



Roj: **SAN 1039/2024 - ECLI:ES:AN:2024:1039**

Id Cendoj: **28079230082024100094**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **09/02/2024**

Nº de Recurso: **97/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000097 /2022

Tipo de Recurso: APELACION

Núm. Registro General : 00324/2022

Apelante: UTE PORTOCAMBA

Procurador SR. PIÑEIRA DE CAMPOS

Apelado: ADIF

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA EN APELACION

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a nueve de febrero de dos mil veinticuatro.

Vistos los autos del recurso de **apelación num. 97/2022** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales **Sr. Piñeira de Campos** en nombre y representación de **UTE PORTOCAMBA** contra la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 4 el día 31 de marzo de 2022 en el procedimiento ordinario num. 6/2021-E en materia relativa a reclamación de sobrecostes sufridos por el incremento del plazo de ejecución del contrato Proyecto de construcción de la Plataforma del Corredor Norte-Noroeste de **Alta Velocidad** Línea de **Alta Velocidad** Madrid-Galicia tramo Capobecerros-Portocamba ref. 3.11/06402.1208, siendo apelado el Abogado del Estado en nombre y representación de **ADIF**. Ha sido Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO- Se interpone recurso contencioso-administrativo, ante el Juzgado Central nº 4 de lo Contencioso-Administrativo registrado con el nº Procedimiento ordinario 6/2021-E por UTE PORTOCAMBA (SACYR CONSTRUCCIÓN SAU, CAVOSA OBRAS Y PROYECTOS SA. Y RÍO VALLE CONSTRUCCIÓN Y OBRA PUBLICA S.A.) contra la desestimación presunta por silencio administrativo de ADIF de la Reclamación de sobrecostes sufridos por el el incremento del plazo de ejecución del contrato Proyecto de construcción de la Plataforma del Corredor Norte-Noroeste de **Alta Velocidad** Línea de **Alta Velocidad** Madrid-Galicia tramo Capobecerros-Portocamba ref. 3.11/06402.1208,

SEGUNDO- El Juzgado Central nº 4 de lo Contencioso-Administrativo dictó sentencia el día 31 de marzo de 2020 desestimando íntegramente el recurso.

TERCERO- La representación procesal de VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A. interpone recurso de apelación El Abogado del Estado, en nombre y representación de ADIF se opuso al recurso formulado de contrario.

CUARTO- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, ante la que se personaron las partes, se señaló, el día 7 de febrero de 2023 para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación.

En la tramitación de la apelación se han seguido los trámites establecidos en la Ley.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 4 el día 31 de marzo de 2020 en el procedimiento ordinario num. 6/2021-E desestimatoria del recurso interpuesto por UTE PORTOCAMBA contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación presentada a ADIF el día 9 de marzo de 2020.

SEGUNDO- Co mo resulta de los escritos de las partes y del propio expediente administrativo, los antecedentes de hecho del recurso más relevantes son los siguientes:

- El contrato de las obras del "Proyecto de Construcción de Plataforma del Corredor Norte-Noroeste de **Alta Velocidad**. Línea de **Alta Velocidad** Madrid-Galicia. Tramo: Campobecerros-Portocamba" fue adjudicado a la UTE PORTOCAMBA el día 7 de febrero de 2012, por un importe de 71.398.910,72 euros y un plazo de ejecución de 30 meses.

- El contrato se formaliza el día 27 de febrero de 2012, y se sujeta a la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP) y el RD 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

- El día 24 de marzo de 2012 se celebra el acto de comprobación del replanteo con resultado negativo: no podía tener lugar la iniciación de los trabajos como consecuencia de no estar disponibles los terrenos necesarios al efecto.

- El comienzo de las obras tuvo lugar el día 1 de julio de 2012, habiéndose levantado el día anterior el Acta positiva de Comprobación del Replanteo. La fecha de finalización prevista era el día 1 de enero de 2015, pero el acta de recepción se firma el día 31 de enero de 2018.

A lo largo de la tramitación del contrato se produjeron las siguientes *prórrogas*:

1ª Primera Prórroga se aprueba el día 16 de diciembre de 2014.

2ª Segunda Prórroga se aprueba el día 10 de marzo de 2016.

3ª Tercera Prórroga se aprueba el día 4 de mayo de 2017.

