



Roj: **STS 4956/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4956**

Id Cendoj: **28079130032023100187**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **16/11/2023**

Nº de Recurso: **1057/2021**

Nº de Resolución: **1451/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 8731/2020,**
ATS 1388/2022,
STS 4956/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.451/2023

Fecha de sentencia: 16/11/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1057/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/10/2023

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 1057/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1451/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente



D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

En Madrid, a 16 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1057/2021, interpuesto por Befesa Construcción y Tecnología Ambiental, S.A., Ocide Construcción, S.A. (UTE Terciario Alcoy), representada y defendida por la procuradora D.^a Susana Pérez Navalón y bajo la dirección letrada de D. Fernando Cacho Barbeira, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 16 de diciembre de 2020 en el recurso de apelación número 1079/2018. Es parte recurrida Estación Depuradora de Aguas Residuales de Alcoy, representada y defendida por la Sra. Abogada de la Generalitat Valenciana.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de junio de 2018 la Magistrada-Jueza del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de Valencia dictó sentencia por la que se estimaba parcialmente el recurso promovido por Befesa Construcción y Tecnología Ambiental, S.A., Ocide Construcción, S.A. (UTE Terciario Alcoy) contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación que había formulado ante la entidad pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana el 21 de diciembre de 2015 instando la resolución del contrato de obras de construcción de tratamiento terciario en la Estación Depuradora de Aguas Residuales de Alcoy (Alicante) para reutilización de las aguas para uso industrial y reclamando por dicha liquidación de contrato, junto con los daños y perjuicios ocasionados, un importe total de 3.156.838,87 euros. La citada sentencia reconocía como situación jurídica individualizada el derecho de la UTE a ser indemnizada en los siguientes conceptos: 1.740.858,34 euros en concepto de obra ejecutada pendiente de certificar y revisión de precios pendiente de abono; 215.532,30 euros en concepto de sobrecostes de avales y seguros; 751.290.334 euros en concepto de sobrecostes de gastos indirectos, más el correspondiente interés legal.

Recurrida en apelación dicha sentencia por la Estación Depuradora de Aguas Residuales de Alcoy, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó en parte el recurso por sentencia de 16 de diciembre de 2020. Esta resolución judicial condena a la Administración demandada en la cantidad de 205.319,01 euros en concepto de sobrecostes de gastos indirectos y de avales y seguros, además de la cantidad de 1.740.858,34 euros y sus intereses legales en concepto de obra ejecutada reconocida en la sentencia apelada, más los intereses legales desde la fecha de la notificación de la sentencia dictada en primera instancia con relación a la suma de 205.319,01 euros.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia de apelación a las partes, la apelada presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de apelación de fecha 11 de febrero de 2021, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución se ha dictado auto de 3 de febrero de 2022 por el que se admite el recurso de casación, precisando que las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son: 1, la necesidad de confirmar, matizar o precisar la jurisprudencia existente, en supuestos en contratos de obras, en cuanto a la incidencia de la aprobación de un modificado del proyecto con un incremento significativo del precio del contrato, y su efecto en orden a excluir la indemnización de los daños y perjuicios causados por la suspensión producida durante el curso de la ejecución de las obras; y 2, si, con independencia de la imputabilidad a la Administración de la necesidad de tramitar y aprobar un modificado del proyecto, el ejercicio de dicha potestad opera como límite al principio de riesgo y ventura del contratista.

En la resolución se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 102.2 y 113.3 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 (actualmente los artículos 208 y 213 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), en relación con los artículos 1101 y 1124 del Código Civil.



CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, que ha presentado su escrito en el que tras desarrollar sus argumentaciones suplica que previos los trámites que procedan en Derecho, en su día se dicte sentencia por la que:

"i. Estime el Recurso de casación y case la Sentencia recurrida, anulándola y dejándola sin efecto, con condena en costas a la parte demandada y ahora recurrida;

ii. Como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y entre al examen del fondo del asunto; y

iii. Desestime íntegramente el recurso de apelación nº 1079/2018 interpuesto por la EPSAR y, reconozca, en los mismos términos acordados en la Sentencia nº 164/18 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Valencia, *el derecho de la UTE Terciario Alcoy al abono de la cantidad de 786.822,64€, de principal, más los correspondientes intereses que procedan, en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados de los sobrecostes sufridos*; los cuales se desglosan en:

- El importe de 571.2990,34€ en concepto de sobrecostes de gastos indirectos y;

- En el importe de 215.532,30€ en concepto de sobrecostes de vales y seguros."

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, que ha presentado en el plazo otorgado el escrito de oposición, en el que solicita que después de los trámites oportunos se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, declarando en todo caso que la sentencia se ajusta a derecho.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 4 de julio de 2023 se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 24 de octubre del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

SÉPTIMO.- Asume la ponencia del presente recurso el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado en sustitución del ponente anteriormente designado, el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, quien formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada y los hechos probados.

Se interpone recurso de casación contra la sentencia de 16 de diciembre de 2020, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de apelación número 1079/2018, que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de Estación Depuradora de Aguas Residuales de Alcoy (Generalitat Valenciana) contra la sentencia 164/2018, de 5 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Valencia en el procedimiento ordinario nº 86/2017.

El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 3 de febrero de 2022, que declaró de interés casacional: 1, la necesidad de confirmar, matizar o precisar la jurisprudencia existente, en supuestos en contratos de obras, en cuanto a la incidencia de la aprobación de un modificado del proyecto con un incremento significativo del precio del contrato, y su efecto en orden a excluir la indemnización de los daños y perjuicios causados por la suspensión producida durante el curso de la ejecución de las obras; y 2, si, con independencia de la imputabilidad a la Administración de la necesidad de tramitar y aprobar un modificado del proyecto, el ejercicio de dicha potestad opera como límite al principio de riesgo y ventura del contratista.

