

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066530

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1423/2022, de 2 de noviembre de 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 4884/2020

SUMARIO:**Contratación administrativa. Obras. Riesgo y ventura. Indemnización por aumento del plazo no imputable al contratista.**

Como interés casacional, se plantea dos cuestiones; primero si puede considerarse incluido dentro del principio de riesgo y ventura que debe soportar el contratista, el aumento del plazo en la ejecución de la obra cuando ello se produce por causas no imputables al contratista; y en segundo lugar si, en la determinación de los daños y perjuicios causados al contratista por la demora en la ejecución de la obra, la indemnización que procede en concepto de costes indirectos puede fijarse en base a un porcentaje estimativo o ha de atenderse, en todo caso, a los daños y perjuicios reales ocasionados.

Se estima el recurso interpuesto por la entidad actora en el que sostiene que debe ser indemnizada por los perjuicios sufridos por el retraso en el comienzo de las obras adjudicadas debido a la falta de disponibilidad de los terrenos, lo que era responsabilidad de la Administración adjudicataria, y por el retraso debido a la legalización de determinadas instalaciones. Las causas de aumento del plazo de ejecución de la obra que no resultan imputables al contratista sino a una Administración pública que debe intervenir en la ejecución de la obra, en principio y salvo circunstancias que puedan concurrir en cada caso concreto, no quedan comprendidas en el riesgo y ventura de mismo y por tanto sus consecuencias deben ser cubiertas por la administración.

Asimismo, se impugna el cálculo de la indemnización concedida correspondiente a los costes indirectos por un porcentaje estimativo cuando ha ofrecido una cuantificación documentada de los perjuicios efectivos sufridos, en función de los parámetros y características de la obra de que se trate. La parte objeta que la indemnización correspondiente a los costes indirectos causados por el exceso de plazo en la ejecución de la obra se haya realizado mediante una media, en vez de atenderse a la doctrina jurisprudencial consolidada de calcular la indemnización según los perjuicios reales y efectivamente sufridos. Se señala que no hay razones para descartar que los referidos costes indirectos como consecuencia de los meses de retraso en la finalización de las obras puedan calcularse en función de un porcentaje sobre gastos generales. Pero lo que no resulta aceptable es la indeterminación con la que se concreta ese porcentaje en el presente caso, así pues, procede declarar que resulta admisible para determinar los costes indirectos aplicar un porcentaje estimativo sobre los gastos generales, siempre que dicho porcentaje quede justificado de forma suficiente y razonable en función de los parámetros y características de la obra de que se trate.

PRECEPTOS:

Código civil, arts. 1.101 y 1.124.

Constitución española, art. 24.

Ley 9/2017 (Ley Contratos del Sector Público), art. 254.

PONENTE:*Don Eduardo Espín Templado.*

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR

Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.423/2022

Fecha de sentencia: 02/11/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4884/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

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

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 4884/2020

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. 1423/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 2 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4884/2020, interpuesto por Obrascón Huarte Lain, S.A., representada por el procurador D. Felipe Segundo Juanas Blanco y bajo la dirección letrada de D. Juan Crisóstomo Areses Virel, contra la sentencia

dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 12 de marzo de 2020 en el recurso contencioso-administrativo número 311/2015. Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el proceso contencioso-administrativo antes referido la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de 12 de marzo de 2020, por la que se estimaba parcialmente el recurso promovido por Obrascón Huarte Lain, S.A. frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud que había efectuado en septiembre de 2014 ante el Ministerio de Fomento a fin de que se tramitara expediente de indemnización de los daños y perjuicios soportados durante la ejecución de las obras "Acondicionamiento de la autovía A-7; p.k. 169,260 al 175.160; tramo Travesía de San Pedro de Alcántara (Málaga); Modificación Dos" (expte. 28-MA-3240.M) y que valoraba en la cantidad que reclamaba de 17.123.379,64 euros.

