, se reitera la jurisprudencia que impide a la Sala sustituir al órgano de instancia en la valoración de la prueba, salvo que dicha valoración haya sido combatida expresamente por posible arbitrariedad o irrazonabilidad.

“Sin perjuicio de apreciar que en el desarrollo de este concreto motivo la parte actora efectúa una reiteración de las argumentaciones contenidas ya anteriormente en el escrito de demanda presentado en la instancia, incurriendo en una evidente ausencia de concreta crítica sobre la sentencia que se combate, lo cierto es que según recoge la sentencia impugnada, acertadamente, la cláusula 43 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales aplicable al presente caso determina la obligación que recae sobre el constructor contratista de responder por las faltas de las obras mal ejecutadas, con anterioridad a la recepción definitiva; recepción que no se produjo en el presente caso, puesto que la producida el día 9 de junio de 1997 fue provisional sin que tampoco aparezca, por otro lado, causa de exención de la responsabilidad. Todo ello en la misma línea prevenida por la cláusula 28 del Pliego del mismo Pliego, que reitera lo señalado sobre el debido cumplimiento y responsabilidad de lo pactado en el contrato de obra, por lo que en definitiva no puede estimarse la existencia de infracción de norma llevada a cabo por la sentencia de instancia”.

1.1.2. Principio de riesgo y ventura. El contratista ha de soportar las consecuencias derivadas de circunstancias no previstas en el contrato, no imputables a la Administración y que no tengan la consideración de fuerza mayor

La STS, Sec. 7ª, 7/6/2012, RC 2050/2009, desestima el recurso de casación interpuesto por una mercantil contra sentencia de TSJ desestimatoria del recurso promovido contra resolución denegatoria de su pretensión indemnizatoria por los daños ocasionados por la demora en la ejecución de un contrato de obra como consecuencia de la tramitación de un proyecto modificado y de un contrato complementario. La Sala desestima el recurso puesto que no considera que la primera suspensión del contrato -derivada de la necesidad de obtener una licencia administrativa de una Confederación Hidrográfica- fuera imputable a la Administración contratante ya que no tenía competencia para resolver sobre el otorgamiento de dicho título por lo que, conforme a la normativa aplicable, únicamente tenía obligación de prestar su apoyo a la contratista para su obtención.

“En consecuencia, como ha declarado esta Sala, entre otras, en las sentencias de 22 de abril de 2008 –recurso 1611/2006-, 30 de junio de 2009 –recurso 4296/2007- y 21 de julio de 2011 –recurso 110/2009-, estamos ante un supuesto en el que sin existir modificación en el número o clase de obras a ejecutar, éstas suponen una mayor onerosidad al contratista como consecuencia de la aparición de dificultades no previstas ni calculadas en el proyecto que han sido liquidadas con saldo positivo a favor del contratista y dicha situación debe engarzarse con el principio de riesgo y ventura establecido en el artículo 99 de la Ley de Contratos invocado por la parte recurrente en el último motivo, de manera que el contratista ha de soportar las consecuencias derivadas de circunstancias no previstas en el contrato, no imputables a la Administración y que no tengan la consideración de fuerza mayor. De esta forma, la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen alterando muy significativamente el equilibrio económico y contractual existente en el momento inicial del contrato, que han quedado y sobrepasando, en definitiva, los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación contractual, que quedan compensados en la cuestión planteada con la aprobación de un modificado, y la percepción de los incrementos económicos correspondientes, circunstancias que permiten rechazar el motivo”.

1.1.3. Doctrina del enriquecimiento injusto

La STS, Sec. 7ª, 15/12/2011, RC 4643/2008, desestima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana contra sentencia de TSJ que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido por una entidad mercantil, adjudicataria de una obra, declarando su derecho a que le fueran abonadas las obras ejecutadas y no pagadas, los perjuicios derivados de la paralización de las obras y los intereses legales devengados por las cantidades reconocidas. La Sala, tras rechazar que la sentencia recurrida esté deficientemente motivada ni incurra en incongruencia omisiva, descarta que exista una infracción de las normas de la sana crítica en la

apreciación de la prueba pericial judicial. Para ello, recuerda su doctrina referida al limitado alcance de la prueba en sede casacional y considera que, en el presente supuesto, la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia no incurrió en irrazonabilidad o arbitrariedad, por lo que confirma las apreciaciones fácticas de la sentencia recurrida. Por último, no estima que se vulnere la doctrina del enriquecimiento injusto ni la regulación del precio de las unidades de obra no previstas en el contrato, significándose que en la instancia resultó acreditado que se ejecutaron unidades de obras dispuestas y conocidas por la Administración, por lo que procede que éstas se abonen al contratista ya que a resultas de dichas obras se produjo un enriquecimiento de la Administración y el consiguiente empobrecimiento del contratista.

“En efecto, debe recordarse, en virtud de reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala –por todas, sentencia de 15 de abril de 2002 (recurso 10381/1997)-, que el principio del enriquecimiento injusto, si bien en un primer momento, tanto en su inicial construcción, como en la posterior determinación de sus requisitos, consecuencias y efectos, fue obra de la jurisprudencia civil, su inequívoca aplicación en el específico ámbito del Derecho Administrativo, al menos desde los años sesenta del pasado siglo, viene siendo unánimemente admitida, aunque con ciertas matizaciones y peculiaridades derivadas de las singularidades propias de las relaciones jurídico-administrativas y de las especialidades inherentes al concreto ejercicio de las potestades administrativas; siendo lo cierto, a juicio de la Sala, que la sentencia recurrida aprecia correctamente la aplicación del referido principio a las concretas particularidades fácticas, que han quedado anteriormente expuestas, del supuesto objeto de la controversia suscitada.

Debe recordarse así, conforme ha tenido ocasión de declarar la jurisprudencia de esta Sala Tercera -entre otras, sentencias de 16 de abril de 2002 (recurso 6917/1996), 23 de junio de 2003 (recurso 7705/1997), 18 de junio de 2004 (recurso 2000/1999) y 11 de julio de 2005 (recurso 5557/2000)-, que los requisitos del mencionado principio del enriquecimiento injusto -como los que la jurisprudencia civil ha venido determinando desde la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 28 de enero de 1956-, son los siguientes: en primer lugar, el aumento del patrimonio del enriquecido; en segundo término, el correlativo empobrecimiento de la parte actora; en tercer lugar, la concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante; en cuarto término, la ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento y, por último, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio, circunstancias que no concurren como consecuencia de la pretensión formulada por la parte actora en el proceso de instancia, de la que resultó una estimación parcial no generadora de ningún enriquecimiento injusto para dicha parte”.

1.2. Las obligaciones de la Administración: el pago del precio

1.2.1. Derecho al abono de intereses por el retraso en el pago de la certificación final de obra

STS, Sec. 7ª, 13/9/2012, RC 2105/2008. Petición de indemnización en contrato de obras por dilación del plazo de ejecución de la obra por pretendida causa imputable a la Administración. No procede al tratarse de una dilación debida a la ampliación del plazo inicial en virtud de solicitudes al respecto de la concesionaria. Asimismo, no tienen el sentido de rectificaciones de deficiencias del proyecto inicial aceptado sin reservas por el concesionario.

“Si bien es cierto que tanto la legislación como nuestra jurisprudencia reconocen el derecho al abono de intereses por el retraso en el pago de la certificación final de obra y así como la aplicación del artículo 1.009 del Código Civil a la contratación administrativa, también es cierto que el recurrente no puede establecer hechos incompatibles con los fijados por la Sala de instancia en contra de reiteradísima jurisprudencia (sentencias de 9 de febrero de 1994, 27 de marzo de 1995, 13 de noviembre de 1995, 4 de noviembre de 1997, 21 de julio de 2000 y 6 de febrero de 2001, 6 de marzo de 2001, 9 de octubre de 2001, 16 de octubre de 2001 y 18 de diciembre de 2001 y 17 de junio de 2002).

La Sentencia de instancia fijó como hecho probado que las obras se habían concluido el día 4 de marzo de 2004 y que la certificación final de obras se abonó el día 3 de junio de 2004, y por este motivo entendió que no había lugar al abono de intereses de demora por el pago tardío de la certificación final de obra, y en consecuencia tampoco procedía el abono de los intereses del 1.109 del Código Civil”.

1.2.2. Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados en aplicación del art. 1.109 del Código Civil

La **STS, Sec. 7ª, 25/6/2012, RC 1790/2009**, estima el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra una sentencia que estimó en parte el recurso promovido y declaró el derecho de la mercantil a percibir una determinada cantidad correspondiente a la compensación financiera determinada conforme al Pliego del Cláusulas Administrativas Particulares, rechazando su pretensión de que le fueran abonados el interés de demora. La Sala estima el recurso ya que considera que de los términos del referido Pliego -que constituye la ley contractual y al que se remite expresamente la normativa sobre los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio- se deduce que la compensación financiera se fija inicialmente y es inalterable, debiendo quedar contabilizada en el ejercicio previsto para la entrega de la obra, resultándole indiferente, por expresa previsión del Pliego, cualquier incidencia que se produjera en la ejecución del contrato, la cual se deberá canalizar, en su caso, por la vía de la revisión de precios. Por ello, considera que el precio de ejecución de la obra debía incluir el de la compensación financiera y en la medida en que no abonó el importe de dicha compensación dentro de las tres anualidades siguientes a la entrega de

la obra incurrió en mora, resultando procedente el abono de los intereses reclamados ya que su cuantificación, a diferencia de lo que sostiene la sentencia recurrida, se trataba de una cantidad fija. Reconoce asimismo que los intereses vencidos devengan intereses.

“Resta finalmente por examinar, el motivo quinto en el que la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del artículo 1.109 del Código Civil, así como de la jurisprudencia que la desarrolla, recogida en las Sentencias que cita de 20 de septiembre de 1990, 26 de febrero de 1992, 15 de marzo de 1999 y 5 de marzo de 1992, en cuanto declaran que los intereses debidos devengan intereses desde que son reclamados.

Ante la ausencia de un precepto específico en la Ley de contratos esta Sala viene admitiendo la aplicación del artículo 1109 del Código Civil, en cuanto dispone que *“los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto.”*

La sentencia de 9 de junio de 2009 rec. 248/2008 citando la de 15 de julio de 1996, recuerda que "la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en las Sentencias de 14 octubre 1991, 18 octubre 1991, 24 marzo 1994, 26 febrero 1992 y 5 marzo 1992 se ha inclinado decididamente por la aplicación del referido artículo 1109 en supuestos como el presente, formando un cuerpo de doctrina al que necesariamente debe atenderse, expresándose en las dos últimas que el supuesto de devengo de intereses legales de los intereses vencidos derivados de cantidades líquidas adeudadas por demora en el pago del saldo resultante de liquidaciones provisionales de obras, en los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos del Estado, no se encuentra previsto ni jurídicamente regido por la normativa contenida en la Ley de Contratos del Estado y en su Reglamento, ni supletoriamente por las restantes normas del Derecho Administrativo, por lo que conforme al artículo 4 de dicha Ley, en relación con el artículo 6 de su Reglamento, ante la referida laguna legal, es menester acudir a la aplicación de las normas del Derecho Privado que regulan en concreto dicha materia -intereses legales de otros intereses vencidos adeudados- que como es sabido se encuentra en el artículo 1109 del Código Civil".

En tal sentido las sentencias de 20 de febrero de 2001, 3 de abril de 2001 y 18 de diciembre de 2001, entre otras, señalan respecto del devengo de los intereses legales de los intereses vencidos derivados de cantidades líquidas adeudadas por demora en el pago del saldo resultante y liquidación provisional de obra, en los casos de contratos cuyo objeto es la ejecución de obras y la gestión de servicios, que "es de aplicación sobre esta materia la doctrina contenida en las sentencias de 5 de marzo, 10 de abril y 6 de mayo de 1992 sobre el alcance y contenido de la aplicación del artículo 1109 del Código Civil a la contratación administrativa, existiendo la obligación de los intereses legales de los intereses vencidos desde el momento de la interposición del recurso".

Reiteran el criterio dos sentencias de 29 de abril de 2002, cuando indican que "la jurisprudencia ha declarado aplicable al supuesto de devengo de intereses legales

sobre los intereses de demora vencidos en el pago de certificaciones de obra el párrafo primero del artículo 1109 del Código Civil, según el cual, los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto (sentencias de 5 de marzo y 6 de mayo de 1992 y 24 de junio de 1996)".