SEGUNDO.- Las alegaciones de la recurrente.

Alega la recurrente en su escrito de interposición del recurso de casación que la sentencia impugnada sólo reconoce a la UTE recurrente los daños y perjuicios derivados suspensión de fecha 10 de junio de 2011, por la falta de las certificaciones, que originó la resolución del contrato, pero rechaza la responsabilidad de la Administración, rechazando la responsabilidad de la Administración por los daños y perjuicios ocasionados desde el inicio del contrato en el año 2006, ocasionados por la suspensión acordada durante la tramitación y aprobación del modificado y de las sucesivas prórrogas del contrato, motivadas por causas siempre imputables a la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana (EPSAR).

En particular se refiere a los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras por la tramitación de un modificado, pues la aprobación del modificado es perfectamente compatible con un incremento significativo del precio del contrato, puesto que se trata de conceptos distintos no compensables, ya que al derivar el



modificado del ius variandi de la Administración enerva el principio de riesgo y ventura al que queda sometido el contratista, como se deduce de los artículos 102.2 y 113.3 del TRLCAP, en relación con los artículos 1101 y 1124 del Código Civil y de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que ha reconocido que la aceptación de los modificados por el contratista es perfectamente compatible con la posterior reclamación de daños y perjuicios, así como del artículo 6.2 del Código Civil, en relación con el artículo 7.1 del TRLCAP, todos los cuales han sido infringidos por la sentencia recurrida:

i) Infracción del artículo 102.2 del TRLCAP. Alega la parte recurrente que se han producido dos suspensiones de la obra, la primera entre el 2 de febrero de 2007 y el 14 de julio de 2008 por la tramitación y aprobación de un modificado y la segunda entre el 2 de octubre de 2009 y el 21 de mayo de 2010, provocada por problemas de estabilidad de un talud a causa de unas lluvias, que hizo imposible continuar las obras sino se protegía el talud.

La sentencia recurrida deniega el derecho de la UTE a resarcimiento de los daños y perjuicios producidos durante la primera suspensión de la obra, acordada para la tramitación del modificado, por el simple hecho de que la modificación supone un aumento de la obra a ejecutar y, en consecuencia, del precio, que no da lugar a indemnización alguna debido a unas supuestas "ventajas" que el contratista obtiene de tal incremento.

Con esta fundamentación la sentencia impugnada infringe el artículo 102.2 del TRLCAP, que no ha exceptuado de indemnización los daños y perjuicios que deriven de la suspensión por la tramitación y aprobación de un modificado, ni tampoco ha condicionado el derecho a la indemnización únicamente a aquellos casos en los que exista una causa única y exclusivamente imputable a la Administración.

ii) Infracción del artículo 113.3 del TRLCAP, en relación con los artículos 1101 y 1124 del Código Civil, así como la abundante jurisprudencia aplicable en relación con los límites al principio de riesgo y ventura. Advierte la parte recurrente que, aunque los contratos se celebran a riesgo y ventura del contratista, existen excepciones cuando los daños sean responsabilidad de la Administración, e incluso cuando se deriven de circunstancias ajenas a la misma (y no sean imputables al contratista), que generan la obligación de compensar al contratista por los daños que se le puedan provocar.

En este caso, desde el inicio de las obras se produjeron una serie de causas y circunstancias totalmente ajenas a la UTE y, en todo caso, imputables a la deficiente gobernabilidad del contrato por parte de EPSAR, que provocaron que la ejecución de la misma haya sufrido numerosos retrasos, paralizaciones, suspensiones y ampliaciones de plazo de finalización de las obras, generándose unos graves daños y perjuicio a la UTE en concepto de sobrecostes.

Tanto es así que una obra que debía ejecutarse en 14 meses, según lo previsto en el contrato, se prolongó hasta 56 meses.

El artículo 113.3 del TRLCAP establece expresamente que el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista, sin que el precepto acote la indemnización a ningún momento temporal como hace la sentencia recurrida, que toma como *dies a quo* de los daños y perjuicios la fecha de la suspensión definitiva de la obra, haciendo una aplicación del principio de riesgo y ventura absolutamente amplia y desmesurada que exonera a la Administración de cualquier responsabilidad.

Tal interpretación, poco acertada, de la sentencia impugnada parece dar a entender que el contratista debe asumir sin límites cualquier riesgo derivado del contrato, ya sea derivado de las suspensiones por la necesidad de aprobar un proyecto de modificado, ante las indefiniciones e incorrecciones que presentaba el proyecto, por causas ajenas al contratista (los problemas de estabilidad del talud por causa de las lluvias) o derivado de las sucesivas prórrogas acordadas por la Administración por causas no imputables a la UTE.

La sentencia impugnada no ha tenido en cuenta la jurisprudencia de esta Sala que establece que el riesgo y ventura no incluye las alteraciones que sean debidas al ejercicio del ius variandi de la Administración, que han de ser indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas. En este sentido, la sentencia impugnada infringe también el artículo 1101 del Código Civil, que impone que el principio de riesgo y ventura es compatible con la posibilidad de exigir la indemnización por los daños y perjuicios que se deriven de los incumplimientos de la Administración.

iii) Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha reconocido la compatibilidad entre la ejecución de un modificado, cuya aprobación ha devenido necesaria por causas imputables a la Administración o a circunstancias externas y a cuya ejecución queda obligado, con la posterior reclamación de daños y perjuicios. La sentencia impugnada infringe la jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo en relación con la compatibilidad de los modificados y la indemnización de daños y perjuicios. La UTE reclama los daños producidos durante la suspensión del contrato mientras se tramitaba y aprobaba el modificado, además de



los sobrecostos derivados de las distintas ampliaciones del plazo derivadas estrictamente de la demora en la aprobación de dicho modificado.