4ª Cuarta Prórroga se aprueba el día 24 de noviembre de 2017.

Igualmente se aprueban los siguientes *reajustes de anualidades*:

Primer Reajuste de anualidades: 28 de noviembre de 2012.

Segundo Reajuste de anualidades: 11 de diciembre de 2013.

Tercer Reajuste de anualidades: 31 de diciembre de 2014.

Cuarto Reajuste de anualidades: 31 de diciembre de 2015.

Quinto Reajuste de anualidades: 31 de diciembre de 2016.

Sexto Reajuste de anualidades: 27 de diciembre de 2017.



Se tramita un proyecto modificado num. 1.

La UTE reclamó sobrecostes por los siguientes conceptos:

COSTES DIRECTOS

Consumos (carburante) 940.097,20 €

Instalaciones de obra (grupos electrógenos) 517.414,24 €

CAVOSA 53.766,00 €

GAM 146.425,40 €

Instalaciones de obra (mantenimiento de instalaciones) 317.222,84 €

CAVOSA 98.172,00 €

ELECTRICIDAD FRAGUS, S.L. 219.050,84 €

TOTAL 1.457.511,44 €

COSTES INDIRECTOS

En este apartado se distinguen los alegadamente soportados en los iniciales meses de suspensión de los ligados a la prolongación del plazo de realización de la obra.

Se reclaman por los siguientes conceptos:

i) Costes de personal

(ii) Costes de oficina y varios

(iii) Costes de consumos (agua, telefonía y costes de comunicación y de locomoción

Coste Indirecto soportado (Suspensión inicial 3,2 meses) IMPORTE (IVA excluido)

Coches, oficinas y varios 6.723,71€

Consumos 862,28 €

Personal técnico y administrativo 81.748,65 €

TOTAL 89.334,64 €

A esto la apelante suma otra cantidad en concepto de " *Prolongación de las obras en 36 meses*" por un importe de 2.326.024,61 euros, que sumados a los anteriores 89.334,64 € arroja una reclamación por costes indirectos por un total de 2.415.359,25 euros.

En tercer lugar reclama sobrecostes por **GASTOS GENERALES**

Señala a tal efecto la recurrente que el presupuesto de ejecución material del contrato asciende a la cantidad de 69.876.156,66 €.

El PEM con baja (0,8056), totaliza la suma de 56.292.231,81 €.

La aplicación del 3,5% sobre el indicado presupuesto (incluyendo la baja ofertada) arroja un resultado de: 1.970.228,11 €.

Realiza un cálculo según el cual multiplicado por el número de meses de retraso arroja un total de 2.640.105,67 euros.

En cuarto lugar reclama sobrecostes por **MANTENIMIENTO DE AVALES**.

En este caso se reclaman 129.624.61 euros.

En resumen:

Costes directos 1.457.511,44 €

Costes indirectos 2.415.359,25 €

Gastos generales 2.640.105,67 €

Mantenimiento de avales 129.624,61 €

TOTAL 6.642.600,97 €



La reclamación de estas cantidades, se realiza con la condena a la Administración demandada al pago el interés legal desde la fecha de la reclamación hasta el pago efectivo.

CUARTO- Los motivos de apelación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

1-. Infracción del art. 199 LCSP en relación con la jurisprudencia recaída sobre los límites del riesgo y ventura.

Alega la parte apelante en resumen que el plazo de 38,2 meses de retraso se corresponde con los siguientes periodos

a) Por el periodo de *retraso en el inicio de las obras* que se corresponde con el comprendido entre el primer Acta de Comprobación del Replanteo con resultado negativo que se formalizó el 24/03/2012 debido a la falta de disponibilidad de los terrenos para el inicio de los trabajos, y el segundo Acta de Comprobación, en este caso positiva, que se levantó en fecha 30/06/2012, dándose orden de inicio de las obras a partir del siguiente (Folios 67 a 68 del complemento de expediente). Este periodo totaliza 3,2 meses.

b) Por el periodo de *ampliación del plazo de ejecución de 35 meses*, que totalizan tres de las cuatro prórrogas del plazo de ejecución acordadas por el órgano de contratación a

lo largo del desarrollo de los trabajos. La *primera prórroga* aprobada el 16/12/2014 por la Administración contratante con un incremento del plazo de 15 meses. La *segunda prórroga* aprobada el 10/03/2016 por el órgano de contratación con un incremento del plazo de 14 meses. La *tercera prórroga* del plazo de ejecución aprobada el 04/05/2017 por el órgano de contratación con un aumentó el plazo de ejecución en 6 meses.

