

AUDIENCIA NACIONAL
Sentencia 14 de junio de 2017

Nº de Recurso: 35/2015

Madrid, a catorce de junio de dos mil diecisiete.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo nº 35/2015, promovido por el Procurador de los Tribunales don Jorge Laguna Alonso , en nombre y representación de Vías y Construcciones, S.A., contra la desestimación por silencio del Ministerio de Fomento, Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación, de la reclamación formulada interesando compensación por aumento de los precios de los ligantes asfálticos.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 9 de diciembre de 2010 Vías y Construcciones, S.A., adjudicataria del contrato "Autovía Ruta de La Plata (A-66). Tramo: Corrales-El Cubo de Tierra del Vino", Clave 12-ZA-2950, solicitó ser indemnizada en la cantidad de 1.291.993,45 euros en concepto de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por incremento extraordinario e imprevisible del alza en los precios de los productos bituminosos derivados del petróleo -betunes y emulsiones.

La Administración no ha respondido a la reclamación.

Frente a dicho acto la representación procesal de Vías y Construcciones, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo.

Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos, en el que termina solicitando de la Sala que dicte sentencia en la que acuerde:

a) anular la resolución recurrida;

b) condenar al Ministerio de Fomento a abonar a Vías y Construcciones la cantidad de 1.291.993,45 euros como consecuencia del incremento imprevisto y extraordinario de los betunes en la obra de referencia; c) subsidiariamente, y para el caso de que no sea estimada la petición anterior, condenar a la Administración demandada a abonar a la recurrente 1.169.296,06 euros, cantidad en la que el perito cifra en su informe el desequilibrio económico que la variación de los precios de los productos de referencia produjo en el contrato adjudicado a la recurrente; d) condenar a la Administración demandada al pago de los intereses correspondientes desde la interposición de la demanda, así como al pago de las costas causadas en el procedimiento".

SEGUNDO.- Emplazada la Abogacía del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando de la Sala una sentencia "por la que inadmita el recurso por aplicación del artículo 69.e) en relación con el artículo 28 LRJCA y subsidiariamente desestime el recurso; con imposición de costas en ambos casos a la parte contraria".

TERCERO.- Habiéndose recibido el recurso a prueba se practicó documental y pericial, interesadas por la parte recurrente, en los extremos admitidos por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones.

CUARTO.- Practicadas las pruebas se dio traslado a las partes para la presentación de conclusiones sucintas acerca de los hechos alegados, las pruebas practicadas y los fundamentos jurídicos en que apoyaron sus pretensiones.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 7 de junio de 2017.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso- administrativo determinar si es o no conforme a Derecho la desestimación por silencio administrativo del Ministerio de Fomento de la reclamación formulada por Vías y Construcciones, S.A., adjudicataria del contrato "Autovía Ruta de La Plata (A-66). Tramo: Corrales-El Cubo de Tierra del Vino", interesando el pago de 1.291.993,45 euros en concepto de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por incremento extraordinario e imprevisible del alza en los precios de los productos bituminosos derivados del petróleo.

SEGUNDO.- Del expediente administrativo y de estos autos se desprenden como más relevantes las siguientes conclusiones fácticas:

1. Por Resolución del Ministerio de Fomento de 23 de septiembre de 2005 se adjudicó a Vías y Construcciones, S.A., por el sistema de concurso, el contrato "Autovía Ruta de La Plata (A-66). Tramo: Corrales-El Cubo de Tierra del Vino";
2. El contrato, adjudicado por precio de 27.900.000 euros y un plazo de ejecución de 27 meses y un día, contados a partir del día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, se formalizó el 20 de octubre de 2005.
3. Con fecha 18 de noviembre de 2005 se levantó Acta de Comprobación del Replanteo dándose orden de iniciación de las obras para el día siguiente al de la fecha del Acta;
4. Por Resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras y Planificación de 23 de noviembre de 2006 un aprobó el reajuste de anualidades, fijándose el término del plazo de ejecución de las obras en febrero de 2008;
5. Con fecha 13 de julio de 2007 se formalizó el contrato de Modificado 1 con un adicional de 5.281.199 euros, fijándose como fecha de terminación de las obras el 30 de septiembre de 2008 y rigiendo las mismas condiciones estipuladas en el contrato suscrito el 20 de octubre de 2005;