Cita al respecto diversas sentencias de esta Sala sobre la compatibilidad entre la aceptación de los modificados y la posterior reclamación de daños y perjuicios.

iv) Infracción por la sentencia recurrida del artículo 6.2 del Código Civil en relación con el artículo 7.1 del TRLCAP. El citado precepto del Código Civil habilita la posibilidad de renunciar a los derechos que la norma reconoce cuando la renuncia no sea contraria al orden público ni perjudique a terceros. Cita también sentencias de este Tribunal que señalan que las renunciaciones no se presumen, y debe ser expresa, de lo que se sigue, como resulta también de la jurisprudencia de esta Sala, que para que la aceptación de un modificado suponga una renuncia al resarcimiento de daños ha de darse la circunstancias de que conste expresamente dicha renuncia o se infiera de una interpretación de hechos razonables.

Por todo ello, cuando la sentencia impugnada deniega la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la suspensión durante la tramitación y aprobación del modificado en base a que interpreta que la UTE ya se habría visto resarcida con el incremento y las supuestas "ventajas" que le produce el modificado, está dando a entender que la UTE, al aceptar el modificado, estaría supuestamente renunciando al derecho de reclamar los daños y perjuicios que se le han irrogado, todo ello con infracción del artículo 6.2 del CC, habida cuenta de que la UTE no ha renunciado expresa e inequívocamente a dicho derecho.

El consentimiento de un acto administrativo consistente en un modificado, o de una suspensión temporal o una prórroga del plazo de ejecución de las obras no implica, en ningún caso, renunciar al derecho a reclamar los daños y perjuicios que se hayan irrogado como consecuencia de la tramitación y aprobación del modificado, suspensiones o prórrogas, mientras no haya prescrito el derecho a su ejercicio.

La parte recurrente finaliza su escrito de interposición solicitando a la Sala que, en aplicación de los anteriores criterios, dicte sentencia en los términos que se recogen en el antecedente de hecho cuarto de esta sentencia.

TERCERO.- Alegaciones de la parte recurrida.

Señala en su escrito de oposición que la recurrente, en contra de lo declarado en la sentencia impugnada, considera que el incumplimiento del plazo contractual es responsabilidad de la EPSAR, cuando la sentencia impugnada solo reconoce el incumplimiento de la Administración desde la suspensión de 10 de junio de 2011.

Añade que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime en relación con la incidencia que tiene la aprobación de los modificados en los contratos de obras en orden a la indemnización de daños y perjuicios causados por la suspensión, así como en relación a si el ejercicio del *ius variandi* de la Administración limita o enerva el principio de riesgo y ventura al que está sometido el contratista.

Las sentencias de esta Sala que cita señalan que la cuestión del alcance del modificado ha de analizarse caso por caso, de forma que el análisis de las circunstancias acaecidas en cada caso concreto determinará la estimación o desestimación de la indemnización pretendida.

Sostiene la parte recurrida que las cuestiones objeto de debate se deben resolver tras el análisis caso por caso y en atención a las circunstancias concretas que determinarán la adopción de la resolución que proceda, y de ello se deriva, de un lado, que las sentencias citadas por la parte recurrente no pueden sustentar su pretensión, al ser sus pronunciamientos el resultado del análisis de lo allí acontecido y, de otro lado, que la sentencia de instancia no adolece de las infracciones normativas y jurisprudenciales alegadas, al ser su pronunciamiento el resultado del análisis de los hechos acreditados que han acontecido.

Se refiere seguidamente la parte recurrente a distintos apartados de la sentencia impugnada, que indica que las suspensiones de las obras fueron aceptadas por el contratista como no imputables a la responsabilidad de la Administración, y reconoce la propia sentencia que los distintos eventos que dieron lugar a la suspensión de la ejecución anteriores a la suspensión de 10 de junio de 2011 se producen por causas ajenas a la voluntad de la Administración.

En relación con el alcance del modificado, entiende la parte recurrida, al amparo de la doctrina jurisprudencial expuesta, que deben analizarse las circunstancias y características de dicho modificado y, en particular, si la suspensión impedía o no la continuación de las obras y si la tramitación y aprobación del mismo obedece o no a causas ajenas a la voluntad de la EPSA, señalando al respecto que la suspensión por el modificado no fue total sino parcial, de forma que no impedía la continuación de la obra, la modificación representaba una alteración sustancial del proyecto, que afectaba a más del 30% del precio, por lo que no eran obligatorias para el contratista, de acuerdo con el artículo 112.2 del TRLCAP y este, lejos de instar la resolución del contrato, aceptó la modificación sin reserva alguna, por lo que razonablemente si cabe interpretar que, en este caso,



la aceptación del modificado por parte del contratista si supuso una renuncia al derecho al resarcimiento de daños.

Por todo ello la parte recurrida considera que, en lo que se refiere a la suspensión relacionada con el modificado, no hay incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte de la EPSAR, a diferencia de la suspensión a partir del 10 de junio de 2011, relacionada con la demora en el pago de las certificaciones, causante de la tramitación de resolución del contrato.

CUARTO.- Delimitación de la controversia entre las partes.

En su escrito de demanda, la UTE Terciario Alcoy solicitó la condena de la Administración demandada al pago de 3.156.838,87 euros, por los siguientes conceptos:

- Obra ejecutada durante el contrato: 1.405.327,20 euros.
- Revisión de precios pendiente de abono: 33.398,70 euros.
- Indemnización de daños y perjuicios por los retrasos imputables a la Administración (sobrecostes de gastos indirectos): 1.502.580,67 euros.
- Indemnización de daños y perjuicios por los retrasos imputables a la Administración (sobrecostes financieros): 215.532,30 euros.