La sentencia estimaba parcialmente el recurso, anulando la desestimación presunta y reconociendo el derecho de la mercantil demandante a ser indemnizada en la cantidad de 7.711.220,07 euros.

Segundo.

Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 1 de septiembre de 2020, 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 18 de noviembre de 2021 por el que se admite el recurso de casación, precisando que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia son: 1) si puede considerarse incluido dentro del principio de riesgo y ventura que debe soportar el contratista, el aumento del plazo en la ejecución de la obra cuando ello se produce por causas no imputables al contratista; y 2) si, en la determinación de los daños y perjuicios causados al contratista por la demora en la ejecución de la obra, la indemnización que procede en concepto de costes indirectos puede fijarse en base a un porcentaje estimativo o ha de atenderse, en todo caso, a los daños y perjuicios reales ocasionados.

En la resolución se identifican como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 97.2, 98 y 102.2 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 (que se corresponden con los artículos 196.2, 197 y 208.2 de la Ley, 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

Cuarto.

A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, desarrollando en el correspondiente escrito los siguientes motivos:

- 1º, por aplicación indebida del artículo 98 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por infracción de los artículos 102.2 y 97.2 de la misma norma y de la jurisprudencia;
- 2º, por infracción de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil, aplicación indebida del artículo 98 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas e infracción de la jurisprudencia;
- 3º, por infracción del artículo 24.1 de la Constitución, en relación con el artículo 9.3 de la misma y el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e infracción de la jurisprudencia;
- 4º, por infracción del artículo 130.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en relación con los artículos 102.2 y 97.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la jurisprudencia, y por infracción del artículo 131.1.a) del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la jurisprudencia.

Termina dicho escrito con el suplico de que se dicte sentencia que, con estimación de los motivos, case la de instancia, revoque y deje sin efecto los pronunciamientos de ésta relativos a la indemnización que debe percibir la recurrente en concepto de indemnización de costes indirectos y de gastos generales por el aumento de plazo de

la obra, y en su lugar condene a la demandada al pago de las siguientes cantidades, sin perjuicio de las ya reconocidas en la sentencia de instancia:

- 4.632.733,42 €, más intereses legales desde la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo, en concepto de costes indirectos, considerando que en todo caso corresponde como indemnización por costes indirectos la cantidad de 117.881,24 € por mes de prolongación de plazo no imputable a OHL;
- 2.490.508,68 €, más intereses legales desde la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo, en concepto de gastos generales; subsidiariamente, si se considerasen menos meses indemnizables que los 12,6 que dicha parte propugna, se condene a la demandada al pago de la cantidad resultante de multiplicar por 197.659,42 € por el número de meses que la sentencia considere indemnizables, más los intereses legales desde la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Quinto.

Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrente, quien ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que solicita que en su momento se dicte sentencia con arreglo a las manifestaciones que recoge en el mismo, declarando no haber lugar al recurso interpuesto y confirmando la sentencia recurrida, con expresa imposición de costas a la recurrente.

Sexto.

No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 20 de junio de 2022 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 11 de octubre del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil Obrascón Huarte Lain, S.A. impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 12 de marzo de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en materia de contratación administrativa. La sentencia recurrida estimó en parte el recurso contencioso administrativo que la citada empresa había entablado contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización por los daños y perjuicios soportados durante la ejecución de determinadas obras de acondicionamiento del tramo Travesía de San Pedro de Alcántara (Málaga) de la Autovía A-7. La sentencia recurrida reconoce los perjuicios ocasionados por algunas de las suspensiones sufridas por la obra y por otros conceptos, fijando el importe de la indemnización que le corresponde tal como se ha indicado en los antecedentes.

Esta Sala admitió a trámite el recurso por auto de 18 de noviembre de 2021 y declaró de interés casacional las siguientes cuestiones: 1) si puede considerarse incluido dentro del principio de riesgo y ventura que debe soportar el contratista, el aumento del plazo en la ejecución de la obra cuando ello se produce por causas no imputables al contratista; y 2) si, en la determinación de los daños y perjuicios causados al contratista por la demora en la ejecución de la obra, la indemnización que procede en concepto de costes indirectos puede fijarse en base a un porcentaje estimativo o ha de atenderse, en todo caso, a los daños y perjuicios reales ocasionados.