6. Por Resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras de 1 de septiembre de 2008 se aprobó nuevo reajuste de anualidades, fijándose el término del plazo de ejecución de las obras en febrero de 2008;

7. Con fecha 24 de junio de 2009, en ausencia de reparos, se levantó Acta de Recepción de las obras. Consta en el Acta como fecha de terminación real el 30 de mayo de 2009;

8. Por escrito presentado el 9 de diciembre de 2010 Vías y Construcciones, S.A., solicitó ser indemnizada en la cantidad de 1.291.993,45 euros en concepto de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por incremento extraordinario e imprevisible del alza en los precios de los productos bituminosos derivados del petróleo;

9. Por Resolución del Director General de Carreteras de 8 de mayo de 2012, por delegación de competencias, se aprobó económicamente la certificación final, con un saldo en contra de la adjudicataria por importe de 125.626,07 euros;

TERCERO.- Tras breve exégesis de las actuaciones la parte actora pone de manifiesto en primer término que si bien consta en el expediente administrativo una resolución firmada por el Subdirector General de Coordinación y Gestión Administrativa en la que se acuerda notificar la decisión de la Administración de desestimar la reclamación, sin embargo, dicha resolución nunca le fue notificada.

En cuanto al fondo del litigio plantea que desde la fecha de licitación se produjeron sucesivas alzas de los precios de los productos bituminosos que supusieron un incremento extraordinario e imprevisible de los mismos, como consta acreditado en el informe pericial que aporta y que transcribe en lo menester, y añade que hasta el año 2005 nunca se había producido un incremento anual del precio del petróleo de la magnitud en que luego se produjo: 700% en 3 años.

Expone que la fórmula de revisión de precios establecida en el contrato no compensó el desequilibrio sufrido por la adjudicataria, que el alza de los ligantes tuvo una incidencia notable en el precio del contrato y que el informe del Consejo de Obras Públicas reconoce que el incremento de los precios de los productos bituminosos que la actora tuvo que emplear en la obra fue extraordinario e imprevisible. Seguidamente invoca jurisprudencia sobre el riesgo imprevisible, señala que la subida se produjo por causas ajenas a la voluntad del contratista y refiere que ha de estarse a las circunstancias del caso concreto.

La Abogacía del Estado, por su parte, tras destacar los hechos en su criterio relevantes y referir los informes del Ingeniero Director de Obra y de la Subdirección General de Construcción, así como los dictámenes del Consejo de Obras Públicas y del Consejo de Estado y el informe de la Abogacía del Estado, todos ellos obrantes en las actuaciones, opone con carácter previo la inadmisibilidad del recurso toda vez que la Resolución de 25 de septiembre de 2014, desestimatoria de la pretensión, si bien no consta notificada a la recurrente, sin embargo, queda acreditado que a fecha de 7 de mayo de 2015, como muy tarde, tuvo ésta conocimiento de aquélla sin que haya deducido recurso alguno, tratándose por tanto un acto firme y consentido.

En lo atinente al fondo del litigio invoca sentencias de esta Sala referentes a pretensiones de análogo alcance a la que nos ocupa, relativas a la evolución de precios de los productos bituminosos, y jurisprudencia referente al principio de riesgo y ventura del contratista, reiterando finalmente los dictámenes del Consejo de Obras Públicas, del Consejo de Estado y de la Abogacía del Estado y estimando en definitiva que en el presente caso no concurren los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para dar lugar a la pretensión ejercitada con base en la producción de un desequilibrio económico del contrato.

CUARTO.- La Sala no puede acoger el motivo de oposición planteado en primer término por la Abogacía del Estado, inadmisibilidad del recurso en los términos que se han expuesto, pues lo cierto es que la parte recurrente ha formulado el recurso frente a la desestimación por silencio de la Administración, sin que haya pretendido la ampliación del mismo a resolución expresa alguna, no concurriendo por tanto los requisitos exigidos por el artículo 36 de la Ley de la Jurisdicción.