De conformidad con la doctrina citada, es procedente reconocer la procedencia de abonar los intereses legales que correspondan sobre los intereses de demora, por lo que debemos declarar haber lugar al recurso".

1.2.3. Abono de intereses de demora en relación con el pago de liquidaciones provisionales reconocidas

La STS, Sec. 7ª, 17/5/2012, RC 4303/2008, desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia estimatoria del recurso promovido por una entidad mercantil contra la resolución que denegó la reclamación formulada sobre abono de intereses de demora en relación con el pago de determinadas liquidaciones provisionales a que había sido condenada la Administración demandada por sentencia del Tribunal Supremo, al considerar la Sala de instancia que, la falta de pronunciamiento de dicha sentencia sobre dichos intereses moratorios, no impide su devengo que se produce por ministerio de la ley, reconociendo además los intereses legales. La Sala desestima el primer motivo, rechazando tanto la infracción de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba como la de la existencia de cosa juzgada toda vez que el ámbito de lo resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo fue exclusivamente la liquidaciones provisionales, con carácter autónomo e independiente de la controversia que ahora se plantea referida a los intereses moratorios y legales. La Sala rechaza el segundo motivo en el que se pretende que el cómputo de los intereses moratorios se produzca desde la intimación al pago ya que la jurisprudencia viene declarando que el día inicial para el devengo es el del día siguiente a la expiración del plazo de tres meses a partir de la expedición de la certificación y el tercer motivo al ser correcto que el devengo del interés legal de los intereses moratorios surja desde la interposición del recurso.

“1º) La fecha inicial del devengo de los intereses legales de los intereses de demora vencidos es la de interposición del recurso, que tiene la consideración de interpelación judicial a los efectos del artículo 1109 del Código Civil, y ello teniendo en cuenta que la finalidad perseguida por dicho precepto es el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor, al que se obliga a seguir un proceso judicial que, en el orden contencioso-administrativo, se inicia con el mismo escrito de interposición del recurso, así como la circunstancia de que el momento inicial del devengo del interés legal de los intereses vencidos quedaría a merced de la Administración deudora, ya que la formalización de la demanda se halla supeditada a la remisión por aquélla del expediente administrativo.

2º) Si la cantidad reclamada excluye la efectiva controversia sobre su cuantificación, al haberse fijado con claridad los parámetros de cuantificación y ser susceptibles de concreción por una simple operación aritmética, siguiendo lo

preceptuado en el mencionado artículo 1109 del Código Civil se fija la cuantía de la reclamación y el plazo de devengo computable.

3º) Cuando la Administración no cumple a su debido tiempo con su obligación de abonar al contratista el saldo resultante de la liquidación provisional de las obras, viene por ello obligada también al pago de los intereses legales devengados por aquella demora”.

1.2.4. No estando ante una cantidad líquida no corresponde el abono de los intereses sobre los intereses (anatocismo)

La STS, Sec. 7ª, 10/5/2012, RC 3823/2009, confirma una Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana que estimó parcialmente el recurso contra la inactividad administrativa respecto al abono de una cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios por la suspensión temporal de un contrato y el retraso en el plazo de ejecución de unas obras. Se desestima el primer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.c) LJCA, ya que en el escrito de conclusiones la parte actora vuelve a concretar los hechos probados que no son objeto de contradicción por la parte demandada, faltando además en dicho escrito la protesta formal prevista en el art. 88.2 de la LJCA. Se descarta también el motivo segundo porque el recurrente confunde incongruencia con falta de motivación, defecto que es inexistente en la cuestión planteada. En cuanto al tercer motivo, la Sala recuerda que no puede revisarse en casación la apreciación de la instancia sobre la inexistencia de un resultado lesivo para el recurrente, ni puede sustituirse la valoración sobre los intereses que en fase de ejecución y con carácter compensatorio reconoce dicha sentencia. El motivo cuarto se desestima porque el Pliego establece la improcedencia de la revisión de precios, no habiendo sido impugnado por las partes. Por último, se descarta la infracción del derecho al anatocismo, pues, conforme a la jurisprudencia de la Sala, el abono de intereses sobre los intereses no es procedente si las cantidades y las fechas no están determinadas, como acontece en este caso.

“DECIMOTERCERO.- En el último motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, se invoca la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables a las cuestiones objeto de debate, en relación con el derecho a los intereses de los intereses o anatocismo, pues la recurrente alega la infracción del artículo 1.109 del Código Civil.

El artículo 1.109 del C.C. establece que "Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto" y dicho precepto debe ser interpretado conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1992, 3 de marzo de 1994, 17 de octubre de 2000 y 6 de julio de 2001, en las que se señala: "el abono de intereses sobre los intereses procede cuando la cantidad sobre la que los intereses han de imponerse está claramente determinada" sin haber sido discutidas las cantidades que sirven de base, así como el día inicial y final y el

tanto por ciento de interés día por día aplicable en virtud de las correspondientes normas legales que sucesivamente lo fijan.

En el presente caso dichas cantidades no se hayan perfectamente determinadas y la sentencia, en el fundamento de derecho quinto, sólo ha aceptado la fecha final o días ad quem tenida en cuenta por el recurrente pero no así la fecha inicial, razón por la cual en el fallo no se condena a la Administración al pago de una cantidad líquida, sino al pago de los intereses de demora en los términos fijados, que deberán liquidarse en ejecución de sentencia y por lo tanto, no estando ante una cantidad líquida no corresponde el abono de los intereses sobre los intereses contemplados en el artículo 1.109 del Código Civil y, en consecuencia, es rechazable el motivo”.

2. Las prerrogativas de la Administración

2.1. El poder de modificación o ius variandi

2.1.1. Modificaciones contractuales que no tienen por objeto la subsanación de deficiencias del proyecto inicial sino que responden a necesidades nuevas o causas imprevistas

STS, Sec. 7ª, 13/9/2012, RC 2105/2008. Petición de indemnización en contrato de obras por dilación del plazo de ejecución de la obra por pretendida causa imputable a la Administración. No procede al tratarse de una dilación debida a la ampliación del plazo inicial en virtud de solicitudes al respecto de la concesionaria. Asimismo, no tienen el sentido de rectificaciones de deficiencias del proyecto inicial aceptado sin reservas por el concesionario.

“Al respecto no consideramos aceptable el punto de partida de la argumentación de la recurrente, asentada en las deficiencias sustanciales del proyecto de obra. Mas no resulta convincente tal base de partida, pues si en el momento de la licitación no se cuestionó dicho proyecto, y, aceptándolo sin reservas, se logró la adjudicación del contrato, imponiéndose a los demás licitadores, y suscribiendo en definitiva el contrato de obras, no es jurídicamente correcto que con posterioridad al contrato se parta de las deficiencias de lo que se admitió, como base para una pretensión de indemnización.

Si el proyecto adolecía de deficiencias sustanciales que lo hacían irrealizable, lo lógico hubiese sido no suscribir el contrato, o que, si estas se manifestasen después, que, con arreglo a lo dispuesto en los Art. 111.c y 112 del Real Decreto Legislativo 2/2000, la contratista hubiese instado su resolución, con las eventuales consecuencias derivadas de ella, y no mantenerse en el marco de la plena eficacia del contrato, y dentro de ella imputar a la Administración incumplimientos, para basar en ellos la pretendida indemnización.

Por otra parte, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 101.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, las modificaciones contractuales no tienen por objeto la subsanación de deficiencias del proyecto inicial, como la recurrente parece dar por sentado en este caso, al menos de modo implícito, sino que responden a “necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”.

Consideramos, en suma, no aceptable el planteamiento contenido en el submotivo e impotente para desvirtuar el que antes hemos calificado como clave de la sentencia recurrida: que las sucesivas prórrogas del plazo de ejecución se debieron a peticiones expresas de la recurrente”.

2.1.2. Al no haber instado el contratista la resolución contractual y al haber aceptado las modificaciones contractuales, el ejercicio de *ius variandi* no determina siempre, necesariamente, derecho a ser indemnizado

La STS, Sec. 7ª, 7/6/2012, RC 2050/2009, desestima el recurso puesto que no considera que la primera suspensión del contrato -derivada de la necesidad de obtener una licencia administrativa de una Confederación Hidrográfica- fuera imputable a la Administración contratante ya que no tenía competencia para resolver sobre el otorgamiento de dicho título por lo que, conforme a la normativa aplicable, únicamente tenía obligación de prestar su apoyo a la contratista para su obtención. En cuanto a la segunda suspensión, derivada de la tramitación de un modificado aceptado sin objeción alguna por la contratista, la Sala estima que, acreditada la concurrencia de circunstancias imprevistas, el ejercicio del *ius variandi* de la Administración estaba justificado, no advirtiéndose que tal modificado entrañara fraudulentamente un nuevo contrato, resultando contrario al principio de buena fe contractual ejercitar una pretensión indemnizatoria autónoma derivada de los perjuicios ocasionados por una actuación plenamente asumida y resultando que dicho modificado era de obligado cumplimiento no teniendo la contratista la facultad de resolución en atención a su cuantía.

“UNDÉCIMO.- En el quinto motivo de casación se expone, con fundamento en el artículo 88.1.d) de la LJCA, que se ha producido una vulneración del artículo 146, apartados 1 y 2, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/95.

La parte recurrente entiende que una cosa es que el contratista no tenga obligación de soportar los perjuicios derivados del *ius variandi* (y por eso tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios que tal prerrogativa le provoque) y otra muy distinta que pueda oponerse o impedir ejercitar el reformado, según se desprende del tenor literal del artículo 146, apartados 1 y 2, de la mencionada Ley de Contratos. Y añade que si se admite que en el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su liquidación final o recepción definitiva, los actos que se realizan tanto por parte de la Administración como del empresario son provisionales, forzoso es concluir la improbabilidad de que

puedan existir actos consentidos, tanto por parte de éste como por parte de aquella.

En el artículo 98 de la mencionada Ley se establece que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144, que regula el derecho a indemnización del contratista con respecto a los supuestos de fuerza mayor que en dicho precepto se establecen, afectando, por consiguiente, a un ámbito objetivo y formal diferente del que ha propiciado el recurso que está enjuiciando la Sala, al carecer las circunstancias concurrentes de la consideración de fuerza mayor.

Sobre este punto, tanto la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que cita la parte recurrente en su escrito de interposición, como los dictámenes del Consejo de Estado referidos en dicho escrito, no resultan de aplicación al supuesto controvertido en función del alcance y de los efectos de las consideraciones reflejadas en lo manifestado por esta misma Sala, entre otras, en las sentencias de 22 de abril de 2008 –recurso 1611/2006-, 30 de junio de 2009 –recurso 4296/2007- y 21 de julio de 2011 –recurso 110/2009-, al afectar el caso enjuiciado a un supuesto en el que, sin existir modificación en el número o clase de obras a ejecutar, éstas suponen una mayor onerosidad al contratista como consecuencia de la aparición de dificultades no previstas ni calculadas en el proyecto, que fueron debidamente compensadas.

En suma, demostrada y no desvirtuada la concurrencia de circunstancias no previstas en el contrato, que no eran imputables a la Administración y que no tenían la consideración de fuerza mayor, el requisito de la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario, alterando muy significativamente el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato y sobrepasando, en definitiva, los límites razonables de aleatoriedad que toda licitación contractual comporta, lo que no sucede en este caso.

Por ello, la solución adoptada por la sentencia recurrida no resulta vulneradora de los artículos 146 y 148 de la Ley 13/1995 por estar obligado el contratista a su cumplimiento, al tratarse de modificaciones del proyecto que con arreglo al artículo 102 implican aumento de unidades de obra, sin perjuicio de la facultad de resolución en obras en las que aislada o conjuntamente hayan alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial, lo que no sucede en este caso y reiterando los razonamientos precedentes determinan la desestimación del motivo.

El motivo ha de ser desestimado debido a que al no haberse instado por la parte recurrente la resolución contractual, y al haber aceptado las modificaciones contractuales, el ejercicio de *ius variandi* no determina siempre, necesariamente, como han reconocido los dictámenes del Consejo de Estado y jurisprudencia de esta Sala, derecho a ser indemnizado en una situación que no está amparando un fraude de los principios de contratación administrativa y que no limitó las garantías del contratista, en aplicación del art. 150 de la Ley 13/95, teniendo en cuenta las anteriores sentencias pronunciadas por esta Sala en asuntos similares:

- En la STS de 15 de febrero de 2012, cas. 1419/2009, F.J. 8, especialmente los apartados 3 y 4, teniendo en cuenta el importe de la liquidación y las apreciaciones fácticas de la sentencia recurrida, no desvirtuadas en sede casacional, criterio reiterado en la STS de 21 de marzo de 2012, cas. 642/2009 y que llevaron a la desestimación del recurso de casación.