La empresa recurrente funda el recurso en cuatro motivos. En los dos primeros se sostiene que debe ser indemnizada por los perjuicios sufridos por el retraso en el comienzo de las obras debido a la falta de disponibilidad de los terrenos, lo que era responsabilidad de la Administración, así como por el retraso debido a la legalización de determinadas instalaciones, que competía a la Junta de Andalucía. En los motivos tercero y cuarto se impugna que se haya calculado la indemnización correspondiente a los costes indirectos por un porcentaje estimativo, siendo así que se ha ofrecido una cuantificación documentada de los perjuicios efectivos sufridos. La Administración del Estado, por su parte, considera ajustada a derecho la sentencia recurrida.

Segundo. Sobre los hechos establecidos por la sentencia recurrida.

La Sala de instancia resume las circunstancias fácticas en los siguientes términos:

" PRIMERO.- Se dirige el presente recurso contra desestimación presunta de la reclamación de daños y perjuicios derivados de la ejecución de la obra "Acondicionamiento de la Autovía A-7, PK 169,260 a 175.160, Tramo Travesía de San Pedro de Alcántara, Málaga", Clave 28-MA-3240.M.

Son antecedentes de interés, que se recogen en el informe pericial (judicial), los siguientes:

El Ministerio de Fomento contrató con la empresa OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. (OHL) la ejecución de las obras contempladas en el Proyecto con denominación "ACONDICIONAMIENTO DE LA AUTOVÍA A-7; P.K. 169,260 AL 175,160; TRAMO; TRAVESÍA DE SAN PEDRO DE ALCÁNTARA, MÁLAGA". La fecha de licitación (fecha límite de presentación de las ofertas) fue establecida el 27 de enero de 2006, adjudicándose definitivamente a OHL el 21 de abril de 2006.

El contrato de obras fue suscrito con fecha 19 de mayo de 2006, estableciéndose un plazo de ejecución de veintitrés (23) meses, contados a partir del día siguiente a la fecha de firma del Acta de comprobación del replanteo, y un precio de cuarenta y nueve millones ochocientos noventa y cinco mil novecientos veintisiete euros (49.895.927,00 €), IVA incluido.

La firma de la preceptiva Acta de comprobación del Replanteo se suscribe el 19 de junio de 2006, estableciéndose así tanto la fecha de inicio de las obras como la viabilidad del Proyecto, si bien se procede a la suspensión temporal del inicio de las obras en aquellas zonas afectadas por determinadas incidencias. La formalización de la suspensión se plasma en el Acta suscrita el 20 de junio de 2006, por la que "...se procede a la Suspensión Temporal Parcial de las obras para las que no se dispone de los terrenos necesarios, así como para las que aun desarrollándose en dominio público no puedan ejecutarse con independencia de las anteriores".

La reanudación de las obras suspendidas se ordenó mediante Acta de Levantamiento de la Suspensión Temporal Parcial suscrita el diez de enero de 2007. Posteriormente, durante la ejecución del contrato de obras y debido a la aparición numerosas incidencias que afectaban al normal desarrollo de los trabajos, fue necesaria la redacción de un Proyecto Modificado Nº 1, cuya finalidad quedó puesta de manifiesto por el Director de las Obras el 15 de mayo de 2008:

"El Proyecto Modificado nº 1 modifica los enlaces y el falso túnel, en que cambia el sistema constructivo y la tipología estructural, y afecta al 85% del presupuesto original de la obra, aunque solo modifique la mitad del trazado en planta".