2-. Infracción del deber de motivación de las Sentencias (art. 120.3 CE) en relación con la debida valoración de la prueba practicada en el proceso. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE). La apelante denuncia:

A) Ausencia total de motivación en relación con la prevalencia otorgada a los informes aportados por ADIF.

B) Se ha prescindido de la valoración del acto de prueba celebrado en la instancia, con las declaraciones de los testigos y las ratificaciones y aclaraciones de los peritos

3-. La Sentencia apelada incurre en un manifiesto error en la valoración de la prueba: sí se han aportado facturas y otros documentos acreditativos de los mayores costes reclamados por la UTE PORTOCAMBA.

4-. La sentencia apelada contraviene las reglas de valoración del art. 348 de la LEC y la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la ponderación de los informes técnicos aportados por la Administración cuando esta última es parte en un proceso en que se ven afectados sus intereses.

5-. La sentencia apelada incurre en un vicio de incongruencia interna en contravención de los artículos 24.1 CE y 218.1 LEC; falla en contra del criterio de la Sentencia de la Audiencia Nacional que cita.

6-. Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta los efectos para el contratista de la aceptación de un Modificado o prórroga contractual de cara a una posterior reclamación de daños y perjuicios.

7-. La Sentencia apelada legitima de forma antijurídica una situación de claro enriquecimiento injusto del ADIF AV con el consiguiente empobrecimiento, también injusto, de la UTE apelante.

QUINTO- En su escrito de oposición a la apelación, el Abogado del Estado en nombre de ADIF alega lo siguiente:

1-. Para enervar la vigencia del principio de riesgo y ventura y el contratista tenga derecho a ser indemnizado, que un determinado daño no sea imputable al mismo, sino que ha de acreditarse de forma fehaciente que el retraso constitutivo del sobrecoste controvertido es imputable al órgano de contratación- ADIF-AV, en este caso-

A continuación repasa la prueba practicada en autos, en primer lugar en relación con el acta de comprobación de replanteo, tanto la positiva como la negativa. Igualmente en relación con las consecuencias financieras de los reajustes de anualidades.

Examina lo acontecido en las sucesivas prórrogas del contrato:

Y en cuanto a la tramitación del Proyecto Modificado alega que de la prueba practicada resulta que fue entorpecida por el contratista pero que la misma no impidió que las obras continuasen ejecutándose y que de la citada tramitación no ha quedado acreditado retraso alguno

2-. La Sentencia está perfectamente motivada y, tras extraer los párrafos o contenidos de los informes, como motivación in aliunde de su resolución, se remite a lo resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la Sentencia de 11



de marzo de 2022 (recurso 59/2021).

3-. Respecto del alegado error en la valoración de la prueba, analiza lo acontecido en periodo probatorio y puntualiza, entre otras cuestiones:

a) Respecto de los costes directos. De la prueba de la actora resulta que el criterio utilizado con determinadas reclamaciones de costes directos se realizaron mediante estimaciones de costes. Se hacen medias, utilizando costes de otros meses y se utilizan para el período reclamado. Recuerda que los peritos de ADIF señalaron que los importes reclamados no han sido acreditados. Cabe además constatar que algunos de los conceptos incluidos son los precisos para la ejecución de la obra. La demora en el tiempo, por ejemplo, no va asociada a un mayor gasto en carburante (que es el necesario para la ejecución de la obra contratada), sino a una mayor distribución en el tiempo de dicho gasto.

b) Respecto de los costes indirectos, que están fijados en un 6% en el presupuesto del contrato siendo este un sistema de cálculo que en modo alguno puede proporcionar, ni siquiera de forma indiciaria, indirecta o estimativa, una cuantía de sobrecostes. La apelante pretende comparar una cuestión contable el porcentaje de costes indirectos que el Reglamento de la Ley de Contratos atribuye a los costes indirectos (6%) con un coste real: facturas abonadas correspondientes a costes indirectos.

c) En cuanto a los gastos generales alega que no cabe confundir los "gastos generales de estructura del contrato" con los "gastos generales de empresa", cuando la normativa es muy clara al distinguirlos: en concreto cita el artículo 131 del Reglamento de Contratos. La apelante presenta un sistema que es individualizado en cuanto a los gastos generales de empresa pero no es, en absoluto, singularizado en cuanto a la imputabilidad de dichos gastos generales al contrato en cuestión y a su patología.