- En la STS de 16 de abril de 2012, cas 28/2009, F.J. 4, al reconocer la inexistencia de vulneración, pues el contratista no dejó de cobrar el trabajo ejecutado, no se infringió el principio de riesgo y ventura y no hubo enriquecimiento por la Administración.

- En la STS de 23 de abril de 2012, cas. 373/2009, F.J. 4, al negar la infracción del artículo 99 de la Ley 13/95.

Todo ello, respetando el casuismo y circunstancias concretas que revisten los asuntos relativos a la contratación administrativa”.

2.1.3. Mayor inversión derivada de la modificación. Posibilidad de compensación solo en casos de ruptura de equilibrio económico-financiero

La STS, Sec. 7ª, 25/11/2011, RC 5951/2010, estima el recurso de casación promovido por el Abogado del Estado contra sentencia de TSJ que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por una entidad concesionaria de una autopista de peaje contra resolución del Ministerio de Fomento que le ordenó la redacción de un proyecto modificado y la posterior ejecución de las obras de reordenación de los accesos a un polígono industrial al objeto de ejecutar el enlace de dicha autopista con una carretera autonómica. La Sala descarta que la solución alcanzada por la sentencia recurrida -que considera que la citada entidad no está obligada a asumir el coste del modificado, al no estar previsto en el proyecto inicial ni deberse a una incidencia surgida en el seno de su ejecución- sea la correcta puesto que entiende que tal modificado impuesto a la concesionaria se justifica en el *ius variandi* que tiene reconocido la Administración concedente, descartando, en principio, que la resolución recurrida en vía administrativa incurra en infracción alguna del ordenamiento jurídico, sin que quepa sostener que la competencia para la adopción de dicho modificado correspondiera al Consejo de Ministros. Por último, se descarta que la mayor inversión derivada de dicho modificado deba ser compensada mediante el abono total de su coste ya que bien pudiera consistir en el aumento de las tarifas o en cualquier otra medida compensatoria y sólo en los casos en que tal inversión incidiera en el equilibrio económico-financiero.

“Pues bien, si la Administración ante causas nuevas o necesidades no previstas en los proyectos ya aprobados, puede acordar e imponer a la entidad concesionaria las modificaciones que estime necesarias para hacer frente a dichas situaciones, esta Sala no puede asumir la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida puesto que, precisamente, atendiendo a lo dispuesto en la cláusula 102 en relación con la 101 del Pliego aprobado por el Decreto 215/1973, sólo en los casos en que la mayor inversión derivada de dicha modificación incidiera en el régimen económico-financiero de la concesión, desequilibrándolo, resultaría preciso su restablecimiento, a través de la

correspondiente compensación que, por otro lado y tal y como sostiene el Abogado del Estado, no tiene porqué traducirse en el abono total del coste del modificado como reconoció la sentencia recurrida, sino que bien pudiera consistir en el aumento de las tarifas autorizadas o en cualquier otra medida compensatoria pertinente.

Pero es que, sin perjuicio de lo anterior, reconocer a la concesionaria, tal y como hizo la Sala de instancia, su derecho a percibir el coste íntegro del proyecto de Modificado para ejecutar la denominada “Solución Sur de Acceso” supone no tener en cuenta que ésta quedó comprometida en el Proyecto de construcción aprobado en septiembre de 2000 por la Dirección General de Carreteras a la ejecución de las actuaciones necesarias para el enlace de la R-5 con la M-506 y que el Proyecto Modificado 4.3, aprobado el 18 de marzo de 2003, que desarrollaba en detalle dicho enlace siguiendo las indicaciones de la Comunidad de Madrid, titular de la carretera M-506, quedó inejecutado en lo relativo a la construcción de un tercer carril en la vía de servicio en el tramo correspondiente a la zona del Polígono Callfersa, al variarse por la Dirección General de Carreteras la alternativa de enlace, por lo que, en principio y de los datos que obran en actuaciones, ninguna inversión tuvo que hacer la concesionaria por dicho concepto.

Por tanto, de todo lo expuesto, no se aprecia que la resolución del Director General de Carreteras de 27 de septiembre de 2006, ni la de la Secretaría General de Infraestructuras, de 29 de enero de 2008, incurra en infracción alguna del ordenamiento jurídico, sin que se puede compartir la tesis de la entidad concesionaria relativa a que la competencia para la aprobación de dicho modificado era del Consejo de Ministros y no del Director General ya que, como vimos anteriormente, la cláusula 65 del Pliego aprobado por el Decreto 215/1973 atribuye al Ministerio de Fomento la competencia para acordar las modificaciones en las obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse los proyectos y sin que de lo dispuesto en la cláusula 102 quepa extraer otra conclusión que la de que la intervención del Gobierno únicamente se habrá de producir, una vez aprobada la modificación y para los casos en que la misma contradiga el proyecto inicial, y genere un desequilibrio del régimen económico-financiero de la concesión, al único objeto de reconocer y aprobar los derechos y efectos que le pudieran corresponder al concesionario para lograr su restablecimiento y que, como ya se dijo anteriormente, bien podrían consistir en la adopción de un nuevo régimen de tarifas o en la aprobación de las compensaciones que estimara pertinentes, así como en el reconocimiento de la mayor inversión”.

2.1.4. La Administración, de no estar conforme el interesado con el precio fijado, puede optar por ejecutar ella misma la parte modificada o encargarla a un tercero. Pero se trata de una potestad que puede ejercer o no, subsistiendo en este último caso la obligación del contratista de ejecutar la obra

La STS, Sec. 7ª, 23/5/2011, RC 3684/2010, anula una Sentencia de la Audiencia Nacional relativa a los precios fijados para el Proyecto Modificado de cimentación y

estructura de las obras de construcción de un edificio destinado a la AEAT. Se considera que el art. 146.2 del Texto Refundido de la Ley de Contrato no hace referencia a la obligatoriedad de continuar la obra modificada por el contratista, sino al precio del modificado, que es fijado por la Administración, y que posibilita a ésta, de no estar conforme el interesado con el precio fijado optar por ejecutar por ella misma la parte modificada o encargarla a un tercero. Pero esta es una potestad que la Administración puede no ejercitar, como ocurre en el presente caso, donde el proyecto se ha modificado reforzando la cimentación, lo que impide que sean dos empresas distintas las que lo realicen, con la consecuencia de que sigue vigente la obligatoriedad para el contratista de ejecutar las obras, siempre que no superen los umbrales del artículo 149.e) y solicite el contratista la resolución, y sin perjuicio de que éste impugne el precio fijado unilateralmente por la Administración.

“Del apartado 1 del artículo 146 se desprende que las obras serán obligatorias para el contratista, todo ello sin perjuicio de la posibilidad prevista en el artículo 149, letra e), que dispone que :” *Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial*”.

Es en este contexto en el que debe interpretarse el artículo 146.2, como sostiene el Abogado del Estado, que no hace referencia a la obligatoriedad de continuar la obra modificada por el contratista, sino al precio del modificado, que es fijado por la Administración, y que posibilita a ésta, de no estar conforme el interesado con el precio fijado, (que por supuesto puede impugnar, lo que no ocurre en el caso presente), optar por ejecutar por ella misma la parte modificada o encargarla a un tercero. Pero esta es una potestad que la Administración puede no ejercitar, como ocurre en el presente caso, donde el proyecto se ha modificado reforzando la cimentación, lo que impide que sean dos empresas distintas las que lo realicen, con la consecuencia de que sigue vigente la obligatoriedad para el contratista de ejecutar las obras, siempre que no superen los umbrales del artículo 149, letra e) y solicite el contratista la resolución, y sin perjuicio de que éste impugne el precio fijado unilateralmente por la Administración”.

2.1.5. Suspensión por causas imputables a la Administración vs. de modificación del contrato. No se opuso el contratista a las modificaciones producidas

La STS, Sec. 7ª, 25/6/2012, RC 1790/2009, estima el recurso ya que considera que de los términos del Pliego se deduce que la compensación financiera se fija inicialmente y es inalterable, debiendo quedar contabilizada en el ejercicio previsto para la entrega de la obra, resultándole indiferente, por expresa previsión del Pliego, cualquier incidencia que se produjera en la ejecución del contrato, la cual se deberá canalizar, en su caso, por la vía de la revisión de precios. Por ello, considera que el precio de ejecución de la obra debía incluir el de la compensación financiera.

“Una vez examinadas detenidamente las actuaciones y dentro de los estrictos términos en que se plantea el recurso de casación, llegamos a la valoración inicial que no estamos ante un supuesto de suspensión por causas imputables a la Administración, sino ante un supuesto de modificación del contrato, tal y como se expone en la sentencia de instancia, cuya descripción fáctica es respetada en casación, en coherencia con las SSTS, 3ª, 4ª de 2 de abril de 2008 (cas. 3592/05) y 23 de abril de 2002 (cas. 7026/96).

En efecto, el modificado no es sustancial y afecta al deslizamiento del dique auxiliar y al aseguramiento de cimentación de la presa principal, por lo que mantiene la uniformidad plena con el proyecto primitivo según el Ingeniero director de las obras, en su informe de 24 de abril de 2000 (pág. 380 del expediente) y en los términos formulados el 19 de diciembre de 2000 conjuntamente por el Ingeniero de Caminos del Estado, el Subdirector de Gestión del Dominio Público Hidráulico y el Director General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, que propusieron su aprobación.

En todo caso, ha sido la Junta de Andalucía, en su informe 311/2000 de 12 de septiembre de 2000 la que justifica, con apoyo en dictámenes de la Junta Consultiva del Gobierno andaluz, la existencia de un *ius variandi* no generador de un criterio indemnizatorio basado, en extracto, en los siguientes puntos:

- Posibilidad de modificación basada en el art. 60 Ley 13/95.
- Razones de interés público, debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificadas debidamente en el expediente (arts. 48 LCE y 149 RGCE).
- Criterio flexible de la noción del interés público previsto en el art. 102 LCAP.

En suma y por las razones expuestas, en el caso examinado, las causas técnicas imprevistas son justificativas del *ius variandi*, pues la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, de aplicación al supuesto controvertido por razones de índole temporal, reconoce a la Administración el *ius variandi*, como prerrogativa propia del ámbito de la contratación administrativa, relacionándola con el reconocimiento al contratista del derecho a instar la resolución del contrato cuando la modificación del proyecto o la suspensión de las obras, decididas por la Administración, presenten alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o menos, al 20% del precio primitivo o representen una alteración del proyecto inicial, que en el caso genera el modificado 1, que no es sustancial, mantiene la uniformidad del proyecto inicial y no implica novación contractual.

En este punto, debe destacarse que la entidad recurrente dio su conformidad a las modificaciones contractuales, al no existir constancia alguna de que, en el pertinente trámite procedimental a la vista de la propuesta de la dirección facultativa, se opusiera expresamente a las modificaciones producidas (art. 146.2 Ley 13/95). Y concurre incluso la circunstancia de que la modificación originó un saldo adicional de liquidación a favor del contratista, que permitió restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, que establece el artículo 100.1 de la Ley 13/95, como reconoció la sentencia recurrida.

Los razonamientos expuestos conducen a la desestimación del primero de los motivos”.

2.2. Poder de suspensión de la ejecución del contrato

2.2.1. Para que la Administración sea responsable de indemnizar los daños y perjuicios no solo ha de acordar formalmente la suspensión del contrato, sino que dicha suspensión no debe ser imputable al contratista

La STS, Sec. 7ª, 18/6/2012, RC 3614/2009, confirma la sentencia de instancia que estimó parcialmente el recurso de la contratista y fijó una indemnización por los retrasos en la ejecución del contrato de obras no imputables a la contratista. Rechaza la Sala que la causa de las prórrogas sea exclusivamente la falta de disposición de los terrenos, pues claramente se determina en el acta de replanteo, que la mayor parte de los mismos estaba a disposición del contratista, y solo algunos estaban en trámite de expropiación, por lo que el recurrente debió haber concretado y probado en que medida y proporción el retraso era imputable a esta causa, sin que ahora pueda la Sala revisar la valoración de la prueba hecha por el Tribunal de instancia. Debe rechazarse también esta partida indemnizatoria por cuanto que los retrasos no son debidos a la Administración sino a la parte contratista al alegar problemas meteorológicos para poder llevar a cabo la ejecución del contrato. Por otro lado, tampoco debe aceptarse la indemnización de trabajos extracontractuales porque son partidas derivadas de la mayor duración de la ejecución de las obras y las incidencias propias de ésta, que fueron admitidas al firmarse el proyecto modificado del principal. En suma, sólo ha de admitirse como indemnizables y, a efectos de restablecer el equilibrio contractual, lo reconocido por la sentencia de instancia.