La redacción del Proyecto Modificado Nº 1 propició la Suspensión Temporal Parcial de las obras, formalizada mediante Acta suscrita el 29 de mayo de 2007, en la que se limitó la actividad de DHL a: "Obras comprendidas entre el P.K. 3+ 230 y P.K. 5+959; Reposición de líneas eléctricas; Reposición de líneas telefónicas; Reposición de líneas de control de tráfico; Movimiento de tierras entre P.K. 0 a 0+500; Vía de servicio Sur 1; Vía de servicio NI".

Como consecuencia del Proyecto Modificado Nº 1, el precio del contrato se incrementó en 9.710.011,73 €, IVA incluido y se amplió el plazo de ejecución hasta el 14 de octubre de 2010. El contrato se suscribió con fecha 23 de octubre de 2008.

La reanudación de las obras suspendidas se ordenó mediante Resolución de la Sra. Secretaria de Estado de Infraestructuras, con fecha 13 de octubre de 2008.

De igual forma, nuevas incidencias provocaron la necesidad de redactar un Proyecto Modificado Nº 2, suscribiéndose el contrato mediante firma de fecha 4 de noviembre de 2011. Este nuevo Proyecto no incrementó ni el importe del contrato, ni modificó la fecha de finalización de las obras entonces vigente (30 de diciembre de 2011), pero si provocó la Suspensión Temporal Parcial de las obras, "extensiva a todas las unidades de obra afectadas por la Modificación A/2 2", y suscrita mediante acta de fecha 17 de diciembre de 2010.

La reanudación de las obras de produjo mediante Resolución del Sr. Secretario de Estado de Planificación e Infraestructuras, con fecha 4 de octubre de 2011.

Adicionalmente, el Ministerio de Fomento adjudicó a OHL dos contratos complementarios, definiendo obras accesorias a la obra principal: el Proyecto de Obras Complementarias Nº 1 ("Instalaciones de Seguridad en el Túnel, Acondicionamientos Urbanos y Cerramiento en Mediana"), cuyo contrato se firmó con fecha 3 de mayo de 2010, por un precio de 4.993.347,38 €, IVA excluido, y el Proyecto de Obras Complementarias Nº 2 ("Hinca Junto al Río Guadaiza, Cámara de Tormentas del Enlace nº 2, Drenaje del Túnel de San Pedro, Muros de Escollera y Obras Complementarias"), con fecha de firma de contrato el 5 de diciembre de 2011 y precio de 10.973.247,50 €, IVA excluido.

En relación con el plazo del contrato, inicialmente se fijó en 23 meses, siendo la fecha de finalización prevista el 18 de mayo de 2008. Finalmente, la fecha de finalización quedó establecida en el 30 de septiembre de 2012, esto es, 52,4 meses más tarde, siendo recibidas las obras por el Ministerio de Fomento el 28 de noviembre de 2012, fecha de la firma del Acta de Recepción de las Obras.

Este desfase temporal fue resultado de varias ampliaciones de plazo que conllevaron los Proyectos Modificados, tres reajustes de anualidades y diversas prórrogas otorgadas por la Dirección General de Carreteras, según se detalla a continuación: Prórroga por inundación de diversas zonas de obras, por temporal de lluvias. Concedida el 27 de septiembre de 2010, amplía el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2010; Prórroga por retraso administrativo en la aprobación del Proyecto Modificado nº 2. Concedida el 13 de abril de 2011, amplía el plazo de ejecución hasta el 30 de diciembre de 2011; Prórroga por retraso administrativo en la legalización de las instalaciones del túnel por la Junta de Andalucía. Concedida el 18 de abril de 2012, amplía el plazo de ejecución

hasta el 29 de junio de 2012; y nueva prórroga por retraso administrativo en la legalización de las instalaciones del túnel por la Junta de Andalucía. Concedida el 8 de junio de 2012, amplía el plazo de ejecución hasta el 30 de septiembre de 2012." (fundamento de derecho primero)

Digamos también que la Sala de instancia tuvo a su disposición y valoró dos informes periciales, uno de la empresa recurrente y otro de designación judicial.