4-. Sobre la alegada vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre ponderación de informes técnicos, sobre la Sentencia de la Ilma. Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y sobre la interpretación de los efectos para el contratista de la aceptación de los Modificados y las prórrogas el Abogado del Estado señala que la Sentencia no da prevalencia al criterio del Director de Obra frente a lo razonado por el informe pericial de la parte actora, sino que valora los testimonios prestados por el Director de Obra y el Jefe de obra y los distintos informes periciales aportados, concluyendo que considera que asiste la razón a esta ADIF.

Respecto de la jurisprudencia citada sobre los efectos para el contratista de los Modificados y las prórrogas, no se discute que las prórrogas o Modificados puedan generar sobrecostes indemnizables, lo que se discute es que salvo que se haya acreditado que es imputable al órgano de contratación la causa de determina los mismos no corresponde a la UTE indemnización

SEXTO- Las razones por las que la sentencia apelada desestima el recurso son resumidamente las siguientes:

I-. Recuerda que el artículo 199 de la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, respecto al principio de riesgo y ventura, se establece que "*La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.*"

II-. Analiza el informe de parte firmado por Carlos y por María Rosario (acontecimiento nº 75 del expediente judicial electrónico), ambos Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, aclarado en la vista de 25-1-2022, donde se analizan las incidencias ocurridas durante la ejecución del contrato, considerando que tal ejecución se ha realizado en un plazo muy superior al inicialmente previsto por: la falta de disponibilidad de terrenos; la realización de un total de seis reajustes de anualidad que han modificado los presupuestos anuales disponibles a lo largo de la obra, debido a los problemas presupuestarios de ADIF; la aprobación de cuatro prórrogas de plazo no consideradas en ninguno de los casos por causas imputables al contratista; por la dilación en la aprobación de un Proyecto Modificado; y por último, por diferentes directrices marcadas por el ADIF.

Y directamente reproduce la conclusión de que "*la planificación de la obra se ha tenido que ir modificando durante el transcurso del contrato adaptándose el contratista el rito de la obra a las incidencias que se iban produciendo, y con ello reflejando los plazos necesarios según las previsiones estimadas para la finalización de las obras*". Se señala que "*ninguno de estos motivos es imputable al contratista considerando que le corresponde a ADIF*"

Continua el Juzgador recordando la declaración del perito Sr. Ángela , que fue Jefe de la Obra desde abril de 2013 y quien ha declarado igualmente que todos los retrasos son responsabilidad de ADIF.

Igualmente, recuerda la declaración testifical del Jefe Administrativo de la recurrente, Sr. Erasmo , describiendo el procedimiento seguido para la elaboración de las nóminas y el pago de las facturas por la UTE.



Señala como por parte de ADIF se produjo la declaración del Director de la obra desde septiembre de 2013 en cuyo informe, ratificado en la vista oral, de fecha 3-12-2021, se hace un análisis de los plazos de ejecución de la obra.

Por último, recuerda que también con el escrito de contestación a la demanda, la Abogacía del Estado ha aportado un informe emitido en fecha 2-11-2021, a instancia de ADIF-**Alta Velocidad**, por Heraclio, Economista- Censor Jurado de Cuentas, y por Ignacio, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos (acontecimiento nº 87 del expediente judicial electrónico), igualmente aclarado en la vista oral, y reproduce la sentencia parcialmente las conclusiones de este informe.

El Juzgador de instancia " *Valorando todos los informes a los que se ha hecho referencia, hay que considerar que las conclusiones tanto del emitido en fecha 3-12-2021 por el Director de la Obra (acontecimiento nº 86 del expediente judicial electrónico), como el emitido en fecha 2-11-2021 por los Peritos D. Heraclio y D. Ignacio (acontecimiento nº 87 del expediente judicial electrónico), son los que hacen una acertada valoración de las circunstancias concurrentes en el presente asunto.*"

Y a continuación explica el por qué no considera que sea responsabilidad de ADIF la ampliación del plazo de duración del contrato considerando que obedecieron al ritmo de ejecución de la obra, cuya responsabilidad recaía sobre la recurrente, con fundamento en la documentación obrante en el expediente administrativo, y con los informes periciales aportados por la entidad pública demandada.