“El Artículo 103 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que lleva por rúbrica “Suspensión de los contratos” dispone lo siguiente:

“1. Si la Administración acordare la suspensión del contrato (...), se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél.

2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste”.

Del análisis de este precepto se desprende que el legislador ha querido establecer el derecho del contratista al abono por parte de la Administración de los daños y perjuicios sufridos por aquél, cuando la Administración acuerde la suspensión del contrato, por causa no imputable al contratista. El análisis sistemático del párrafo 1º del artículo 103 citado, nos lleva a la conclusión de que para que la Administración sea responsable de indemnizar los daños y perjuicios, no solo ha de acordar formalmente la suspensión del contrato, sino que dicha suspensión no

debe ser imputable al contratista, y por eso se remite también expresamente al artículo 100, que prevé que la Administración incurra en mora.

A dicha conclusión se llegaría igualmente de la aplicación supletoria de la legislación civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Ley de Contratos antes citada. En efecto, el artículo 1101 del Código Civil dispone que *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*.

Pues bien, dicha responsabilidad es compatible con el principio de que el contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista, (el artículo 99 de la Ley dispone que *“la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el art. 144”*), lo que implica que deba soportar aquellos daños que debió prever; y también con la posibilidad legalmente prevista de que, en determinados casos, y a pesar de no existir culpa alguna por la Administración, se de la existencia de fuerza mayor. Dispone el artículo 144 de la ley que:

“1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público”.

En consecuencia, y admitiendo que en materia de contratación administrativa, y particularmente en el ámbito del contrato de obras, el riesgo jurídicamente asumido por la parte contratista es inherente al que se deriva de su propia conducta contractual, 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.

Sin embargo, aun estimando que 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, por el efecto útil de la casación no puede transformarse automáticamente en una estimación de este recurso, sino que es preciso determinar a quien puede ser imputada la responsabilidad de cada una de las prórrogas solicitadas, y finalmente enjuiciar si en el caso de aceptar un modificado de las obras, ha de entenderse que el tiempo previsto para el cumplimiento del mismo, debe o no considerarse como retraso indemnizable a efectos de lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley de Contratos, antes citado”.

2.2.2. Paralizaciones sucesivas de la ejecución del contrato de obras. Necesidad de que el contratista acredite la efectividad de los daños a efectos de su indemnización

STS, Sec. 4ª, 1/7/2009, RC 5712/2007. La sentencia de instancia había desestimado la solicitud de indemnización de daños y perjuicios formulada por la contratista por razón de sucesivas paralizaciones parciales de las obras acordadas por la Administración, al no haberse acreditado la realidad de los perjuicios ocasionados a la contratista. El primer motivo invocado frente a aquella resulta desestimado, ya que la valoración de la prueba corresponde al Tribunal de instancia, sin que concurra en el caso ninguna de las circunstancias excepcionales en que es dable su revisión en vía casacional. En segundo lugar se rechaza una posible infracción del principio de respeto a los actos propios, a pesar de constar en el expediente administrativo un informe jurídico en el que se reconocía la indemnizabilidad de ciertos conceptos.

“A tenor de lo establecido por el art. 103.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1.995, de 18 de mayo, aplicable al supuesto por razón del momento en que se produce el contrato: "Acordada la suspensión, (de la obra) la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste". Y ello en todo caso cualquiera que fuera el tiempo de la suspensión o paralización de la obra puesto que la Ley derogó el artículo 148 del Reglamento General de Contratación del Estado, Decreto 3.410/1.975, de 25 de noviembre, que aprobó el Reglamento General de Contratación del Estado, y que exigía para que fuese indemnizable la suspensión el transcurso de un tiempo determinado, contradiciendo de ese modo el mandato legal.

Pero dicho eso, lo que es incontrovertible es que la propia Ley exige que se indemnicen los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el contratista, de modo que esos daños han de acreditarse suficientemente.

Y eso es lo que la Sala no aceptó, que los daños se hubiesen acreditado suficientemente”.

2.2.3. Si el período de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestaron su conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar una pretensión indemnizatoria autónoma

La **STS, Sec. 7ª, 7/11/2011, RC 1322/2009**, confirma una Sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto en relación con la liquidación definitiva de unas obras, confirmándose así la liquidación provisional. La circunstancia de que la liquidación contradictoria presentada no fuera tenida en cuenta por la Administración contratante carece de relevancia a efectos invalidantes, en tanto que ni se ha producido indefensión ni ha supuesto conculcación del procedimiento legalmente establecido. Asimismo, la parte recurrente cuestiona la

falta de fundamentación de la actuación administrativa impugnada en la instancia, lo que no constituye el objeto del recurso de casación. En todo caso, la motivación sucinta o escueta no equivale a ausencia de dicho requisito de fundamentación cuando es suficientemente indicativa y precisa con respecto a las bases y presupuestos en que se asienta la decisión administrativa. Por otra parte, si el período de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestaron su conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados de la mencionada suspensión de aquellas obras

“Por consiguiente, el consentimiento que la empresa prestó al nuevo contrato y al precio allí estipulado sin formular expresa y formalmente protesta alguna, lleva a entender que no resulta aquí de aplicación la previsión indemnizatoria de los artículos 48 de la Ley de Bases de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y 148 y concordantes del Reglamento General de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre –vigentes al momento de producirse los hechos de los que procede este recurso de casación-, pues si el periodo de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestaron su conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar, como declara la sentencia aquí cuestionada, una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados de la mencionada suspensión de aquellas obras”.

2.2.4. Indemnización al contratista por daños y perjuicios derivados de la suspensión temporal parcial de las obras

STS, Sec. 7ª, 3/11/2011, RC 1678/2008. En relación con la alegada vulneración de las disposiciones normativas relativas a la indemnización por daños y perjuicios derivados de la suspensión temporal parcial de las obras, se aduce en realidad una discrepancia con la valoración de la prueba. Se reconoce únicamente el abono de intereses desde la fecha de la interposición del recurso contencioso-administrativo.

“DUODECIMO.- En el caso examinado, la suspensión temporal de las obras no fue consecuencia de la necesidad técnica de modificar el proyecto para adaptarlo a las circunstancias que se presentan en toda obra, supuesto en el que el contratista ha de soportar una parte del perjuicio económico que supone la suspensión mediante el establecimiento de unos plazos mínimos de suspensión que le dan derecho a indemnización por aplicación del artículo 148 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que aprueba el Reglamento General de Contratación, a cuyo tenor si la Administración acordase la suspensión temporal de las obras por espacio superior a una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso, si aquélla excediera de seis meses, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios que éste pueda efectivamente sufrir, sino que fue consecuencia de imprevisión culpable de la Administración por no haber

puesto a su debido tiempo los medios indispensables para que el contratista pudiera trabajar.

En este supuesto, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, la Administración es plenamente responsable de todos los daños, pues el incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato (art. 127.E del citado Reglamento) obligará a aquélla, con carácter general, al pago de los perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista (en coherencia con las SSTs de 12 de febrero de 1988 y 23 de junio de 1980), porque la suspensión se debió a la falta de disponibilidad de los terrenos puesta de manifiesto por la existencia de dos postes eléctricos y de viviendas que impedían la ejecución de los terraplenes, así como a la falta de viabilidad del proyecto en lo que respecta a la cimentación.

Por tanto, se produce el cumplimiento de los requisitos para que la empresa sea indemnizada por el artículo 148 del Reglamento General de Contratación, pues se añade que no hubo dos suspensiones sino “la misma suspensión con alcance distinto: La suspensión que comenzó siendo total se transforma en parcial y permanente hasta el mes de enero de 1996” y así se consigna en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida, sin que esta apreciación haya sido desvirtuada, lo que determina la imposibilidad de que pueda prosperar el motivo de casación esgrimido por la defensa y representación de la Administración Autónoma recurrente, atendiendo a la concreta viabilidad procesal del recurso de casación, como consecuencia de su naturaleza de recurso extraordinario y a fin de preservar la función revisora de este Tribunal Supremo, según tiene declarado esta Sala en reiterada jurisprudencia -por todas, sentencias de esta Sala de 15 de julio de 2002 (recurso 5713/1998), 23 de junio de 2003 (recurso 7705/1997), 7 de junio de 2005 (recurso 2775/2002), 22 de septiembre de 2009 (recurso 889/2007) y 31 de mayo de 2011 (recurso 5622/2008)-.

DECIMOTERCERO.- En consecuencia, en relación con la alegación de la parte recurrente sobre la modificación del contrato y la revisión de precios, que eliminarían cualquier desajuste económico que pudiera producir el contrato, debe indicarse que nada tiene que ver el precio de la obra con la indemnización de daños y perjuicios derivada de una suspensión por causas imputables a la Administración, de manera que no procede sustituir la indemnización de daños y perjuicios, por la necesaria adaptación de precios derivada de un modificado de contrato, ni por la legalmente establecida de revisión de precios.

En todo caso, y como se pone de manifiesto en el escrito de oposición al recurso, la modificación del proyecto se produce antes de la paralización y no cubre, en modo alguno, los daños y perjuicios sufridos por la suspensión, sino que supone una variación al alza del coste inicial del contrato, que necesariamente debe reajustarse a la realidad de la obra, que se va a modificar de acuerdo con el modificado de proyecto.

Por consiguiente, el hecho de la modificación del contrato y la revisión de precios, si bien pudiera suponer el necesario ajuste en el equilibrio económico-financiero del contrato, no implica, por tratarse de conceptos distintos, como ha reconocido esta Sala en STS de 23 de mayo de 1988 que el contratista renuncie a resarcirse de los daños y perjuicios que le ha causado la paralización de las obras, derecho que viene recogido en la Ley de Contratos y que se ha aplicado

correctamente en la sentencia recurrida, sobre la base de las circunstancias concurrentes, particularmente las derivadas de la paralización de las obras (folios 1562 y concordantes del expediente administrativo)”.

2.3. El poder de interpretación unilateral

2.3.1. Doctrina general

La **STS, Sec. 7ª, 12/1/2012, RC 1206/2009**, confirma una Sentencia del TSJ de Madrid que estimó parcialmente el recurso de la parte recurrente contra la inactividad de la Administración consistente en no dar cumplimiento a lo solicitado en relación con el abono del importe de trabajos adicionales más los intereses y la devolución de la fianza definitiva de un contrato de asistencia técnica. Tras rechazar que la Sentencia incurra en defecto de motivación, pues la Sala a quo da respuesta a la pretensión fundamental ejercitada por la entidad recurrente y enjuicia la actuación administrativa, el TS excluye la aplicación al caso del principio de enriquecimiento injusto invocado, por cuanto no concurren los requisitos para ello, y no aprecia la denunciada vulneración del principio de riesgo y ventura en la contratación administrativa, puesto que ha quedado acreditado que, fuera de los casos en los que se reconoció que se suministró información errónea a la recurrente, no se le encargaron trabajos repetidos, sino que en realidad se trataba de modificaciones con respecto a las iniciales propuestas de deslinde, que iban ulteriormente variando según la información facilitada con posterioridad, por lo que desestima el recurso.

“SEPTIMO.- En el tercero de los motivos se alega, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, la vulneración de los artículos 1282, 1285 y 1288 del Código Civil, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre interpretación de los contratos administrativos.

Sobre este punto y a tenor de las previsiones contenidas en reiterada jurisprudencia de esta Sala (por todas, las SSTS de 11 de marzo de 1980, 10 de marzo de 1982, 20 de abril de 1999 y 25 de mayo de 2004) los términos de un contrato no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes y con estricta sujeción a las cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, ello no excluye la intervención de los Tribunales para revisar la interpretación de los contratos.