Por otra parte, la resolución expresa que la Abogacía del Estado invoca no consta notificada en forma a la parte recurrente, sin que en ningún caso el silencio de la Administración pueda tener efectos desfavorables para el administrado pues es obligación de aquélla resolver y notificar en tiempo y forma.

QUINTO.- Con carácter general el artículo 98 LCAP establece el principio de riesgo y ventura, al disponer 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 -fuerza mayor".

Partiendo de la general aplicación del principio de riesgo y ventura, que invoca la Abogacía del Estado en oposición a la tesis sustentada en la demanda, se ha de recordar que sólo una alteración irracional del

equilibrio económico del contrato, derivada de un riesgo extraordinario e imprevisible, daría lugar a la indemnización reclamada.

Sobre el desequilibrio económico-financiero se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 25 de abril y 6 de mayo de 2008 y 18 de abril de 2008 , señalando en esta última que "...la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse".

En lo que atañe al enriquecimiento injusto señala nuestro Alto Tribunal en sentencia de 27 de octubre de 2009 que

"La conclusión desestimatoria se impone porque la tesis de la sentencia recurrida es en todo conforme con la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo expresada en Sentencias de 6 de mayo de 2008, 18 de abril de 2008 y de 25 de abril de 2008 , que desestimaron los respectivos recursos de casación en los que se pretendía, cual aquí acontece, el abono de determinadas cantidades derivadas del incremento del precio de los productos derivados del petróleo.

"Por otro lado, tal y como expusimos en nuestra Sentencia de 25 de abril de 2008, es indudable que 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 pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación.

"Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (artículo 3.2 CC) y de buena fe (artículo 7.1 CC) 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.

"Habrá de atenderse al caso concreto ponderando las circunstancias concurrentes.

"Tal cual se ha dicho en la reciente sentencia de 18 de abril de 2008, recurso de casación 5033/2006, respecto una situación análoga, es claro que, tal cual refleja la Sala de instancia, los precios del petróleo se liberalizaron tras la Orden Ministerial de Hacienda de 1 de octubre de 1986. En consecuencia, en la fecha de adjudicación del contrato, 1993, ya estaban liberalizados los precios constituyendo por ello un riesgo si incrementaban el precio o una ventura en el caso de que aquel disminuyese.

"Es cierto que el artículo 14 LCAP estatuye que los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea adecuado al mercado. Por ello 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 artículo 104 LCAP , artículo 103 TRLCAP y artículo 77 de La ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público .

"Y taxativamente declara el Tribunal de instancia que el Pliego de condiciones establecía la invariabilidad de las fórmulas de revisión de precios aplicadas al contrato durante su vigencia.

"Lo expuesto en los fundamentos precedentes evidencia que no obstante el notorio incremento del precio del petróleo acontecido en los últimos tiempos no nos desenvolvemos en circunstancias semejantes a las enjuiciadas en las sentencias anteriormente citadas.

"Los contratos subyacentes en las mismas carecían de fórmula de revisión de precios o la misma no se adecuaba a las fórmulas instauradas tras los Decretos más arriba mencionados recogiendo ya un nuevo cuadro para los pavimentos bituminosos elaborado a la vista de lo entonces acontecido.

"El contrato aquí controvertido si prevé la revisión de precios y justamente con arreglo a una de las fórmulas implantadas tras las antedichas elevaciones de precios por lo que la Sala de instancia no conculcó la jurisprudencia esgrimida.

"En este caso, tal y como refiere la Sentencia recurrida conforme indica el Consejo de Obras Públicas, aún cuando ha quedado acreditada la fuerte subida de dichos precios y la insuficiencia de la fórmula de revisión de precios, también reconocida por el Consejo de Estado, lo cierto es que no ha quedado acreditado en

autos como indica éste último órgano que tales aumentos hayan supuesto efectivamente una quiebra del equilibrio económico del contrato examinado, no bastando la simple referencia a la superación o no del determinado límite irrelevante conforme la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

"Por último, respecto de la invocación de la doctrina relativa al enriquecimiento injusto, hemos de recordar, que no hay tal en el supuesto de autos, en el que se trata de un contrato regido por el principio de riesgo y ventura del contratista que tiene su oportuna fórmula de revisión de precios, y en el que incluso al estar liberados los precios del petróleo y sus derivados difícilmente se podía hablar de riesgos imprevisibles, aparte de que, como esta Sala ha declarado, el solo incremento de los precios de los materiales del contrato, dados los principios por los que el mismo se rige solo puede alcanzar trascendencia cuando se produzca un verdadero y real desequilibrio económico financiero, que, en el presente caso y conforme acaba de señalarse, no ha quedado acreditado para la Sala de instancia.