A los efectos de delimitar las cuestiones sobre las que versa este recurso de casación, debe señalarse que los dos primeros conceptos reseñados fueron estimados íntegramente por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, reconociendo el derecho de la UTE demandante a ser indemnizada por las cantidades reclamadas por dichos conceptos más el IVA correspondiente (en total, 1.740.858,34 euros), cantidad esta que fue aceptada como adeudada por la Administración demandada en el recurso de apelación y reconocida por ello en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo aquí impugnada.

Las cuestiones controvertidas entre las partes, tanto en el recurso de apelación como en esta casación, se limitan, por tanto, a la reclamación de la UTE Terciario Alcoy en concepto de indemnización de daños y perjuicios por los retrasos y paralizaciones en la ejecución de las obras que considera imputables a la Administración, tanto por sobrecostes de gastos indirectos (1.502.580,67 euros) como por costes financieros tales como avales y seguros (215.532,30 euros).

Examinamos seguidamente lo razonado y decidido por las sentencias del Juzgado y de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Comunidad Valenciana en relación con dos cuestiones a que acabamos de hacer referencia.

QUINTO.- La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Valencia.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 efectuó la siguiente narración de hechos, que fue aceptada de forma expresa por la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que resolvió el recurso de apelación contra la anterior:

"Examinado el expediente deben destacarse los siguientes hechos relevantes:

- en fecha 26/9/2006 se adjudica a la UTE BEFESA-OCIOE el contrato de obras de construcción de tratamiento terciario en la EDAR de Alcoy para reutilización de aguas de uso industrial, por importe de 10.116.038,53 euros y plazo de ejecución de 14 meses, formalizándose el contrato el 20 de octubre
- el 20/11/2006 se firma el acta de comprobación de replanteo, destacando la necesidad de aprobar una modificación del contrato y consiguiente suspensión de las obras afectada, iniciándose las obras no afectadas por la suspensión
- el 7/11/2007 se aprueban las modificaciones introducidas en el proyecto modificado 1, suponiendo un incremento del 49,22%, 4.978.793,38 euros
- el 8 de enero y 14 de julio 2008 se levanta la primera suspensión temporal parcial
- en fechas 2 de marzo y 31 de julio 2009 se acuerdan 2 prórrogas del contrato de duración 6 meses cada una
- el 2 de diciembre 2009 se acuerda la segunda suspensión temporal parcial motivada por desplome de talud por lluvias, levantándose la suspensión el 21 de mayo 2010.
- el 22 de octubre 2010 se acuerda una tercera prórroga de duración 6 meses, y el 20 de abril 2011 se acuerda una 4ª prórroga de idéntica duración
- el 10 de mayo 2011 la UTE solicita la suspensión del contrato ante el impago de las certificaciones de obra por la administración, ex art 99,5 LCAP, acordándose la suspensión el 10 de junio 2011.



- el 20 de junio 2011 se autoriza la puesta en servicio de parte de las obras sin recepción formal
- el 11 de septiembre 2013 la UTE solicita la resolución contractual ante la demora en el pago de las certificaciones y que se abonen las obras ejecutadas, materiales acopiados, costes indirectos e indemnización daños y perjuicios.
- abonadas las certificaciones la Epsar remite escrito a la UTE el 7/8/2015, para que manifieste su disposición o no a continuar con el contrato, presentándose escrito el 1/9/2015, comunicando la inviabilidad de la ejecución del contrato, instando la resolución por causa imputable a la EPSAR ante el incumplimiento de las obligaciones del contrato
- en fecha 21 de diciembre 2015 se presenta escrito solicitando nuevamente la resolución contractual y reclamación de cantidad correspondiente a liquidación del contrato mas daños y perjuicios desglosadas en las siguientes cantidades:
daños y perjuicios: 1.718,112,97 euros
obras adicionales durante la ejecución del contrato: 1.405.327,20 euros mas IVA
revisión de precios pendientes de abono: 33.398,70 euros mas IVA
Mas actualización de importes
- en fecha 7/3/2016 se requiere justificación documental al contratista, presentándola en escritos de fechas 11/5/2016 y 14/7/2016
- en fecha 14 de diciembre 2017 se dicta propuesta de resolución del contrato conforme a lo dispuesto en los arts. 111.f y 99.6 TRLCAP por falta de pago por parte de la administración en el plazo de ocho meses ,de acuerdo con lo solicitado por la contratista en su escrito de fecha 11 de septiembre de 2013. Se ordena que se proceda a la recepción de la obra efectuada por el contratista y posterior liquidación del contrato en los siguientes términos:
- obra ejecutada pendiente de certificar. 1.405.327,20 euros (IVA excluido)
295.118,71 euros (IVA 21%)
- revisión de precios pendiente de abono 36.398,70 euros (IVA excluido)
7.013,73 euros (IV 21%)
- Total en concepto de liquidación de obras 1.740.858,34 euros.

Dado que el contrato se resuelve por causa no imputable al contratista no precede decretar la perdida de las garantías constituidas en su día debiendo procederse a su devolución.

Se acuerda la continuación de las obras por otro empresario, a cuyo efecto, deberá iniciarse el correspondiente expediente de contratación

- En fecha 17 de enero se emite dictamen 18/2018 del CJC"

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Valencia, tras exponer los hechos que considera probados, procedió al examen de dos informes periciales aportados por la UTE demandante, y en base a ellos estimó acreditado que las cantidades reclamadas en concepto de indemnización de daños y perjuicios por sobrecostes de gastos indirectos y gastos financieros estaban registradas en la contabilidad de la UTE y habían sido efectivamente abonadas por esta a proveedores y acreedores entre 2007 y 2015.