En el caso examinado, la sentencia enjuiciada, después de analizar la documentación incorporada al expediente, llega a la conclusión que el objeto del contrato de asistencia concertado consistía en la prestación de apoyo a los funcionarios instructores del deslinde del dominio público marítimo-terrestre del levante y sur de Mallorca y restantes de Ibiza (Baleares), sin que el referido contrato quedase reducido a los 197,60 km. que pretende la sociedad recurrente, lo que queda especialmente acreditado con el informe emitido por el Jefe de la Demarcación de Costas de las Islas Baleares y la Sala a quo examinó debidamente la procedencia de la reclamación por repetición de los trabajos ya

realizados como consecuencia de los alegados cambios de criterio de la Jefatura de la Demarcación de Costas y de los directores del contrato, considerando, de forma razonada, que no se trataba de trabajos repetidos, sino que ciertamente eran modificaciones a las propuestas de deslinde, producidas conforme iban variando los distintos y sucesivos datos suministrados en razón de la información en cada caso facilitada.

Del análisis de las actuaciones y del motivo formulado se infiere, como consecuencia, que la sentencia recurrida no incurre en vulneración de los artículos 1282, 1285 y 1288 del Código Civil, basándose, por el contrario, en una interpretación razonable del contrato y de su específico contenido, en el concreto ejercicio de la función jurisdiccional que corresponde al Tribunal de instancia, debiéndose probar la contravención manifiesta de la legalidad o, en su caso, la arbitrariedad o equivocación de la interpretación realizada, lo que, por las razones expuestas, no cabe apreciar en el supuesto analizado, por lo que procede rechazar el tercero de los motivos”.

2.3.2. La interpretación de las cláusulas de los Pliegos Particulares no es revisable en casación. Normas de interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil

STS, Sec. 4ª, 8/7/2009, RC 2596/2005. La Sala desestima el recurso rechazando los motivos de casación. El primero porque la cuestión corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa al tratarse de un contrato administrativo. Además, la labor interpretativa de los contratos o convenios está excluida de la revisión casacional, como ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, puesto que la función hermenéutica corresponde a los órganos de instancia, sin que sea posible corregir sus resultados, en sede casacional, salvo que se haya alcanzado una interpretación que sea manifiestamente ilógica, arbitraria e ilegal. Finalmente porque la interpretación que realiza el recurrente de las cláusulas contractuales es incorrecta. La norma aplicable al concurso era la Ley vigente cuando el mismo se falló: el Decreto 923/1965, de 8 de abril, que aprobó el Texto Articulado de la Ley de Bases del Contratos del Estado (artículo 53.2), que se refiere al incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato que originará la resolución del mismo sólo en los casos previstos en la Ley, pero que obligará a aquella, con carácter general, al pago de los perjuicios que por tal causa se le irroguen al contratista, y que fue lo que resolvió la Sala de instancia, si bien difirió la fijación de esos perjuicios a los que se acrediten en ejecución de Sentencia.

“El art. 1.281 del Código Civil dispone que: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

Es inconcuso e incontrovertible que el recto y único sentido en que a la luz de ese precepto puede interpretarse la Cláusula trece de las del Concurso convocado no es otro que quien obtuviera el primer premio en el concurso obtendría una cantidad en metálico la antes señalada y además el encargo del proyecto y

dirección de obra. O lo que es lo mismo la redacción del proyecto y la ejecución de la obra que conforme a aquél habría de ejecutarse. Frente a ello en modo alguno puede contraponerse la cláusula tercera puesto que lo único que la misma afirma es que el "concurso será a nivel de concurso de ideas, siendo la documentación a presentar la que libremente estime el concursante, en la que deberá existir una breve memoria explicativa de la propuesta".

En modo alguno puede tampoco afirmarse que esas palabras, las contenidas en las dos cláusulas contrapuestas, contraríen la intención evidente de los contratantes que era sin género de duda que los premiados recibieran posteriormente el encargo de redactar el proyecto y dirigir la obra proyectada.

En relación con este particular en nuestra reciente Sentencia de 27 de mayo de 2.009, recurso de casación núm. 4580/2006, expresamos sobre esta cuestión de interpretación de los contratos que: "las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado. Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999, rec. casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta "la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas".

Asertos que también ha de tenerse presente respecto a los pliegos con base en las prerrogativas interpretativas establecidas en el art. 60 LCAP y las adjudicaciones que pueda realizar la mesa de contratación".

A cuanto hemos expuesto no es posible oponer como pretende el motivo el contenido de los artículos 1.285 y 1.288 del Código Civil porque ningunos de esos preceptos sería bastante para modificar lo que hasta aquí expuesto. El primero de ellos porque lo hemos utilizado para alcanzar la conclusión que obtenemos puesto que como el mismo afirma "las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas" y de ahí que hayamos examinados las cláusulas 3 y 13 y hemos expuesto que debía prevalecer la décimo tercera que desde luego no era dudosa ni en si misma ni con lo que resultaba de la tercera y por lo que se refiere al art. 1.288 cuando expresa que "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad" a nuestro juicio no concurre razón alguna para hacerlo valer porque no hay oscuridad alguna en las dos cláusulas contrapuestas y de haberla no podría favorecer a quien la alega en este caso la Administración recurrente.

Por otra parte tampoco puede discutirse y realmente el motivo no lo hace aunque se ocupe de ello, que el recurso fue correctamente planteado como un supuesto de inactividad de la Administración a la luz de lo dispuesto en los artículos 25.2 y 29.1 de la Ley de la Jurisdicción vigente. Y ello porque existía un contrato entre las partes que exigía una prestación concreta a favor de una de ellas que

tenía derecho a reclamar de la Administración el cumplimiento de esa obligación”.

2.4. El poder de revisión de precios

2.4.1. Establecido un precio cierto tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares inicial como en el contrato suscrito ulteriormente, en el sentido de no proceder a la revisión de precios, resulta contraria a Derecho la declaración de nulidad ulterior

STS, Sec. 4ª, 30/6/2009, RC 4296/2007. La Sala estima la casación y desestima el contencioso. El conjunto de motivos esgrimido por la administración giran alrededor de que, establecido un precio cierto en un contrato de obras bajo la cláusula, tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares inicial como en el contrato suscrito ulteriormente, de no proceder a la revisión de precios resulta contraria a derecho su declaración de nulidad ulterior. Máxime tras haber aceptado el contratista sucesivamente tres prórrogas autorizadas por la administración bajo la condición de que dichas prórrogas no suponían modificación alguna de las obligaciones y derechos de las partes (artículos 104.3 y 99 LCAP). Consecuentemente se anula la sentencia recurrida (que declaraba sin efecto la cláusula octava del Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de ejecución de obras del "edificio de los juzgados de Telde", con el derecho de la demandante a la revisión de precios que corresponda) y se desestima el contencioso.

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

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

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

demoró 14 meses, sin que tal momento de terminación derivará de un nuevo señalamiento por la administración.

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

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

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

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

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

Prosperan los motivos”.

3. Las técnicas de garantía del equilibrio económico: el riesgo imprevisible

3.1. Doctrina general

STS, Sec. 7ª, 17/9/2012, RC 606/2010. Construcción y explotación de la autopista de peaje Castelldefels-Sitges, ampliada posteriormente al tramo Sitges-El Vendrell. Hecho nuevo, no previsible, que altera el equilibrio económico financiero de la concesión. Doctrina legal que lleva aparejada la nulidad de la bonificación del 95% de la base imponible del IBI. Alcance de la compensación a la que tiene derecho la concesionaria.

“En este contexto es correcta la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible para fundamentar el derecho de AUCAT a ser compensada de manera que se restablezca ese equilibrio y la correspondiente obligación de la Generalidad de

Cataluña de satisfacerle esa compensación. En consecuencia, también lo es entender improcedente resarcir a AUCAT por la totalidad de los conceptos que esta esgrime pues ni el restablecimiento del equilibrio económico-financiero equivale a garantizarle beneficios, ni comporta la asunción de los gastos relacionados con los recursos que interpuso. Tales conclusiones, hemos dicho y reiteramos, son plenamente acertadas y coherentes con las mantenidas por el Tribunal Supremo [sentencia de 4 de julio de 2006 (casación 9890/2003)].

Los hechos que se han descrito pueden tenerse por la materialización sobrevenida de un riesgo imprevisible. La sentencia de instancia lo explica así:

"Desde esta perspectiva pueden equipararse estas circunstancias a las propias del riesgo imprevisible sobrevenido, puesto que en ambos casos se produce una situación más onerosa para el concesionario, producida durante la vida del contrato, por causas que no habían sido previstas ni por la entidad actora ni por la propia Administración concedente. Desde este punto de vista puede considerarse, pues, que existe la necesidad de restablecer el equilibrio económico de la concesión, siempre que concurran los demás supuestos exigidos".

Se trata de una solución razonable que mira a satisfacer de forma equilibrada los intereses del concesionario y los intereses públicos concernidos, para la que el artículo 248.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 ofrece apoyo normativo. En efecto, entre los supuestos en los que considera procedente el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, se cuentan tanto la modificación por la Administración de sus condiciones por razones de interés público, como las actuaciones administrativas que determinen la ruptura sustancial de la economía de la concesión. Argumentando a partir de estas premisas, cabe afirmar que también habrá de proceder esa compensación cuando la alteración sea consecuencia de fallos judiciales que conlleven el cambio de alguno de los elementos configuradores del régimen económico, tal como ha sucedido aquí. Y debe proceder porque no se advierten motivos por los que no se pueda extender a ese supuesto la regla legal del mantenimiento del equilibrio económico del concesionario. En este sentido, la sentencia de 6 de febrero de 2007 (casación 7172/2001) le reconoce el derecho a su restablecimiento por no haberse revisado las tarifas a causa de la prórroga de las vigentes dispuesta por Real Decreto y las de 4 de junio de 2008 (casación 5093/2006) y 29 de mayo de 2007 (casación 8202/2004) también relacionan los cambios normativos que inciden en el régimen económico de la concesión con el restablecimiento de su equilibrio.

Las consideraciones anteriores llevan a la desestimación de los motivos porque la sentencia recurrida no ha infringido las normas y principios invocados que se refieren al cumplimiento de los contratos, a la indemnización de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de las obligaciones contractuales y a la confianza legítima, la buena fe y la doctrina de los actos propios.

Y no es óbice a ello la invocación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales porque la sentencia lo tiene presente, al igual que al artículo 248 del Real Decreto Legislativo 2/2000, a los que se refiere para dejar constancia de la recepción expresa de la doctrina jurisprudencial del hecho imprevisible en la legislación sobre contratos por parte del primero y de su plena

incorporación por el segundo. Así, pues, lo relevante es que la sentencia la aplica, como excepción a los principios *pacta sunt servanda* y de riesgo y ventura si bien advirtiendo que el derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero a que conduce no comporta la compensación integral de los perjuicios sufridos por el concesionario. De ahí que sea preciso, como dice la sentencia recurrida, establecer en términos concretos la medida del desequilibrio producido en la fase de ejecución”.

3.2. Compensación procedente cuando la alteración del equilibrio económico-financiero de la concesión sea consecuencia de fallos judiciales

La STS, Sec. 7ª, 12/12/2011, RC 4589/2008, desestima el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra sentencia de TSJ que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo que promovió contra la desestimación por silencio administrativo de su reclamación de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión que se le otorgó para construir y explotar una autopista, declarando su derecho a ser compensada de los perjuicios económicos derivados de la falta de reconocimiento de una bonificación de la base imponible del impuesto de bienes inmuebles que, si bien formaba parte de las condiciones de adjudicación de la concesión, fue posteriormente declarada nula por sentencias de la Sala recaídas en recursos de casación en interés de ley. La Sala, tras rechazar que la sentencia recurrida incurra en incongruencia omisiva, desestima el resto de motivos al descartar que se haya producido un incumplimiento del contrato concesional por parte de la Administración autonómica ya que el elemento que altera el equilibrio económico-financiero de la concesión lo constituyen las sentencias de la Sala antes citadas, que fueron las que declararon no haber derecho a la bonificación, confirmando la solución dada por la Sala de instancia al aplicar la doctrina del riesgo imprevisible para fundamentar el derecho a la compensación, al considerar que tal compensación resulta procedente cuando la alteración del equilibrio económico-financiero de la concesión sea consecuencia de fallos judiciales.