Igualmente concluye que no se ha practicado prueba suficiente sobre los conceptos reclamados, citando una sentencia de esta Sala y Sección dictada el día 11-3-2022 (recurso

de apelación 59/2021), y reproduciendo parcialmente su fundamento de derecho sexto.

SÉPTIMO- Co nstituyen un antecedente de esta sentencia las siguientes sentencias igualmente dictadas por esta Sala y sección:

1-. *Sentencia de fecha veintidós de marzo de dos mil veintiuno dictada en el recurso de apelación num. 47/2020 promovido por UTE PORTOCAMBA frente a ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS **ALTA VELOCIDAD** (ADIF AV), contra la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 7 el día 30 de enero de 2020 en el procedimiento ordinario núm. 39/2018 en materia relativa a reclamaciones de cantidad relacionadas con la ejecución de un contrato "Proyecto de construcción de plataforma del corredor norte-noroeste de **alta velocidad**. Línea de **Alta Velocidad** Madrid-Galicia. Tramo: Campobecerros-Portocamba".*

El objeto del litigio era la reclamación de sumas relacionadas con la tramitación del modificado num. 1 para compensar actuaciones ejecutadas y no previstas en el Proyecto. Solicitó la UTE ahora apelante entonces, mediante escrito de 10 de marzo de 2017 el reconocimiento y abono de una serie de actuaciones que habían sido o estaban siendo ejecutadas por la UTE, pero que carecían de reflejo en el Proyecto y no habían sido abonadas. El importe era de 2.044.732,15 euros.

Igualmente se reclamaban además sumas relacionadas con la certificación final, sobrecostes por importe de 501.403,98 euros por " *Parada y ralentización excavación de los túneles*".

Se impugnaba entonces la Resolución de la Presidenta de ADIF-AV, de fecha 22 de enero de 2019, por la que se desestimaba la reclamación de 29 de julio de 2016 por la que la contratista solicitaba el abono, en concepto de sobrecostes, de estos 501.403,98 euros en concepto de " *Parada y ralentización de la excavación de los túneles*". Incluía en la reclamación litigiosa sumas por aumento de costes de personal (87.525,90 euros), aumento de maquinaria de alquiler (255.412,08 euros), y carburante (158.466 euros).

La sentencia fue desestimatoria. El Tribunal Supremo por providencia de 25 de mayo de 2023 inadmitió el recurso de casación interpuesto por UTE PORTOCAMBA contra dicha sentencia.

2-. *Sentencia de dieciocho de junio de dos mil veintiuno dictada en el recurso de apelación 92/2019 promovido por UTE PORTOCAMBA, contra sentencia dictada por el Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 8 en el procedimiento ordinario 16/2017, el día 28 de junio de 2019.*

En este recurso se reclamaron sobrecostes por importe de 3.119.521,87 euros como consecuencia de los trabajos y obras de depuración de aguas y medidas de protección de cauces fluviales, no contempladas en el Proyecto constructivo. Las cantidades reclamadas se referían a los siguientes conceptos: instalaciones de depuración de aguas residuales, procesos de depuración de aguas residuales desarrollados durante la ejecución de las obras, costes soportados por el canon de vertido, y medidas de protección de cauces fluviales.

La sentencia fue desestimatoria. La declaración de firmeza se produjo el día 20 de septiembre de 2021.



OCTAVO- A fin de abordar las alegaciones que como motivo de recurso formula la parte apelante, relativas a la infracción del deber de motivación de las sentencias en relación con la debida valoración de la prueba, de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y del error en la valoración de la prueba, es preciso recordar la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el control de apelación de la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador de instancia.