Seguidamente examinó el Juzgado de lo Contencioso quien debía ser declarado responsable de los retrasos y paralizaciones que originaron los gastos reclamados.

En resumen, los retrasos y paralizaciones consistieron en dos suspensiones y cuatro prórrogas del contrato de obra.

El Juzgado analizó en primer lugar los daños y perjuicios ocasionados por la primera suspensión de las obras. Señala al respecto que la primera suspensión "derivó de la necesidad de un proyecto modificado que implicó un incremento un 49,22% del coste de la obra con el consiguiente beneficio de la UTE", por lo que excluyó la responsabilidad de la EDAR (la Estación Depuradora de Aguas Residuales de Alcoy).

A la misma conclusión de exclusión de responsabilidad de la EDAR llegó la sentencia del Juzgado de Valencia respecto de la segunda suspensión, provocada por problemas de estabilidad de un talud a causa de las lluvias.

Respecto de las cuatro prórrogas, dice la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que "tampoco puede atribuirse la responsabilidad a la EDAR. La primera se concedió por problemas de la UTE para



la conexión de la línea eléctrica y las dos últimas por problemas de ejecución del contratista. En cualquier caso todas estas incidencias fueron consensuadas con la UTE".

Seguidamente la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo tiene en cuenta el dictamen del Consejo Jurídico Consultivo (CJC) de la Comunidad Valenciana, que expone que no puede avalarse la posición de EPSAR, ya que la dilatada tramitación del procedimiento (se refiere al procedimiento de resolución del contrato) no excluye ni enerva la obligación de abonar intereses de las cantidades que deba percibir el contratista, añadiendo que el referido informe "tampoco comparte la posición de la UTE de reclamar cualquier coste por aquella demora sin atender a que en parte también fue motivada por su postura procedimental".

Después de los razonamientos anteriores, de indicar que "una vez que no se ha encauzado la resolución del contrato por la vía del mutuo acuerdo" y teniendo por acreditado que las cantidades reclamadas fueron reflejadas en la contabilidad de la recurrente y abonadas, concluye la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Valencia que "se estima conveniente atemperar los efectos de la resolución y reducir el importe reclamado en un 50% (751.290,34 euros)".

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios por sobrecostes financieros (seguros y avales), la sentencia reconoce íntegramente la cantidad reclamada por este concepto de 215.532,30 euros.

SEXTO.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

La Estación Depuradora de Aguas Residuales de Alcoy interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, y solicitó su anulación, sin perjuicio de admitir en su escrito la procedencia de algunos conceptos indemnizatorios (las obras ejecutadas y revisiones de precios a cuya aceptación íntegra antes hemos hecho referencia, indemnización de daños y perjuicios por importes de 51.123,97 euros por sobrecostes financieros y 47.918,86 euros por sobrecostes indirectos).

Tras el traslado del recurso, la UTE Terciario Alcoy presentó escrito de oposición en el que solicitó la desestimación del recurso de apelación y la confirmación íntegra de la sentencia apelada.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Comunidad Valenciana abordó las cuestiones que planteaba la reclamación de daños y perjuicios de la UTE por los retrasos y paralizaciones de las obras, teniendo en cuenta a quien debía imputar dichos retrasos, a partir de los hechos probados de la sentencia apelada, que fueron expresamente aceptados.

Así la sentencia dictada en apelación diferenció dos períodos en la producción de daños y perjuicios por las paralizaciones y retrasos de las obras. De un lado, el período que va desde el inicio de las obras en el año 2006 hasta el acta de suspensión de las obras el 10 de junio de 2011, en el que los retrasos y paralizaciones de las obras fueron debidos, según la sentencia apelada, a la UTE recurrente y de otro lado, el período que se inicia en el acta de suspensión de 10 de junio de 2011, a partir de cuyo momento los retrasos deben imputarse a la Administración, pues la causa de dicha suspensión fue el incumplimiento EPSAR de falta de pago de las certificaciones de obra por tiempo superior a 8 meses, prevista en el artículo 111.f) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Por lo que se refiere a los daños y perjuicios ocasionados a la UTE desde el inicio de las obras hasta el 11 de junio de 2011, la sentencia de apelación parte de la declaración de hechos probados de la sentencia apelada y de las distintas causas de que provocaron la suspensión de las obras, que la sentencia apelada imputó a la UTE contratista. En este punto la sentencia de apelación califica a la sentencia apelada de "poco congruente", pues a pesar de esa imputación de los retrasos y paralizaciones al contratista, sin embargo procede a un reparto de responsabilidades y estima, en coherencia con las valoraciones de los elementos probatorios de la sentencia apelada, que debe admitirse que no ha habido responsabilidad de la Administración en dichos retrasos y demoras anteriores al 11 de junio de 2011 y se deben cargar al contratista de acuerdo con el principio de riesgo y ventura que rige la contratación de este tipo de obras.

La sentencia de apelación hace especial referencia a la primera suspensión por causa de una modificación del proyecto que supuso un incremento de obra de 49,22%, y reitera los razonamientos de la sentencia apelada sobre esta concreta paralización, estimando que "no da lugar a la indemnización por las ventajas que la contratista obtiene de tal incremento".

Respecto de las demás paralizaciones y retrasos anteriores a la suspensión de 11 de junio de 2011, la sentencia de apelación, nuevamente sobre la base de los hechos declarados probados y valoraciones de la sentencia apelada, considera que se produjeron "como consecuencia de circunstancias imprevistas, o por imprevisiones del contratista, o bien a causa de suspensiones por conveniencia de las dos partes contratantes que no deben



dar lugar a reparación resarcitoria al suponer ventajas no solo de la Administración sino también de la empresa ejecutante de las obras, como así se destaca en la apelada, conviniéndose en mutuo provecho de las partes contratantes y debiéndose estar a los actos propios del contratista, la buena fe y confianza legítima que le vinculan".