“No estamos ante un incumplimiento del contrato concesional. La propia recurrente lo reconoció en sus escritos de 31 de julio y 27 de agosto de 2003 y 26 de agosto de 2004 en los que habla de la necesidad de restablecer su equilibrio económico-financiero sin reprochar a la Generalidad de Cataluña haber incumplido las condiciones a las que está sujeta la concesión. Es más, vino a afirmar que, coincidía con ella en que no era preciso recabar el informe del Ministerio de Economía y Hacienda para conceder la bonificación. Sin embargo, después, especialmente en casación, afirma que la Administración catalana no ha cumplido sus obligaciones. A juicio de la Sala, no estamos ante un supuesto de incumplimiento contractual: la Generalidad de Cataluña concedió la bonificación tal como venía obligada y procedió sin pedir el informe en cuestión por entender que no estaba obligada a hacerlo, extremo en que coincidió con AUCAT. El elemento que cambia la situación viene dado por las sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 10 de diciembre de 1997. Sentencias dictadas en recursos de casación en interés de la Ley, por tanto de claro alcance normativo

en la medida en que fijan una doctrina legal, o sea, imponen una sola interpretación a un precepto.

De ahí que pueda considerarse que comportan un nuevo contexto que ha alterado el equilibrio económico-financiero de la concesionaria, pues a resultas de él no tiene derecho a la bonificación ya que el acto que se la concedió era nulo en este extremo. Frente a ello, la sentencia aplica la doctrina del riesgo imprevisible para fundamentar el derecho de AUCAT a ser compensada de manera que se restablezca ese equilibrio y la correspondiente obligación de la Generalidad de Cataluña de satisfacerle esa compensación. En el planteamiento seguido por la Sala de Barcelona, es correcta la conclusión de la improcedencia de resarcir a AUCAT por la totalidad de los conceptos que esta esgrime pues ni el restablecimiento del equilibrio económico-financiero equivale a garantizarle beneficios, ni comporta la asunción de los gastos relacionados con los recursos que interpuso. Los razonamientos de la sentencia a este respecto los consideramos plenamente acertados y coherentes con los mantenidos por el Tribunal Supremo [sentencia de 4 de julio de 2006 (casación 9890/2003)].

El problema a resolver estriba, pues, en decidir si los hechos que se han descrito pueden presentarse bajo la forma de un riesgo imprevisible sobrevenido. La sentencia de instancia considera equiparables los efectos de la concurrencia de una circunstancia de esa naturaleza con los producidos a causa de los citados pronunciamientos judiciales,

"(...) puesto que en ambos casos se produce una situación más onerosa para el concesionario, producida durante la vida del contrato, por causas que no habían sido previstas ni por la entidad actora ni por la propia Administración concedente. Desde este punto de vista puede considerarse, pues, que existe la necesidad de restablecer el equilibrio económico de la concesión, siempre que concurran los demás supuestos exigidos".

Se trata de una solución razonable que mira a satisfacer de forma equilibrada los intereses del concesionario y los intereses públicos concernidos, para la que el artículo 248.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 ofrece apoyo normativo. En efecto, entre los supuestos en los que considera procedente el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, se cuentan tanto la modificación por la Administración de sus condiciones por razones de interés público, como las actuaciones administrativas que determinen la ruptura sustancial de la economía de la concesión. Argumentando a partir de estas premisas, cabe afirmar que también habrá de proceder esa compensación cuando la alteración sea consecuencia de fallos judiciales que conlleven el cambio de alguno de los elementos configuradores del régimen económico, tal como ha sucedido aquí. Y debe proceder porque no se advierten motivos por los que no se pueda extender a ese supuesto la regla legal del mantenimiento del equilibrio económico del concesionario. En este sentido, la sentencia de 6 de febrero de 2007 (casación 7172/2001) le reconoce el derecho a su restablecimiento por no haberse revisado las tarifas a causa de la prórroga de las vigentes dispuesta por Real Decreto y las de 4 de junio de 2008 (casación 5093/2006) y 29 de mayo de 2007 (casación 8202/2004) también relacionan los cambios normativos que inciden en el régimen económico de la concesión con el restablecimiento de su equilibrio.

En definitiva, debemos desestimar estos tres motivos y con ellos el recurso de casación porque no se han infringido las normas y principios invocados que se refieren al cumplimiento de los contratos, a la indemnización de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de las obligaciones contractuales y a la confianza legítima, la buena fe y la doctrina de los actos propios”.

3.3. La fuerza mayor como excepción al principio de riesgo y ventura

STS, Sec. 4ª, 24/6/2009, RC 3799/2007. Se examina la pretensión de la contratista recurrente de ser indemnizada por los daños sufridos como consecuencia de la modificación del proyecto y suspensión temporal de las obras de construcción de trazado ferroviario, derivadas de una inundación surgida a raíz de la intercepción de un conducto cárstico por la tuneladora. La Sala, al interpretar el principio de riesgo y ventura, examina la excepción relativa a los supuestos de fuerza mayor, entendidos como aquellos que resulten anormales e imprevisibles en el desarrollo propio de las obras que se realizan, debiendo tratarse por prescripción legal de fenómenos naturales de efectos catastróficos, entre los que no cabe incluir un hecho del hombre, evidentemente fortuito, pero previsible en el lugar en el que se trabajaba. Por el contrario, es de corregirse el criterio de la Sala de instancia en lo concerniente a aplicar los límites a que restringía la indemnización por suspensión temporal de las obras el Reglamento General de Contratación, que exigía que la suspensión superase la quinta parte del plazo total del contrato y excediera de seis meses. Su art. 148 debe entenderse implícitamente derogado por el art. 103 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, que ha suprimido aquellas limitaciones, y en el mismo sentido debe ser interpretado el actual art. 203.2 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

“El motivo no puede prosperar. La recurrente pretende sostener que lo ocurrido constituye uno de los supuestos del art. 144 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1.995, de 18 de mayo, aplicable por razones temporales al contrato que nos ocupa, capaz de excepcionar el principio de riesgo y ventura que caracteriza la contratación con las Administraciones Públicas y que contempla el art. 99 de la Ley mencionada. No lo entendió así la Sentencia de instancia que consideró que lo ocurrido no era anormal o imprevisible en el desarrollo de las obras que se realizaban en el túnel en el que ocurrieron los hechos, por más que reconozca que concurriera a ello la presencia en momentos concretos de intensas lluvias que contribuyeron a aumentar el caudal del agua surgido como consecuencia de la intercepción por la tuneladora de un conducto cárstico.

En modo alguno la sociedad recurrente se atreve a cuestionar la valoración de la prueba que efectuó el Tribunal de instancia lo que pudo hacer si hubiera considerado que la misma fue ilógica o alcanzó conclusiones no racionales. Lejos de ello se esfuerza por llevar al ánimo de esta Sala que lo ocurrido encaja en los supuestos del artículo 144 que se ocupa de la fuerza mayor como causa que excluye la responsabilidad del contratista, descartada su actuación imprudente, y que le haría acreedor a ser indemnizado por los daños y perjuicios

que se le hubieran producido. Pero esa actitud resulta improcedente en el recurso de casación puesto que la valoración de la prueba queda fuera del mismo salvo en los supuestos excepcionales harto conocidos, y ya expuestos más arriba.

Pero es que a mayor abundamiento la literalidad del precepto tampoco permite sostener que el supuesto de hecho sobre el que se sustenta el recurso tenga posibilidad alguna de constituir un caso de fuerza mayor. Dice el art. 144.2.b) de la Ley 13/1.995 de Contratos de las Administraciones Públicas que: "Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes". Es decir que la condición primera para que pueda concurrir ese supuesto, condición inexcusable, por otra parte, es que se esté en presencia de un fenómeno natural que tenga efectos catastróficos, y entre esos fenómenos naturales el precepto enumera, y se trata de una enumeración cerrada, no ampliable a otros supuestos no previstos, salvo que sean semejantes, expresión sinónima de parecido o similar, los maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

Es claro que en este caso no se encontraba lo ocurrido en el túnel en el que se trabajaba porque la causa del suceso no fue un fenómeno natural sino un hecho del hombre, evidentemente fortuito, como fue el que la tuneladora interceptase un conducto cárstico, produciendo una surgencia de agua previsible en el lugar en el que se trabajaba. En consecuencia no se trataba de un fenómeno natural la inundación que se produjo ni tuvo la condición de catastrófico, por más que, ciertamente, se potenciasen sus efectos por las lluvias caídas coincidentemente con el hecho fortuito que provocó la surgencia de aguas".

V. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

1. Cumplimiento del objeto contractual

1.1. La ceremonia de inauguración no implica necesariamente la recepción tácita de las obras

La STS, Sec. 7ª, 23/12/2011, RC 4628/2010, confirma una Sentencia de la Sala de lo C-A de la Audiencia Nacional relativa a los intereses de demora en el pago de la certificación final de unas obras. La cuestión controvertida viene constituida por la necesidad de determinar si la sentencia impugnada, al rechazar que la ceremonia de inauguración de las obras efectuada el 30 de diciembre de 2005 equivaliese a la recepción tácita de las mismas, vulnera el artículo 147.6 del TRLCAP o la jurisprudencia de la Sala. El TS destaca que la parte recurrente muestra su discrepancia con la valoración que la Sala a quo realiza de los elementos de prueba, no habiéndose por lo demás utilizado el cauce procesal adecuado, lo que revela la carencia de fundamento del motivo. La apreciación o no de la existencia de una recepción tácita es una materia casuística que debe atender siempre a las concretas circunstancias de cada caso y por ello es una cuestión íntimamente relacionada con la apreciación de la prueba del Tribunal de instancia.

“CUARTO.- Planteado el debate en los términos que resultan del precedente fundamento, la cuestión en él controvertida viene, pues, constituida por la necesidad de determinar si la sentencia impugnada, al rechazar que la ceremonia de inauguración de las obras efectuada el 30 de diciembre de 2005 equivaliese a la recepción tácita de las mismas, vulnera el artículo 147.6 del TRLCAP o la jurisprudencia de esta Sala, contenida en las sentencias de 13 de febrero de 2007 (entendiendo la mención expresa a la sentencia de 13 de septiembre de 2007 como un mero error material) o 23 de marzo de 2004, que se afirma infringida.

Y la respuesta a tal cuestión ha de ser necesariamente negativa por las razones que pasamos a explicar.

La sentencia aquí impugnada desestima el recurso en su día deducido por la actual recurrente en casación, al considerar que no dispone de datos objetivos que le permitan concluir que la ceremonia de inauguración, cuya existencia no niega, implicase la recepción tácita de las obras, y ello en cuanto «no hay documentación alguna en el expediente de que se haya producido tal decisión de ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, previa justificación de la concurrencia de razones excepcionales de interés público» y, por el contrario, sí consta acreditado «(...) que con posterioridad a la inauguración de las obras (30/12/05), se suscribió el contrato de ejecución del modificado, en fecha 22/09/06», circunstancia de la que desprende, por tanto, la no conclusión de las obras objeto del mismo, que impiden apreciar la recepción tácita defendida por la recurrente.

Frente a tales razonamientos, la recurrente, bajo la invocación formal de la infracción del artículo 147.6 del TRLCAP y la jurisprudencia citada, sostiene que la Sala debe entender producida la recepción definitiva de la obra *«por haberse producido la ocupación material de la misma once meses antes de la recepción formal (...)»*, y que *«la Administración en este procedimiento no discute que la obra se inauguró y se puso en servicio el 30 de diciembre de 2005»*, argumentos que revelan la carencia de fundamento del motivo, en tanto que no se refieren propiamente a la razón de decidir de la sentencia, que rechaza la existencia de la pretendida recepción tácita de las obras, al no hallarse aquéllas –en contra de lo sostenido por la recurrente en el proceso de instancia-completamente concluidas a la fecha de la inauguración, limitándose a reproducir lo ya alegado ante la Sala de instancia, proceder que resulta contrario a la naturaleza y finalidad procesal de este tipo de recurso procesal, institucionalmente construido como forma de control de la actuación del órgano judicial que dictó la sentencia impugnada, sea al proceder, sea al conocer del fondo del asunto.

Por el contrario, lo único que revela su contenido es la discrepancia de la parte recurrente con la valoración que la Sala de instancia hizo de los elementos de prueba, que esta Sala no puede revisar, al no haberse empleado por la recurrente el cauce procesal adecuado para ello; esto es, la denuncia de la infracción de los preceptos reguladores de la valoración de pruebas tasadas o que la llevada a cabo resulta contraria a la razón e ilógica, conduciendo a resultados inverosímiles y evidenciando un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9.3 de la Constitución (por todas, sentencia de 24 de junio de 2011 – R.C. nº 2069/2008- F.D. 3º- y las que en ella se citan).