En el ámbito de la segunda instancia, en cuanto que la misma implica la revisión de la fundamentación fáctica y jurídica efectuada por un órgano jurisdiccional de la pretensión procesal deducida por una parte, es preciso dejar sentado, como premisa rectora de reexamen de la cuestión debatida, que en la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso debe primar el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de Instancia, sobre el juicio hermenéutico, subjetivo y parcial, de la parte apelante, de modo que es necesario acreditar una equivocación clara y evidente en el juicio valorativo del órgano jurisdiccional para acoger este motivo de apelación, sin que sea suficiente una mera discordancia del juicio valorativo de la prueba practicada determinante de la decisión recurrida (por todas, Sentencias de 5 de octubre -apelación 54/00-, 26 de octubre -apelación 72/00- de 2000, 15 de febrero -apelación 112/00- o 17 de mayo -apelación 51/01- de 2001).

Esto aparece reforzado porque la referida actividad de valoración de la prueba practicada en la primera instancia, viene avalada por el principio de inmediación a la presencia del propio juzgador sentenciador, inmediación que permite apreciar y valorar elementos, indicios y circunstancias que escapan a la mera lectura de la documentación procesal de la actividad probatoria o visualización de las grabaciones de las declaraciones testimoniales y periciales.

Por otra parte, el Juez *a quo* ha de valorar los medios de prueba, y en concreto la prueba pericial, "*según las reglas de la sana crítica*", resultando que no es una prueba tasada de manera que las conclusiones de los peritos han de ser examinadas depurando sus razonamientos, ponderándose a tenor de su fuerza convincente, lo que conlleva el respeto a la valoración efectuada por el Juez Central siempre que no sea manifiestamente ilógica, irracional, arbitraria o absurda, o cuando conculque principios generales del Derecho (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre, de 6 de octubre y de 19 de noviembre de 1999, de 22 de enero o de 5 de febrero de 2000), sin que esté permitido sustituir la lógica o la sana crítica del Juzgador por la de la parte (sentencias del mismo Tribunal Supremo de 30 de enero, de 27 de marzo, de 17 de mayo, de 19 de junio y de 18 de octubre de 1999, de 22 de enero y de 5 de mayo de 2000, entre otras).

En resumen: es al Juzgador de instancia a quién le corresponde la valoración de la prueba practicada en autos, valoración que ha de llevarse a cabo conforme a los criterios de la sana crítica, según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 316.2, 326 pfo. último, 334, 348, y 376.

Criterios jurídicos que proyectados a este caso impiden acoger favorablemente las alegaciones del apelante, en la medida en que no llega a desvirtuar, por falta de razonamiento concluyente al respecto, por qué la valoración de la prueba en la sentencia resulta errónea en los términos precedentemente expuestos, cuando aquélla aparece analizada y ponderada, previa práctica de las pruebas periciales bajo el principio de inmediación judicial.

NOVENO- En todo caso, la Sala ha reexaminado el conjunto de las actuaciones y ha llegado a la conclusión de que debe confirmarse la sentencia apelada.

El examen del expediente revela que el contrato litigioso se licitó por un valor estimado de 88.628.240,71 euros.

Se presentaron 24 ofertas. La ahora actora ofreció un precio de 71.398.910,72 euros. Esto suponía una baja del 19,4400 y una puntuación económica de 96,96.

La puntuación técnica de la UTE fue de 100 puntos, la única que obtuvo tal puntuación, siendo la puntuación más **alta** siguiente de 71,71. Esta **alta** puntuación técnica sumada a la oferta económica determinó la adjudicación a la UTE ahora apelante.

1-. La primera incidencia relevante a los efectos de la reclamación de sobrecostes es la *tramitación y aprobación de un proyecto modificado*.

El Modificado num. 1 se justifica en que se lleva a cabo una actuación que incrementa el presupuesto: "*Túnel: Ejecución de canaleta prefabricada para cables en el interior de los túneles y falsos túneles*."

La adaptación de la sección tipo de la propuesta de modificación del Proyecto Constructivo a la norma NAP 2-3-1.0 implica un cambio en las canaletas para cables de comunicación e instalaciones, que pasan de ejecutarse in situ a sustituirlas por dos canaletas prefabricadas embebidas en la acera."