Tercero. *Sobre las suspensiones de las obras por falta de disponibilidad de los terrenos y por la legalización de determinadas actuaciones.*

Tal como se indica en los hechos descritos por la sentencia impugnada, la duración de las obras se prologó más allá de lo inicialmente previsto como consecuencia de diversas circunstancias que provocaron ampliaciones de plazo, suspensiones y prórrogas. La empresa recurrente impugna la decisión de la Sala sentenciadora de excluir de la indemnización por tales retrasos dos suspensiones: la primera debida a la falta inicial de disponibilidad de parte de los terrenos; la segunda debida al retraso de la Junta de Andalucía en la legalización de determinadas instalaciones del túnel comprendido en las obras.

En el resumen de hechos reproducido en el anterior fundamento de derecho, se dice lo siguiente sobre la suspensión inicial debida a la no disponibilidad de parte de los terrenos:

"La firma de la preceptiva Acta de comprobación del Replanteo se suscribe el 19 de junio de 2006, estableciéndose así tanto la fecha de inicio de las obras como la viabilidad del Proyecto, si bien se procede a la suspensión temporal del inicio de las obras en aquellas zonas afectadas por determinadas incidencias. La formalización de la suspensión se plasma en el Acta suscrita el 20 de junio de 2006, por la que "...se procede a la Suspensión Temporal Parcial de las obras para las que no se dispone de los terrenos necesarios, así como para las que aun desarrollándose en dominio público no puedan ejecutarse con independencia de las anteriores".

La reanudación de las obras suspendidas se ordenó mediante Acta de Levantamiento de la Suspensión Temporal Parcial suscrita el diez de enero de 2007. [...]"

En cuanto al retraso originado por la legalización de las instalaciones del túnel, se indica en dicho resumen de hechos:

"[...] Prórroga por retraso administrativo en la legalización de las instalaciones del túnel por la Junta de Andalucía. Concedida el 18 de abril de 2012, amplía el plazo de ejecución hasta el 29 de junio de 2012; y nueva prórroga por retraso administrativo en la legalización de las instalaciones del túnel por la Junta de Andalucía. Concedida el 8 de junio de 2012, amplía el plazo de ejecución hasta el 30 de septiembre de 2012."

Los dos informes periciales incluyeron ambas suspensiones en la indemnización por el alargamiento de las obras, según se recoge en el fundamento de derecho segundo de la sentencia. Así, en relación con las demoras producidas, los peritos concluyeron:

- Perito de la parte actora

"Como consecuencia de los retrasos en la disponibilidad de los terrenos, de imprecisiones en el Proyecto, de retrasos en la tramitación administrativa de los expedientes de modificación del contrato y de otras circunstancias sobrevenidas, no imputables al Constructor e imprevistas en el momento de la firma del contrato, se produjo una importante demora en la ejecución (52,4 meses), que desordenó las actividades de OHL, prolongó sus trabajos y alteró sustancialmente el Programa de Trabajo ofertado.

OHL tiene derecho a percibir 13.373.131,06 €, IVA excluido, en concepto de sobrecoste derivado de la alteración del tiempo de ejecución."

- Perito judicial

"[...] iniciadas las obras, se produjo una demora en la ejecución de 52,4 meses, motivada por falta de disponibilidad de terrenos, indefiniciones en el Proyecto, retrasos en la tramitación administrativa de los Proyectos Modificados y toda una serie de condicionantes externos, no imputables al Constructor, por lo cual debe ser resarcido.

En concepto de sobrecoste por incremento del plazo de ejecución, OHL tiene derecho a percibir 13.373.131,06 €, IVA excluido."