En este sentido, además, debe tenerse en cuenta que, como hemos afirmado en nuestra sentencia de fecha 7 de julio de 2011 (R.C. nº 5219/2009 –F.D. 5º-), *«la apreciación o no de la existencia de una recepción tácita es una materia casuística que deberá atender siempre a las concretas circunstancias de cada caso y por ello es una cuestión íntimamente relacionada con la apreciación de la prueba del Tribunal de instancia»*, recogiendo expresamente un anterior pronunciamiento de 8 de mayo de 2008 (R.C. nº 2088/2006) –que menciona la propia sentencia impugnada- que niega que la inauguración de una obra o parte de la misma justifique siempre que aquélla esté terminada.

Por ello, tampoco podemos estimar que la sentencia infrinja la jurisprudencia invocada por la recurrente, pues aquélla contempla supuestos distintos al aquí sometido a consideración.

En este sentido, la sentencia de 13 de febrero de 2007 lo hace respecto a un contratista que había cumplido con sus obligaciones, entregando las obras en las condiciones exigidas en un momento muy anterior a aquél en el que se formalizó el acta de recepción provisional. Y la de 23 de marzo de 2004 se refiere a la determinación del momento inicial que marca la obligación del pago de los intereses de demora”.

1.2. El vínculo contractual no se extingue por conclusión o cumplimiento hasta la recepción definitiva de las obras y la consiguiente liquidación final

La STS, Sec. 7ª, 17/11/2011, RC 1640/2008, estima el recurso de casación interpuesto por una mercantil contra sentencia de TSJ desestimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido contra la inactividad administrativa sobre reconocimiento de indemnización de daños y perjuicios causados por el retraso, por causas imputables a la Administración, en la ejecución de un contrato de obras. La Sala estima el recurso al considerar que la contratista tiene derecho a ser indemnizada, siguiendo doctrina reiterada, como consecuencia de los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras en los casos en los que la Administración contratante no la declaró formalmente pero se produjo la efectiva suspensión de las mismas. Asimismo, considera que la tardanza en la aprobación definitiva del proyecto modificado -principal motivo del retraso producido en la ejecución de las obras- únicamente resultaba imputable a la Administración, la cual incumplió su deber de emitir la correspondiente liquidación definitiva de la obra en el plazo de seis meses desde la recepción definitiva de la obra previsto para ello, si bien destaca la circunstancia de que la contratista reclamara la indemnización pretendida dentro de dicho plazo de seis meses, no habiéndose extinguido, por tanto, el vínculo contractual. Por todo lo anterior, concluye reconociendo la indemnización al resultar el retraso en la ejecución directamente imputable a la Administración y haber actuado la contratista conforme al principio de buena fe.

“OCTAVO.- El tercer motivo de casación señala la infracción de los artículos 57 de la citada Ley de Contratos del Estado y 176 del mencionado Reglamento General de Contratación del Estado, así como de la jurisprudencia que interpreta estos preceptos, toda vez que la Administración en ningún momento procedió a emitir la correspondiente liquidación definitiva de la obra, que, en cumplimiento de los referidos preceptos, debe incluir los distintos conceptos y cantidades pendientes de abono por dicha Administración.

El motivo debe prosperar ya que los artículos 57 de la Ley de Contratos y 176 del Reglamento General de Contratos contemplan la obligación de la Administración contratante de acordar y notificar al empresario la liquidación final de la obra, abonándole el saldo resultante dentro del plazo de seis meses contados a partir de la recepción definitiva de las obras. En el supuesto enjuiciado concurre además el hecho de que existe un acta de recepción provisional de la obra, de fecha 12 de marzo de 1999 (folio 92 del tomo I del expediente administrativo), así como una liquidación provisional de 14 de enero de 2000 (tomo II del expediente), mientras que la recepción definitiva de la obra está fechada el día 11 de mayo de 2004 (folio 99 del tomo I del expediente), y desde esta última fecha la Administración disponía de un plazo de seis meses para acordar y notificar al empresario la liquidación final de la obra, lo que no hizo.

En todo caso, no puede desconocerse la circunstancia, ciertamente relevante a los efectos debatidos en este litigio, que el día 15 de junio de 2004 (folio 101 del tomo I del propio expediente administrativo) la entidad recurrente, dentro de los

seis meses siguientes a la recepción definitiva, formuló su reclamación de daños y perjuicios y como ha reconocido esta Sala en diversas sentencias (por todas, las de 19 de enero de 1998 -recurso 1290/1990- y 9 de marzo de 1999 -recurso 78945/1992-), el vínculo contractual no se extingue por conclusión o cumplimiento, conforme a la terminología utilizada al respecto por los artículos 51 de la Ley de Contratos y 156 del Reglamento General de Contratación, hasta la recepción definitiva de las obras y la consiguiente liquidación final, puesto que, de lo contrario, no sería posible la resolución del contrato después de la recepción provisional, siendo lo cierto además que esta posibilidad subsiste plenamente mientras las obras correspondientes no se hayan recibido con carácter definitivo”.

2. Resolución del contrato

2.1. La concesión adjudicada es totalmente independiente de la que en su día fue adjudicada a otra concesionaria, por lo que el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a esta última no puede hacerse depender de las actuaciones que deban ser desarrolladas en virtud de aquella otra concesión

La STS, Sec. 7ª, 27/4/2012, RCA 160/2010, desestima el recurso contencioso-administrativo promovido por una entidad mercantil concesionaria de una autopista de peaje contra la desestimación por silencio de su reclamación por incumplimiento contractual de la Administración y en cuya virtud interesaba el abono de determinadas sumas en concepto de inversiones por la implantación del sistema de precobro y en concepto de mayores costes de explotación. La Sala rechaza en primer lugar la desviación procesal excepcionada por el Abogado del Estado y, en cuanto al fondo de la cuestión, desestima el recurso ya que considera que las medidas adoptadas en relación con la implantación del sistema de precobro eran una necesaria consecuencia de las obligaciones que le correspondían como concesionaria y sin que el hecho de que las llevara a cabo por requerimiento de la Administración desvirtuara que se trataba de una obligación de concesionaria siendo tal requerimiento un recordatorio dirigido a la misma de tales obligaciones pero no un encargo distinto y autónomo de tal concesión. Por otro lado, tampoco considera que el aumento del tráfico pueda ser considerado como un hecho imprevisible que le pueda liberar de sus obligaciones ya que dicho incremento, a juicio de la Sala, no sólo era previsible sino altamente probable.

“Limitado, pues, el litigio a determinar si es de apreciar el incumplimiento contractual de la Administración que la sociedad aquí demandante esgrime como principal argumento de su pretensión indemnizatoria, la respuesta tiene que ser contraria a dicha pretensión por lo siguiente:

1.- Tiene razón el Abogado del Estado en que son obligaciones del concesionario, por aplicación de lo establecido en el artículo 27 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, tanto conservar la vía y todos sus servicios en perfectas condiciones de utilización, como facilitar el servicio en condiciones

de absoluta normalidad suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad.

Y también la tiene en lo que viene a afirmar sobre que, siendo un hecho no controvertido esas numerosas reclamaciones que los usuarios de la AP-6 dirigieron a la Delegación del Gobierno, las medidas aplicadas por la recurrente cuyos costes económicos reclama (la implantación del sistema de prepago) eran una necesaria consecuencia de las anteriores obligaciones, pues dichas medidas eran una solución imprescindible para el problema de congestión de la autopista AP-6 denunciado por esos usuarios.

2.- El aumento del tráfico en la AP-6 generador de la congestión que acaba de mencionarse no puede ser considerado, como la recurrente parece pretender, un hecho imprevisible que le libere de sus obligaciones como concesionaria; y no lo es porque, en una concesión con el dilatado plazo de duración previsto en los Decretos 129/1968 y 2583/1972, la normal estimación desde las reglas de la experiencia, o desde la lógica más elemental, conduce a considerar no sólo previsible, sino altamente probable, que la intensidad del tráfico experimentará un fuerte aumento a medida que vaya transcurriendo el plazo de vigencia de la concesión.

Por lo cual, ese problema de congestión de que se viene hablando y la necesidad de la concesionaria de arbitrar y aplicar soluciones para remediarlo ha de considerarse comprendido dentro del espacio propio del principio de riesgo y ventura que rige en materia de contratación administrativa.

3.- No puede compartirse el alegato de la recurrente de que las medidas cuyo pago reclama las llevó a cabo en cumplimiento de un requerimiento de la Administración y ante la pasividad de ésta en llevarlas a cabo, y, por esta razón, es la Administración quien debe asumirlas y no la concesionaria.

Ya se ha dicho que tales medidas son una consecuencia normal de las obligaciones de la concesionaria, por lo que las comunicaciones que en torno a las denuncias de los usuarios le dirigió la Administración deben considerarse como un mero recordatorio de sus obligaciones de concesionaria y no como un encargo distinto, autónomo e independiente de su propia concesión.

4.- La concesión adjudicada a CASTELLANA por el Real Decreto 1724/1999 es totalmente independiente de la que en su día fue adjudicada a IBERPISTAS, por lo que el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a ésta última no puede hacerse depender de las actuaciones que deban ser desarrolladas en virtud de aquella otra concesión”.

2.2. El instituto de la caducidad se aplica a los procedimientos específicos de resolución de contratos administrativos

La STS, Sec. 7ª, 28/6/2011, RC 3003/2009, desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra sentencia de TSJ estimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido por una Unión Temporal de

Empresas contra la resolución por la que se acordó resolver el contrato suscrito con dicha UTE, al estimar la Sala de instancia que el expediente administrativo había caducado. La Sala desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia toda vez que es jurisprudencia reiterada la de considerar aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos específicos de resolución de contratos administrativos y sin que a dicha jurisprudencia se puedan oponer, como pretende la recurrente, los argumentos y razonamientos empleados por tribunales inferiores para alcanzar pronunciamientos contrarios a la apreciación de la caducidad.

“Argumenta que en los referidos artículos se encuentra la regulación específica del procedimiento de resolución de contratos, sin que en ellos se contemple un plazo de naturaleza preclusiva para la resolución del procedimiento ni se prevea consecuencia alguna anudada a un eventual incumplimiento de dicho plazo. Niega que tal ausencia de previsión deba determinar, sin más, la aplicación con carácter supletorio de la norma general sobre la caducidad de los procedimientos administrativos por tratarse el procedimiento de resolución de contratos de un procedimiento especial y entiende que el legislador, al tiempo de regularlo, ya estableció suficientes garantías al objeto de evitar abusos, imponiendo al órgano de contratación la necesaria observancia de una serie de trámites y solicitud de informes preceptivos que, aún cuando se prevea que habrán de ser despachados de manera urgente y preferente, son susceptibles de demorar la resolución definitiva del contrato, exigencia que se aviene mal con la existencia de un plazo de caducidad. Cita en apoyo de su razonamiento, sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de las Illes Balears, de 8 de mayo de 2002.

El motivo de casación que acabamos de resumir no puede prosperar toda vez que es jurisprudencia reiterada de esta Sala la de considerar aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos específicos de resolución de contratos administrativos. En este sentido, se ha de destacar, entre otras y además de la ya citada por la Sala de instancia, la sentencia de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2007 (recurso de casación nº 7736/2004), en cuyo Fundamento de derecho cuarto se sostiene que “(...) *En consecuencia lo que procede habida cuenta de lo hasta aquí expuesto, es examinar si como mantiene el motivo se produjo la caducidad del expediente incoado para resolver el contrato, o, si lejos de ello, esa caducidad como sostuvo la Sentencia de instancia no tuvo lugar, al no tratarse el procedimiento iniciado para su declaración de un procedimiento independiente o autónomo sino de una incidencia de la ejecución del contrato y, por tanto, no sujeto al plazo de caducidad previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común*”.