Se adiciona un importe justificado en adendas nums. 1 y 2, incluyendo diversos conceptos, entre otros el descrito como "*Actuaciones en carreteras de la Xunta de Galicia. Al igual que en el caso anterior se trata de*



nuevas actuaciones que suponen un incremento de +881.177,25 euros y la justificación de su necesidad es la misma que en el caso anterior. Las actuaciones que se propone ejecutar son de dos tipos, una consistente en arreglos puntuales de baches y afecciones importantes, que se realizarán saneando un metro para rellenarlo posteriormente con 75 cm de suelo adecuado y 25 de zahorra artificial y 6 cm de mezcla bituminosa tipo AC 16 SURF S y otra actuación final que consistirá en el extendido de una capa de 6 cm de la mezcla bituminosa tipo AC16 SUR S a toda la carretera".

Esta Sala ha establecido, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la aceptación del modificado per se no implica renuncia al derecho a la indemnización de los perjuicios debidamente acreditados sufridos por el contratista. Y que la cuestión del alcance del modificado ha de resolverse caso por caso mediante la interpretación de los hechos y circunstancias del mismo, sin que pueda partirse de la premisa de que la aceptación de un modificado, sin protesta, equivale a la renuncia de los daños y perjuicios que la parte contratista hubiera sufrido, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1204 del CC para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles.

En este litigio se ha acreditado, y así resulta del acta de recepción, que incluye un adicional de precio, que ya se habían ejecutado actuaciones que se incluyen en el modificado, y que durante la tramitación del mismo se continuaron las obras. Incluso aparece un acta de autorización formal de continuación de las obras, pese a haberse recomendado con anterioridad la paralización.

El examen del informe propuesta de autorización del modificado revela, por ejemplo, en el folio 774 del expediente correspondiente, que se motiva la propuesta señalando que " Una vez iniciadas las obras y por tanto con posterioridad a la adjudicación del contrato, se han puesto de manifiesto una serie de circunstancias imprevisibles que afectan al normal desarrollo de los trabajos por diferentes causas, así como a las previsiones contenidas en el Proyecto Constructivo. Dichas circunstancias se enumeran a continuación" apareciendo señalados la depuración de aguas, el hormigón de limpieza en túneles y galerías, la excavación con limitación de las vibraciones, etc. describiendo actuaciones a realizar y otras ya realizadas finalizando tal enumeración (pag. 834) con un cuadro resumen por capítulos de las modificaciones propuestas y su valoración económica.

Se señala que se lleva invertido el 56,71% del presupuesto vigente, (pag. 842) y se puntualiza claramente que " En la propuesta por parte de ADIF se reconoce que se han ejecutado obras con unidades objeto de precio contradictorio por importe de 1.706.803.26 € en B.I. y que se indican vayan a convalidación de gasto."

En el folio 852 se informa por el Inspector General que " El Inspector informante considera que el contenido de las modificaciones propuestas, se recojan o no las observaciones formuladas en el cuerpo del informe, puede requerir, en el caso de que se realizaran actuaciones con precios nuevos sin haberse aprobado el Modificado nº 1, una suspensión temporal de la ejecución de las obras según el proyecto vigente y en lo afectado por dichas modificaciones, concurriendo además la circunstancia de que su importe máximo previsto real supone una variación del -5,79% y, por tanto, no supera el 10 por 100 del precio primitivo del contrato.

En consecuencia, si el órgano de contratación se muestra de acuerdo con el expresado criterio y estima que la suspensión ocasiona graves perjuicios para el interés público y ya que no existe variación en el presupuesto, procedería tramitar el expediente para la autorización de la continuidad provisional de las obras con arreglo a la propuesta técnica del director facultativo de las mismas, según lo dispuesto en el artículo 234.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público . 8 (el subrayado es nuestro).

El informe sobre la viabilidad de continuación de las obras como consecuencia de la tramitación del modificado indica que se inició la tramitación de la suspensión temporal parcial del contrato (folio 872). Igualmente se señala que no supone el incremento del plazo de ejecución (a fecha 20 de enero de 2016, folio 886).

Con fecha 16 de mayo de 2017 ADIF autoriza el informe propuesta de declaración de abono del gasto de las actuaciones ejecutadas y autoriza la tramitación del modificado, sin variación en el plazo de ejecución vigente.

En la demanda se alegaba que la tramitación del modificado " tuvo una importante y negativa incidencia sobre el desarrollo de las obras, ya que implicó la paralización de los tajos afectados por las unidades contempladas en el modificado"

La actora no ha acreditado esa " importante y negativa" incidencia, no habiéndose establecido por la misma, a quién le incumbe la carga de la prueba, ni la entidad de la suspensión parcial de la obra, ni la duración, ni las consecuencias económicas de tales alegadas circunstancias.