Frente a la común opinión de ambos peritos, la Sala resolvió excluir de la indemnización ambas circunstancias. En el caso de la suspensión inicial por falta de disponibilidad de parte de los terrenos por entender

que dicho retraso no provocaba "perjuicios susceptibles de indemnización, por exceder del riesgo y ventura que debe soportar la contratista"; y en el caso del retraso en la legalización de las instalaciones del túnel por no ser dicho retraso responsabilidad de la Administración contratante:

"Conforme señala el perito judicial el coste de gastos generales, por mes de retraso, puede cifrarse en 197.659,42 euros. El Acta de comprobación del replanteo se efectúa en fecha 20 de junio de 2006 y se levanta la suspensión parcial en fecha 10 de enero de 2007. Por tanto, han transcurrido 6 meses y 21 días, que supone rebajar el cómputo global del retraso a 45,8 meses. No se justifica, de forma cumplida que durante los meses que dura la suspensión parcial, se hayan generado perjuicios susceptibles de indemnización, por exceder del riesgo y ventura que debe soportar la contratista. Debemos añadir a ello, que se ha producido un retraso, por legalización de instalaciones del túnel, dependiendo de la Junta de Andalucía, que no puede achacarse al Ministerio de Fomento, por lo que los 6 meses de retraso también deben descontarse. Nos situamos, en definitiva, en 39,8 meses de retraso. La cifra resultante por gastos generales, siguiendo los cálculos que efectúa el perito judicial, supone un Gasto soportado de 12.413.011,58 euros y descontando los retribuidos, supone una diferencia de 4.705.644,75 euros."

No están justificadas ambas conclusiones. Acreditado como hecho probado que la suspensión inicial se debió a una razón no imputable al contratista sino a la Administración, a quien correspondía poner a disposición de aquél los terrenos para la realización de las obras, no puede afirmarse de manera apodíctica que tal retraso y los perjuicios ocasionados por el mismo correspondan al riesgo y ventura asumido por el contratista. Siendo un retraso imputable a la Administración, como se ha indicado y no se discute en la sentencia impugnada, correspondería a ésta acreditar que tal retraso no supuso en el caso concreto de autos perjuicio alguno y, en todo caso, a la Sala haber razonado en tal sentido en términos concretos, rechazando la cuantificación de los perjuicios efectuada por la demandante.

Lo mismo ocurre con el retraso en la legalización de las instalaciones del túnel. Afirma la Sala que el mismo no podía achacarse al Ministerio de Fomento, pero lo que resulta incontestable es que a quien no se le podía achacar era al contratista. Porque, tal como argumenta la parte recurrente, no se trataba de permisos o autorizaciones para realizar la obra, cuya obtención si es responsabilidad del contratista, sino de las actuaciones de inspección y comprobación del correcto funcionamiento de las instalaciones eléctricas en el túnel, actuación que correspondía a otra Administración pública. De esta manera, salvo que la Sala hubiera apreciado que dicho retraso se debía precisamente a alguna actuación dilatoria o falta de diligencia por parte del contratista en alguna gestión previa a la intervención de la Junta de Andalucía, no se le puede achacar al mismo tal dilación. No siendo por tanto un retraso achacable al contratista, los perjuicios originados por el mismo deben quedar igualmente comprendidos en la indemnización.

Debe pues casarse la sentencia en este punto y estar al retraso total fijado por ambos peritos de 52,4 meses.

Cuarto. *Sobre el cálculo de los costes indirectos indemnizables.*

Como segunda alegación, desarrollada en los motivos tercero y cuarto, la parte objeta que la indemnización correspondiente a los costes indirectos causados por el exceso de plazo en la ejecución de la obra se haya realizado mediante una media, en vez de atenerse a la doctrina jurisprudencial consolidada de calcular la indemnización según los perjuicios reales y efectivamente sufridos.

A este respecto la Sala había afirmado lo siguiente:

"En cuanto a los costes indirectos, su cálculo se realiza -en tesis ya consolidada- en función de un porcentaje sobre los gastos de instalación de oficinas de obra, comunicaciones, edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obreros, laboratorio, etc, así como imprevistos y personal técnico y administrativo que está adscrito a la obra. Situándonos en un porcentaje que oscila entre el 1'5% y el 3%, que es el más habitual en nuestras decisiones más recientes - ajustadas a criterios técnicos consolidados-, podemos cifrar el coste indirecto en la cantidad de 1.544.244,40 euros, coincidente con la cuarta parte del importe que señala el perito judicial. Este importe lo consideramos más ajustado a la realidad de las circunstancias."