Rechazada por las razones que se han indicado la indemnización reclamada por daños y perjuicios anteriores al 11 de junio de 2011, la sentencia de apelación aceptó, por el contrario, la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por las paralizaciones y retrasos posteriores a dicha fecha, sin ninguna reducción respecto de lo reclamado, tanto por sobrecostes de gastos indirectos (alquileres, personal de mantenimiento, gastos de conservación y otros), por importe de 95.837,42 euros, como por los daños y perjuicios ocasionados por sobrecostes financieros (seguros y avales), por importe de 109.481,59 euros, por apreciar responsabilidad en dichos daños y perjuicios de la Administración por retraso en el pago del precio del contrato, con intereses legales solo desde la fecha de la notificación de la sentencia dictada en la primera instancia, al tratarse de una cantidad que no ha sido líquida, vencida y exigible.

SÉPTIMO.- La cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

1. Ya hemos señalado en los antecedentes de esta sentencia que, según el auto de la Sección 1ª de esta Sala, de admisión a trámite del recurso de casación, la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que presenta este asunto consiste en la necesidad de confirmar, matizar o precisar la jurisprudencia existente, en supuestos de contratos de obras, en cuanto a la incidencia de la aprobación de un modificado del proyecto con un incremento significativo del precio del contrato, y su efecto en orden a excluir la indemnización de los daños y perjuicios causados por la suspensión producida durante el curso de la ejecución de las obras.

Y como segunda cuestión, si con independencia de la imputabilidad a la Administración de la necesidad de tramitar y aprobar un modificado del proyecto, el ejercicio de dicha potestad opera como límite al principio de riesgo y ventura del contratista.

2. El auto de admisión plantea, por tanto, si es necesario confirmar, matizar o precisar la jurisprudencia de la Sala sobre si cabe el reconocimiento de una indemnización al contratista por los daños y perjuicios causados por la suspensión de las obras para la tramitación y aprobación de un modificado del contrato. La Sala se ha pronunciado sobre esta materia en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia de 29 de septiembre de 2017 (recurso 2237/2015) que, con cita de otra sentencia anterior, de fecha de 31 de marzo de 2014 (recurso 706/2013), mantiene que "la suspensión de una obra para realizar un nuevo proyecto básico no supone automáticamente derecho a la indemnización. Sin embargo, la cuestión ha de resolverse caso por caso, teniendo en cuenta que la aceptación del modificado [...] no implica la renuncia a los daños y perjuicios ocasionados por la paralización, que es compatible con la aceptación del modificado".

En el mismo sentido, la sentencia de la Sala de 26 de abril de 2018 (recurso 333/2016) indica que "[...] cuando se presta el consentimiento a un modificado sin reserva, objeción o tacha alguna, ello no significa que automáticamente se esté renunciando a los daños y perjuicios que, en su caso, el retraso hubiera ocasionado. Ni tampoco puede entenderse que haya lugar siempre a la indemnización de los perjuicios ante cualquier tipo de retraso que el modificado ocasione. El común denominador de nuestra jurisprudencia es, y pone énfasis al respecto, que ha de analizarse "caso por caso", según venimos repitiendo, atendidas las distintas circunstancias del caso, para valorar si procede dar lugar, o no, a la indemnización [...]".

También en la misma línea, la sentencia de la Sala de 10 de diciembre de 2019 (recurso 2294/2016), reitera el criterio mantenido por la sentencia de 29 de septiembre de 2017 (recurso 2237/2015), que señalaba que la respuesta a la cuestión que ahora nos planteamos "[...] siempre de ha de ser casuística, con atención a las singulares circunstancias que haya rodeado a la ejecución de la concreta obra de que se trate y, por tal razón, habrá de tener en cuenta tanto los términos del documento que haya formalizado la modificación contractual como dichas circunstancias; y entre dichas circunstancias será especialmente decisivo constatar a quien son imputables las paralizaciones y si hay hechos coetáneos o posteriores a la modificación del contrato que, pese al silencio de este, pongan de manifiesto la voluntad conjunta de ambas partes de zanjar con el "modificado" todas las consecuencias del contrato".

En conclusión, la jurisprudencia de la Sala a que se remite el auto de admisión del recurso de casación mantiene que la respuesta a la cuestión de la procedencia de la indemnización al contratista por los daños y perjuicios ocasionados por la paralización de las obras debida a la tramitación y aprobación de una modificación del contrato, ha de ser necesariamente casuística, atendiendo a las circunstancias que concurran en cada supuesto, sin que quepan automatismos en el sentido de entender que todo modificado conlleva siempre indemnización, ni que la aceptación del modificado por el contratista equivale a la renuncia a la indemnización, pues la indemnización por los daños causados es compatible con la aceptación del modificado.

**OCTAVO.-** La posición de la Sala.

1. Vamos a tratar separadamente de la indemnización de los daños y perjuicios en dos periodos: i) de un lado, de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al contratista por la primera suspensión temporal parcial de las obras como consecuencia de la tramitación y aprobación de un modificado del proyecto (entre el acta de suspensión de 2 de febrero de 2007 al acta de levantamiento de la suspensión de 14 de julio de 2008) y ii) de otro lado, de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los retrasos y paralizaciones de las obras entre esta última fecha y la suspensión acordada en el acta de 10 de junio de 2011 (una suspensión y 4 prórrogas), sin que exista controversia entre las partes respecto de los daños y perjuicios ocasionados desde esta última fecha, que la sentencia impugnada reconoce íntegramente al contratista, pues fueron ocasionadas por el incumplimiento de la Administración por falta de pago de certificaciones de obra.