Esta doctrina se reproduce en sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009, entre otras.

SEXTO.- Establecidas las consideraciones que preceden -alegaciones de las partes, hechos y jurisprudencia aplicable-, la cuestión a resolver es si el incremento de precios de los ligantes bituminosos a lo largo de la ejecución del contrato ha ocasionado a la recurrente un desequilibrio económico que deba ser indemnizado por la Administración contratante. La Sala reitera el criterio sustentado en sentencias de 19 de mayo y 17 de junio de 2014 , dictadas en los recursos 128/2012 y 102/12 , respectivamente -entre otras-, en las que, al igual que en el presente, se reclamaban indemnizaciones por causa de desequilibrio económico-financiero del contrato a consecuencia de la subida del precio de los productos ligantes - incremento extraordinario e imprevisible del precio de dichos productos.

La actora reclama daños y perjuicios concretos, debidamente cuantificados en el informe pericial elaborado por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos don VZL. Se concluye en dicho informe que se ha producido un desequilibrio del contrato en beneficio de la Administración debido a las variaciones extraordinarias e imprevisibles de los precios de los ligantes para el mes de agosto de 2008 con respecto a mayo de 2005 y una subida ponderada de 110,59% en el conjunto de los meses en que el producto fue colocado en la obra.

Señala el perito que el incremento no fue previsible, que el mercado del betún en España constituye un oligopolio formado por cuatro empresas suministradoras, indicando seguidamente las Tm de betún

modificado y emulsión empleados en la obra. Añade que la fórmula de revisión de precios empleada no recogió de forma adecuada ni compensó el desequilibrio económico producido y que el incremento de los precios resultó de total onerosidad para el contratista.

Constan en autos, por otra parte, informes de la Dirección de Obra de 11 de agosto de 2011, de la Subdirección General de Construcción de 1 de abril de 2013 y de la Abogacía del Estado de 14 de marzo de 2014, así como sendos dictámenes del Consejo de Obras Públicas de 26 de febrero de 2014 y del Consejo de Estado de 12 de junio de 2014, concluyendo todos ellos en lo improsperable de la reclamación.

Tras examen y valoración de los referidos informes, la Sala se atiene a las consideraciones que constan el dictamen del Consejo de Obras Públicas, órgano colegiado que, tras sistemático examen de lo actuado, determinación de los supuestos exigidos para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero al amparo del principio riesgo y ventura, y conforme a la doctrina sustentada en anteriores dictámenes, que cita, examen y valoración de la evolución de índices de ligantes, variación del índice de precios de materiales base 1964, cuantificación del sobre coste de adquisición a pie de obra de los productos bituminosos aplicados en la misma respecto de los precios de los mismos suministradores en la fecha de licitación, confrontación de las cantidades de ligantes asignadas a cada mes, correspondientes a las incluidas en las certificaciones mensuales, cantidades facturadas por la adjudicataria y las reconocidas en las certificaciones, estima que si bien de lo actuado se desprende que el mecanismo de revisión de precios establecido en el contrato no ha compensado la alteración económica ocasionada por el alza del precios de los productos bituminosos desde la licitación hasta la puesta en obra, sin embargo, "La cantidad reclamada supone el 5,15% respecto de 25.097.188,51 euros, valor final de ejecución material del contrato, aplicando la baja de 0,65068928376. Respecto del valor total del contrato liquidado (40.404.438,25 euros incluida la revisión de precios) dicho porcentaje se reduce al 3,20%", indicando seguidamente que "no se puede afirmar categóricamente que las alteraciones en los precios de los ligantes hayan afectado gravemente a la economía general del contrato, condición indispensable para proceder, al amparo del principio de riesgo imprevisible, al derecho del restablecimiento del equilibrio económico-financiero", concluyendo que procede "desestimar la reclamación de indemnización... por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras `Autovía Ruta de la Plata A-66. Tramo: Corrales-El Cubo de la Tierra del VinoŽ".