Pues bien, no hay razones para descartar que los referidos costes indirectos como consecuencia de los meses de retraso en la finalización de las obras puedan calcularse en función de un porcentaje sobre gastos generales como los mencionados por la Sala en el párrafo que se ha transcrito, en vez de realizar un cálculo basado en una valoración del acervo probatorio para determinar dichos costes. Pero lo que no resulta aceptable es la indeterminación con la que se concreta ese porcentaje en el presente caso, ya que la Sala no especifica ni el preciso porcentaje aplicado (entre el 1,5 y el 3%, que señala como habituales en sus precedentes recientes), ni porqué valora el importe resultante, de la cuarta parte del fijado por los informes coincidentes de ambos peritos, como "más ajustado a la realidad de las circunstancias". Esa falta de motivación o justificación de su decisión fuerza a rechazar

la conclusión de la Sala y a estar a lo determinado de forma coincidente por ambos peritos, que calculan los referidos costes indirectos en 6.176.977,62 euros.

Quinto. Conclusión y costas.

De acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos de derechos, hemos de casar y casamos la sentencia recurrida en los aspectos señalados. Por las mismas razones estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización solicitada por la actora reconociendo que el sobrecoste derivado de la alteración del tiempo de ejecución es el correspondiente a 52,4 meses por un total de 13.373.131,06 euros, IVA excluido, lo que conduce a calcular la revisión de precios partiendo de la fecha inicial de 20 de junio de 2006. En cuanto a los costes indirectos se valoran en un total de 6.176.977,62 euros, de acuerdo con lo fijado por los peritos. El resto de partidas queda en los mismos términos que en la sentencia recurrida, debiéndose precisar la cantidad final a percibir por la contratista en ejecución de sentencia.

En cuanto a las cuestiones declaradas de interés casacional, hemos de establecer respecto de la primera que las causas de aumento del plazo de ejecución de la obra que no resultan imputables al contratista sino a una Administración pública que debe intervenir en la ejecución de la obra, en principio y salvo circunstancias que puedan concurrir en cada caso concreto, no quedan comprendidas en el riesgo y ventura de mismo. Y respecto de la segunda cuestión, procede declarar que resulta admisible para determinar los costes indirectos aplicar un porcentaje estimativo sobre los gastos generales, siempre que dicho porcentaje quede justificado de forma suficiente y razonable en función de los parámetros y características de la obra de que se trate.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no se imponen costas ni en la casación ni en las de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico quinto:

1. Declarar que ha lugar y estimar el recurso de casación interpuesto por Obrascón Huarte Lain, S.A. contra la sentencia de 12 de marzo de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 311/2015.

2. Anular la sentencia objeto de recurso.

3. Estimar el citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Obrascón Huarte Lain, S.A. frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud que había efectuado en septiembre de 2014 ante el Ministerio de Fomento a fin de que se tramitara expediente de indemnización de los daños y perjuicios soportados durante la ejecución de las obras "Acondicionamiento de la autovía A-7; p.k. 169,260 al 175.160; tramo Travesía de San Pedro de Alcántara (Málaga); Modificación Dos" (expte. 28-MA-3240.M).

4. Declarar que el sobrecoste derivado de la alteración del tiempo de ejecución se corresponde a 52,4 meses por un total de 13.373.131,06 euros, IVA excluido, adaptando en consecuencia la revisión de precios a la fecha inicial de 20 de junio de 2006, y los costes indirectos a un total de 6.176.977,62 euros, quedando el resto de partidas en los mismos términos que en la sentencia recurrida y debiéndose calcular la cantidad final a percibir por la contratista en ejecución de sentencia.

5. No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.