La diferenciación entre dichos períodos se debe a que la sentencia impugnada fundamenta en causas distintas su respuesta a la reclamación de indemnización y, además, a la propia delimitación de la cuestión de interés casacional que formula el auto de admisión a trámite del recurso, ceñida a exclusivamente al tema de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la suspensión de las obras por la tramitación y aprobación de un modificado del proyecto.

2. En relación con la reclamación por los daños y perjuicios ocasionados por esta primera suspensión, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Valencia resolvió, como se ha dicho con anterioridad, que la suspensión "derivó de la necesidad de un proyecto modificado que implicó un incremento un 49,22% del coste de la obra con el consiguiente beneficio de la UTE", y con dicha argumentación excluyó la responsabilidad de la EDAR.

La cuestión aquí relevante es que la contratista no impugnó la sentencia del Juzgado, que si fue apelada por la Administración demandada.

Interpuesto el recurso de apelación, se dio traslado a la parte actora que formuló oposición al recurso, sin que hiciera uso de la posibilidad que le otorga el artículo 85.4 de la LJCA de adherirse a la apelación, razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia. Ciertamente, en su escrito de oposición a la apelación la UTE Terciario Alcoy incurre en alguna contradicción, pues en algunos apartados (apartados 2º y 3º) defendió la versión de los hechos y valoración que hizo valer en su escrito de demanda, mientras que en otros momentos (apartado 4º) sostuvo la conformidad a derecho de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, que consideró "está suficientemente motivada, es congruente, valora correctamente la totalidad de los medios de prueba y cita debidamente todos los apoyos legales y jurisprudenciales". En fin, en el suplico de su escrito de oposición precisa que su pretensión es que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana rechace el recurso de apelación y confirme íntegramente la sentencia apelada del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

También hemos visto que la sentencia dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en este recurso de apelación aceptó la narración de hechos probados de la sentencia apelada y llegó a la misma conclusión de excluir la responsabilidad de la Administración demandada.

La cuestión es que el motivo de impugnación que formula ahora la UTE contratista en su recurso de casación, se dirige contra un pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en relación con los retrasos derivados del modificado del contrato, que no hace sino reproducir los hechos probados, valoración y conclusión que sobre esa misma precisa cuestión había efectuado el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que no fueron impugnados y, por tanto, habían adquirido firmeza frente a la UTE.

Por todo ello consideramos que no es viable el recurso de casación en este motivo de impugnación, en cuanto afecta a una cuestión decidida por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Valencia que había adquirido firmeza para la UTE recurrente en casación.

3. Examinamos seguidamente la denegación por la sentencia recurrida de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por los retrasos y paralizaciones de las obras consecuencia de una suspensión y 4 prórrogas del contrato, en el período entre el 14 de julio de 2008 y el 10 de junio de 2011.

En nuestro examen de este apartado debemos partir de la declaración de hechos probados por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, que la sala del Tribunal Superior de Justicia aceptó e hizo suya.

En esa narración fáctica de la sentencia impugnada se describen los períodos que comprenden la suspensión y cuatro prórrogas del contrato y se concluye, a la vista de los dictámenes aportados a las actuaciones, que ni la suspensión ni las cuatro prórrogas pueden imputarse a la responsabilidad de la EPAR. En la sentencia del Juzgado se explica, en razonamientos que son reproducidos y asumidos por la sentencia impugnada en



casación, que la suspensión se debió a "problemas de estabilidad del talud a causa de lluvias" y las prórrogas se concedieron, la primera "por problemas de la UTE para la conexión de la línea eléctrica" y la tercera y cuarta "por problemas de ejecución del contratista".

Como esta Sala ha repetido en numerosas ocasiones, la revisión de los hechos declarados probados en la instancia excede de los límites de recurso de casación, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 bis de la LJCA el recurso de casación ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ha de limitarse a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho.

Tomando, por tanto, como punto de partida los hechos declarados probados en la instancia, que destacan que los retrasos y paralizaciones de este período son ajenos a la intervención de la Administración, estimamos que es conforme a derecho la conclusión de atribuir los daños y perjuicios derivados de los retrasos al riesgo y ventura que asumió la UTE contratista con la firma del contrato.

El principio de riesgo y ventura en la ejecución del contrato, que proclama el artículo 98 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, supone que el contratista ha de soportar las circunstancias sobrevenidas ajenas a las partes, con exclusión de los casos de fuerza mayor descritos en el artículo 144 de citado texto refundido, que en este caso no se invocan por la parte recurrente.

Es verdad que cuando la propia Administración incumple sus obligaciones derivadas del contrato, no cabe hablar de riesgo y ventura imputable al contratista, sino simplemente estamos ante un incumplimiento contractual por parte de la Administración, pero en este periodo concreto al que ahora nos referimos, y en base a la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, no cabe apreciar ningún incumplimiento de la Administración, por lo que rige el principio del riesgo y ventura que atribuye los daños al contratista, a diferencia de lo que ocurrió con los retrasos a partir de la suspensión acordada por acta de 10 de junio de 2011, debidos -estos si- a un incumplimiento de la Administración por falta de pago de certificaciones de obra, razón por la que la sentencia impugnada impuso a la Administración la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al contratista por dichos retrasos.

4. De cuanto llevamos razonado se sigue la desestimación del recurso de casación interpuesto por UTE Terciario Alcoy contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana aquí impugnada.

NOVENO.- Costas.

De conformidad con el artículo 93.4 de la LJCA, en cuanto a las costas del recurso de casación, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad y se mantiene en pronunciamiento de la sentencia impugnada que no efectuó imposición de costas.

FALLO

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

1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Befesa Construcción y Tecnología Ambiental, S.A., Ocide Construcción, S.A. (UTE Terciario Alcoy) contra la sentencia de 16 de diciembre de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación 1079/2018.