En esta línea de razonamiento expone el Consejo de Estado en su dictamen de 12 de junio de 2014 que el contratista está obligado a construir la obra pública asumiendo los eventuales riesgos de su ejecución y pérdida -beneficio por las ventajas y rendimientos y perjuicio con las pérdidas-, salvo en el caso de fuerza mayor, y si bien ello no significa que la regla del riesgo y ventura no tenga límites, la Administración garantiza

la indemnidad de las prestaciones económicas del contratista mediante la técnica de la revisión de precios, cual es el caso.

En este contexto, es preciso señalar que el informe técnico que se aporta con la demanda, en el cual se fundamenta ésta, realiza cálculos y valoraciones tendentes a justificar desde el punto de vista técnico-económico los sobrecostes generados durante la realización de las obras, pero tal informe no puede predeterminar el éxito de la reclamación ni enerva las consideraciones que constan en los dictámenes del Consejo de obras Públicas y del Consejo de Estado.

Es por ello que, sin desconocer la relevancia probatoria de tal informe en cuanto a la cuantificación de los sobrecostes por el concreto concepto analizado, corresponde a la Sala determinar si éste da lugar o no a la exigencia de responsabilidad a la Administración por desequilibrio económico o por enriquecimiento injusto.

La respuesta no puede ser otra que la que orienta la doctrina jurisprudencial expuesta, pues, efectivamente, es de aplicación el principio de riesgo y ventura establecido en el artículo 98 LCAP , no concurriendo supuesto de riesgo imprevisible, pues la recurrente resultó adjudicataria del contrato mediante concurso con un presupuesto de adjudicación de 27.900.000 euros, sustancialmente inferior al presupuesto de contrata -42.877.607.94 euros-, se establecía una cláusula de revisión de precios en el contrato -cláusula Quinta- y en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se consignaba la fórmula de revisión a aplicar -fórmula polinómica Kt- del Cuadro de Características. No cabe, por tanto, contemplar un supuesto de imprevisibilidad.

Finalmente, reiterando lo hasta aquí expuesto en lo atinente a si existe o no enriquecimiento injusto, se debe atender al pliego de cláusulas, habiendo señalado nuestro Alto tribunal en sentencias de 20 julio 2005 y 17 mayo 2012 que

"Como ha reconocido esta Sala, entre otras, en las sentencias de 10 de febrero de 1982 , 11 de junio de 1986 , 19 de julio de 2000 , 17 de octubre de 2000 , 24 de junio de 2004 , 4 de abril de 2007 y 27 de mayo de 2009 , el mantenimiento del equilibrio económico- financiero de las concesiones administrativas puede tener como directa cobertura las correspondientes cláusulas del pliego de condiciones, que vienen a significar, en cierto aspecto, la Ley del contrato y son de aplicación preferente, pues si estas cláusulas no son contrarias al Ordenamiento jurídico disponen de fuerza vinculante para las partes en virtud de la libertad contractual y de

la eficacia obligatoria de lo pactado, conforme a las previsiones establecidas en los artículos 1257 y 1258 del Código Civil . En este sentido, la naturaleza del referido pliego de condiciones es, en buena medida, la de la "ley del contrato", con todo lo que ello comporta y representa de cara a las prerrogativas para su elaboración y a las concretas consecuencias derivadas de sus distintos efectos y de su ulterior cumplimiento".

Atendidas las razones que anteceden el recurso no puede prosperar.

SÉPTIMO.- Las costas se imponen a la parte recurrente -ex artículo 139.1 LRLCA.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III. FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de Vías y Construcciones, S.A. , adjudicataria del contrato "Autovía Ruta de La Plata (A-66). Tramo: Corrales-El Cubo de Tierra del Vino", contra la desestimación presunta del Ministerio de Fomento, Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación, contra la desestimación presunta del Ministerio de Fomento de la reclamación en concepto de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por incremento extraordinario e imprevisible del alza en los precios de los productos bituminosos derivados del petróleo -betunes y emulsiones, por ser dicho acto conforme a Derecho.

SEGUNDO.- Las costas se imponen a la parte recurrente.