2.3. Desistimiento tácito y unilateral de la Administración que obliga a indemnizar a la contratista

La STS, Sec. 7ª, 24/1/2012, RC 2247/2011, aprecia la existencia de una incongruencia omisiva al no pronunciarse la sentencia sobre la solicitud de indemnización por daños y perjuicios. El anuncio de licitación por un nuevo contrato supone un desistimiento

unilateral y tácito de la Administración, lo que supone la obligación de indemnizar en la cantidad señalada dentro del epígrafe 3 del art. 215 del Texto Refundido de la Ley de Contratos (10% del precio acordado y actualizado entre las partes respecto a las prestaciones contractuales pendientes de ejecución). Por ello, procede declarar extinguido el contrato que vinculaba a la Comunidad Autónoma de Madrid con la U.T.E. "PINEDA-LLAMBRICH, ARQUITECTES", con sus modificados posteriores hasta la fecha en que se produjo la resolución por desistimiento tácito de la Administración, sin perjuicio del pago verificado el 30 de diciembre de 2004, con imposición del pago por parte de ésta y a favor de la U.T.E. recurrente, de una cantidad indemnizatoria equivalente al 10% del precio acordado y actualizado entre las partes respecto a las prestaciones contractuales pendientes de ejecución, correspondientes a los trabajos de coordinación, supervisión y dirección de la ejecución de la obra, con los intereses legales aplicables desde la fecha de desistimiento, así como a los intereses por devolución de garantías prestadas; debiendo liquidarse estas cantidades en fase de ejecución de sentencia.

“SEXTO.- El hecho de que el cumplimiento de las prestaciones aún subsistentes condicionadas a la actuación de la Administración demandada, quedase frustrado como consecuencia del anuncio de 22 de septiembre de 2004 publicado por ésta en el BOCM, y que era incompatible con el anterior contrato en el sentido del art. 1.119 del Código civil, supone un desistimiento unilateral y tácito de la Administración, atribuible únicamente a ella, según lo prevenido en el art. 214 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio, como causa de resolución unilateral del contrato que impone como consecuencia la obligación de indemnizar en la cantidad señalada dentro del epígrafe 3 del art. 215 del mismo texto legal, con el abono al contratista del 10 por ciento del precio de los proyectos o trabajos pendientes de realizar en el momento en el cual se desistió.

Las resoluciones administrativas recurridas, en consecuencia, deben estimarse contrarias a Derecho y deben ser anuladas y dejadas sin efecto. En su lugar procede declarar extinguido el contrato que vinculaba desde el 8 de octubre de 1999 a la Comunidad Autónoma de Madrid con la U.T.E. “PINEDA-LLAMBRICH, ARQUITECTES”, con sus modificados posteriores hasta el 22 de septiembre de 2004, fecha en que se produjo la resolución por desistimiento tácito de la Administración, sin perjuicio del pago verificado el 30 de diciembre de 2004, con imposición del pago por parte de ésta y a favor de la U.T.E. recurrente, de una cantidad indemnizatoria equivalente al 10 % del precio acordado y actualizado entre las partes respecto a las prestaciones contractuales pendientes de ejecución, correspondientes a los trabajos de coordinación, supervisión y dirección de la ejecución de la obra, con los intereses legales aplicables desde la fecha de desistimiento, así como a los intereses por devolución de garantías prestadas; debiendo liquidarse estas cantidades en fase de ejecución de sentencia dada la inexistencia en la documentación aportada a los autos de elemento acreditativo alguno que permita conocer el alcance de los mismos, debiendo ser desestimadas las restantes pretensiones planteadas, así como las cuantías reclamadas por la recurrente en el suplico de la demanda, en cuanto no se ajustan a este contenido, sin que tampoco pueda estimarse la referencia de cálculo efectuada por la UTE a la convocatoria de la licitación en la que ella no fue parte”.

2.4. Resolución de contrato de obras. Sentencia del TSJ que anula la resolución por falta de informe preceptivo ni del Consejo de Estado ni del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Inexistencia de esa exigencia procedimental, al haber sido el adjudicatario de la obra quien solicitó la resolución

STS, Sec. 7ª, 9/1/2012, RC 1523/2009. La Abogacía del Estado afirma que la sentencia recurrida entiende que era procedente el dictamen omitido, por cuanto existía oposición del contratista, no tanto frente a la resolución, como frente a sus consecuencias (liquidación), que fue dictada con posterioridad. La Sala comparte este razonamiento y afirma que efectivamente la Sentencia de instancia, ha confundido, al no distinguirlos correctamente, la resolución del contrato administrativo, con los efectos que derivan de la resolución como es la liquidación. Resulta necesario, por tanto, que sea la Administración la que pretenda la resolución del contrato, y que el contratista se oponga a esta pretensión para que pueda deba solicitarse el informe al Consejo de Estado. Únicamente podría prescindirse del trámite referido, cuando exista por parte del contratista una actitud de asentimiento, conformidad o aquiescencia, de forma expresa o tácita, con el acuerdo de resolución contractual, hecho que no ha ocurrido en el caso de autos, ya que la oposición del recurrente en la instancia venía referida a los efectos de la resolución del contrato. De hecho, la parte había interpuesto el correspondiente recurso contra la liquidación definitiva del contrato efectuada por la Administración. Finalmente la Sala señala que existían dos causas para la resolución contractual por lo que debía haberse aplicado de manera preferente la primera en el tiempo y que junto a la resolución debe determinarse la devolución de las garantías.

“La Administración declara la resolución del contrato si concurre alguna de las causas prevista en el art. 111 en art. 149 del TRLCAP. El expediente para la resolución del contrato, según dispone el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, en la redacción vigente al tiempo de dictarse la resolución recurrida, puede iniciarse: de oficio por la Administración, y en tal caso se deberá dar audiencia por plazo de 10 días naturales al contratista, para que muestre su conformidad o disconformidad con la resolución del contrato; o a instancia del propio contratista, como fue el caso. Es en esta fase donde puede opera la oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, y en tal supuesto será necesaria ex art. 59.3º,a) del citado texto el preceptivo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En el caso de autos la resolución fue a instancia del propio contratista; por lo que no había oposición a la resolución del contrato.

En resolución aparte, resolución que puede ser sucesiva o simultánea (si las obras deben ser continuadas por otro contratista o por la Administración), se determinan los efectos que derivan de su resolución según dispone el art. 151 de la TRLCAP. La oposición del recurrente en la instancia venía referida a los efectos de la resolución del contrato, siendo que la parte había interpuesto el correspondiente recurso contra la liquidación definitiva del contrato efectuada

por la Administración, dando lugar al Recurso Contencioso-administrativo que se seguía ante la Sala de Instancia con el nº 2483/2006. Procede por tanto estimar el recurso de casación, al haber interpretado y aplicado incorrectamente la Sentencia de instancia los artículos 59.3º,a) y 149 y 151 de TRLCAP.

SEXTO.- La estimación del citado motivo comporta haber lugar al recurso de casación, por lo que nos corresponde seguidamente resolver sobre el objeto del proceso en los precisos términos en que había sido planteado en la instancia, ex artículo 95.2.d) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En primer lugar alegaba el contratista que la resolución del contrato era nula de pleno derecho, al haberse omitido el informe preceptivo del Consejo de Estado al amparo del artículo 59.3º de la LCAP, informe que no se considera necesario por las razones expuestas en el fundamento de derecho anterior.

SÉPTIMO.- En segundo lugar, siguiendo un orden distinto al propuesto por el recurrente en la instancia, debemos analizar por qué causa debió resolverse el contrato.

La UTE RÍO NALÓN solicitó de la Administración en el escrito de fecha 2 de agosto de 2005 (documento nº 161 del Expediente Administrativo) la resolución del contrato por causas no imputables al contratista, solicitando en primer término la resolución al amparo de la letra c) del art. 149 del LCAP, relativo a la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses, y en segundo lugar al amparo de la letra d) del art. 149 de la LCAP, relativo a modificación del proyecto inicial en un porcentaje superior al 20%.

El acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN) de fecha 7 de diciembre de 2.005 resolvió el contrato de construcción de colector interceptor general del Río Nalón, tramo Las Caldas-Soto del Rey, saneamiento del Río Gafo, terminación del saneamiento de la cuenta del Río Nalón, TT. MM de Oviedo y Ribera de Arriba (Asturias), al concurrir la causa de la letra d), sin motivar o explicar por qué entendía que no concurría la causa de la letra c), siendo que dicha cuestión no era irrelevante, pues determinaba el derecho del contratista a percibir una mayor indemnización.

Obra acreditado en las actuaciones la paralización de las obras desde el mes de agosto de 2004, certificación nº 22 a certificación nº 28 por importe de cero euros, sin que a partir de dicha fecha se emitieran mas certificaciones de obra. Además en la contestación a la demanda el Abogado del Estado no niega que existiera esa paralización de obras imputable a la Administración, es en fase de conclusiones, cuando indica que la paralización de las obras era imputable al contratista.

La paralización de las obras imputable al contratista es también causa de resolución del contrato, y conforme al art. 113 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, determina que sea el contratista el que deba indemnizar a la Administración. La propia Administración, al dictar la resolución recurrida, aceptó y reconoció que no existían causas de resolución del contrato imputables al contratista, por lo que no puede la Administración en fase

de conclusiones pretender que la causas de resolución son imputables al contratista.

En el contrato de autos existían dos causas de resolución, que producían efectos económicos distintos, la paralización de las obras por período superior a ocho meses y la modificación del proyecto inicial en un porcentaje superior al 20%. La primera causa de resolución en el tiempo fue la paralización de las obras, por lo que debió de aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido primero desde el punto de vista cronológico, por lo que procede estimar la anterior alegación”.

2.5. La indemnización por el beneficio industrial

STS, Sec. 4ª, 27/5/2009, RC 4580/2006. Recurso de casación contra sentencia que reconoce el derecho de los recurrentes a que se efectúe a su favor la adjudicación del concurso relativo a la consultoría y asistencia técnica de "redacción del proyecto de coordinación en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto, redacción del estudio de seguridad y salud, dirección de obras y coordinación en seguridad y salud durante la ejecución de las obras de recuperación de los patios del Cardenal, de la Fuente y de las Flores y accesos en el Hospital de las Cinco Llagas de Sevilla". Desestimación, pues no resulta que la interpretación llevada a cabo por la Sala de instancia del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en un juicio de estricto razonamiento jurídico, que no invade aspecto alguno de discrecionalidad técnica, sea irrazonable, sino que atiende a la literalidad de los Pliegos. Por otra parte, el beneficio industrial abarca el beneficio dejado de obtener, no el importe total del contrato o su precio ni tampoco un porcentaje aleatoriamente interesado por el contratista afectado.

UNDÉCIMO.- El derecho al resarcimiento del daño derivado de la imposibilidad de ejecución de la sentencia por haberse ya materializado las obras constituye el fundamento de la resolución.

La sentencia es explícita en cuanto determina que el derecho a indemnizar es "el importe del beneficio que pudo haber obtenido de habersele adjudicado el contrato". El concepto de "beneficio industrial" ha sido y está reconocido en nuestra normativa contractual como acabamos de exponer. Abarca por tanto el beneficio dejado de obtener no el importe total del contrato o su precio ni tampoco un porcentaje aleatoriamente interesado por el contratista afectado.

Y tal beneficio no puede ser distinto en lo que se refiere al licitador que habiendo sido reconocido como adjudicatario de un contrato no puede ejecutarlo por haber agotado aquel su eficacia en contraposición al contratista que había sido adjudicatario de un contrato sufre el desistimiento de la administración.

Los efectos han de ser iguales en ambos supuestos con amparo en los preceptos citados en el fundamento anterior aplicables en función de la normativa vigente en cada momento.

Cuestión distinta es que, como afirma la jurisprudencia, si se alegan y, por ende se justifican, unos daños realmente causados hubiere, además, derecho a su cuantificación. No es necesario, por tanto, la justificación del daño que reclama la parte administración recurrente al esgrimir los preceptos sobre responsabilidad patrimonial.

Las sentencias de 26 de abril de 1994, recurso de apelación 546/1991 y 2 de febrero de 1995, recurso de apelación 2616/1988 referidas a un contrato de gestión de servicios públicos y a un contrato de suministro, respectivamente coinciden literalmente en afirmar que la indemnización debe quedar reducida al 6%, a determinar en período de ejecución de sentencia, al no haberse alegado la existencia de daños, siguiendo así una jurisprudencia anterior de 22 de septiembre de 1988 y 9 de octubre de 1990.

Si tal porcentaje lo aplica la Sala de instancia sobre el precio del contrato, aceptado en su cuantificación por ambas partes como se concluye de los distintos escritos que figuran en el incidente de ejecución, no ofrece duda que la sentencia no vulnera los preceptos esgrimidos.

No prospera el último motivo del recurso”.