2. Confirmar la sentencia objeto de recurso.

3. No imponer las costas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don José María del Riego Valledor, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada en el recurso de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, dictada el día en el recurso de casación 1057/2021, al que se adhiere la Magistrada Excmo. Sra. Doña Isabel Perelló Doménech.



1.- Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en lo relativo a la cuestión que el auto de admisión a trámite de este recurso declaró de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Creo que la Sala debió examinar el motivo de impugnación sobre la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la UTE por los retrasos y demoras debidos a la primera suspensión del contrato por la necesidad de tramitar y aprobar un modificado del proyecto.

La conformidad de la UTE recurrente no se da ni con los hechos probados ni con los razonamientos de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Valencia, sino con su parte dispositiva que acogió en parte (en un 50%) sus pretensiones de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el retraso de las obras, por lo que, anulado en apelación aquel reconocimiento parcial, estimo que la UTE recurrente puede hacer valer en casación los argumentos que planteó en primera instancia en defensa de su derecho a la indemnización solicitada.

2.- Si bien no se trata de supuestos idénticos, considero aplicables en el presente caso los criterios de las sentencias del Tribunal Constitucional 103/2005, 67/2009 y 11/2014, que consideran que no es razonable, y que es, por tanto, contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del derecho a la obtención de una respuesta fundada en derecho, exigir al demandante que ha obtenido una sentencia favorable en primera instancia que interponga un recurso de apelación o se adhiera al recurso de apelación interpuesto por la parte contraria para que se examinen aquellos motivos que hayan sido correctamente planteados en la primera instancia.

No existe plena identidad entre el presente caso y los resueltos por el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas, pues en estos no se daba una estimación parcial del recurso contencioso administrativo como ahora ocurre, sino que se trataba de supuestos de integra estimación de los respectivos recursos, por lo que el recurrente no tenía abierta la posibilidad de interponer recurso de apelación o de adherirse a la apelación interpuesta de contrario, mientras que dicha apelación o adhesión si caben en los casos de estimación parcial. No obstante, estimo que, a tenor del artículo 85.4 LJCA, la adhesión a la apelación solo procede en los casos en los que la sentencia apelada sea perjudicial al apelado, y en este caso la parte recurrente consideró que la sentencia estimatoria parcial resultaba favorable a sus intereses, por lo que no la impugnó, debiendo entenderse, como razonaron las SSTC 103/2005 y 11/2014, antes citadas, que ante una sentencia favorable la *"falta de adhesión a la apelación no puede interpretarse, en ningún caso, como renuncia a seguir sosteniendo la existencia de la prescripción de la deuda"* o, en este caso, la existencia de responsabilidad de la Administración en los daños y perjuicios por los retrasos en la ejecución de las obras debidos a la tramitación y aprobación de un modificado del proyecto, como había sostenido en su demanda.

3.- En cuanto al fondo del asunto, la sentencia impugnada considera que la suspensión de las obras por causa de la modificación del proyecto, que supuso un incremento de la obra en un 49,22%, *"no da lugar a la indemnización por las ventajas que el contratista obtiene de tal incremento"*, razonamiento este que estimamos contrario con la jurisprudencia de esta Sala, reseñada en la sentencia del voto mayoritario, que señala la aceptación del modificado no significa que automáticamente se esté renunciando a los daños y perjuicios, sino que la aceptación del modificado es compatible con la indemnización y que la cuestión ha de resolverse caso por caso, en atención a las circunstancias singulares de cada supuesto.

En este caso estimamos que la aceptación del modificado no equivale a una renuncia a la indemnización por los daños producidos por los retrasos, pues de acuerdo con el artículo 1204 del Código Civil *"para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente"* sin que conste acreditada la renuncia expresa a la indemnización ni se infiera la renuncia de una interpretación razonable de los hechos.

La primera suspensión de las obras por el modificado se produce al poco tiempo de iniciarse la ejecución del contrato, que fue suscrito el 20 de octubre de 2006. En una fecha muy próxima, el 20 de noviembre de ese año, representantes de la Administración demandada y del contratista firmaron el acta de comprobación de replanteo, con una propuesta de suspensión temporal parcial del contrato, que se llevó a cabo por acta de 1 de febrero de 2007, debido, entre otras razones que exponen los dictámenes del Consell Jurídic Consultiu de la Generalitat Valenciana números 2007/0729 y 2018/0018 a la necesidad de cambiar de ubicación los depósitos de acumulación, debido a la calificación de los terrenos, el cambio de trazado de la conducción y la presencia de dos líneas eléctricas de alta tensión en los terrenos que impedían las obras.

Tales circunstancias apuntan a defectos en la redacción del proyecto, que deben imputarse a la Administración contratante, sin que exista acreditación alguna de la intervención de la UTE en el diseño del proyecto.



Por ello, en mi criterio, la Sala debió declarar haber lugar al recurso de casación y, en la posición de Sala de apelación, debió estimar en parte el recurso de apelación, reconociendo a la UTE recurrente el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios por los retrasos y paralizaciones de las obras durante la primera suspensión temporal parcial por la tramitación y aprobación de un modificado del proyecto, ocasionados en el periodo entre el acta de esa primera suspensión, de 1 de febrero de 2007 y el acta del levantamiento de la suspensión de 14 de julio de 2008, más los daños y perjuicios ocasionados a partir del acta de suspensión de 14 de junio de 2011, debidos estos últimos al incumplimiento de la Administración por falta de pago de certificaciones y que fueron ya reconocidos por la sentencia de apelación, sin que la suma de todos los conceptos indemnizatorios pueda exceder de la cantidad reconocida a la UTE recurrente por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Valencia a fin de no incurrir en "*reformatio in peius*"

En Madrid, en la misma fecha de la sentencia.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