Debe en consecuencia desestimarse el recurso de apelación en este extremo.

2-. En cuanto a la paralización inicial por falta de disponibilidad de los terrenos.



Se reclaman sumas por los sobrecostes que esta paralización entre el día 24 de marzo de 2012 y el 30 de junio de 2012 habría acarreado para la actora.

Se reclaman " *coches oficinas y varios*", " *consumos*" y personal técnico y administrativo dentro de " *mayores costes indirectos*" incluyéndose el periodo en el conjunto de los meses en que se prolonga la obra en la reclamación de costes directos y gastos generales.

La Sala considera que no se han acreditado los costes directos, indirectos y gastos generales que se reclaman en relación con este periodo.

La primera acta de acopio de maquinaria es de fecha 29 de octubre de 2012. Justifica el primer anticipo a cuenta dejando la maquinaria en garantía.

El primer acopio de materiales es de fecha 29 de noviembre de 2012.

Se levanta acta en los siguientes términos:

"D. Alberto José Crespo García, en nombre y representación de la UTE PORTOCAMBA, adjudicataria de las obras de referencia, al amparo de lo señalado en los artículos 215 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público y el artículo 155 del R.D. 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha presentado, con fecha 26 de noviembre de 2012, petición de abonos a cuenta por materiales acopiados, por un importe de DOCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTICUATRO. MIL CUARENTA Y TRES EUROS Y SETENTA Y UN CÉNTIMOS (12.624.043, 71 €). La petición es conforme a lo exigido en los citados artículos, así como a lo previsto en la Cláusula 55 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado (Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre). En consecuencia y dado que la Dirección de las Obras considera apropiados al fin al que se destinan la maquinaria y los equipos detallados en la petición, se remite el citado expediente a los efectos de solicitar la autorización del órgano de Contratación, tal como se prevé en el artículo 155 del citado Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; haciendo constar que en la expresada documentación se encuentran incluidos los AVALES señalados en el artículo 215.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, los cuales se incluirán en el expediente de abono de anticipo."

Resulta así que si bien es evidente que es responsabilidad de ADIF-AV el retraso en un plazo de 3,2 meses del comienzo de las obras, la parte no ha acreditado que se produjeran en este periodo los reclamados sobrecostes, debiendo desestimarse la apelación igualmente en este extremo.

3-. *En cuanto a los retrasos por el reajuste de anualidades.*

En este caso el examen del expediente administrativo igualmente revela que desde el año 2012 se inicia un reajuste cuya finalidad era " *adecuar las anualidades al ritmo de ejecución del contrato referenciado*" (pag. 697) y así sucesivamente en 2013 (pag. 698 y 699), 2014, 2015 (pg. 701) y 2016, siempre con expresa conformidad del contratista.

Obra escrito de la contratista relativo a 2016 (pag. 704) y 2017 (pag. 708 donde se reservan acciones).

En el escrito de 18 de diciembre de 2015 se señalan dos cuestiones que la Sala considera relevantes: a) que la adecuación de los ritmos de ejecución no viene motivada por actuaciones imputables a la contratista. b) que se está tramitando el modificado y en consecuencia la fecha final de terminación de las obras quedará afectada por ello.

En el escrito de 22 de diciembre de 2016 se reservan nuevamente acciones, y se hace expresa referencia a la cuestión relativa a la limitación de tonelaje en las carreteras públicas, la tramitación del modificado, y otras cuestiones, en concreto:

- Cambio de la tipología de la excavación en la vía izquierda.
- Intereses de demora en el pago de las certificaciones
- Ralentización excavación de túneles por indisponibilidad presupuestaria.

Y además se hace referencia reclamaciones pendientes por dos conceptos:

- Reposición de carreteras públicas
- Depuración de aguas.

En el recurso de apelación 47/2020 se reclamaron importes en concepto de " *Sistemas de depuración y medidas de protección de los cauces fluviales (desde diciembre 2015 hasta fin de obra), Parada y ralentización de la excavación de los túneles, Reposición de carreteras públicas y limitación tonelaje, Inclusión de aditivos para la formación de hormigones y Canaleta comunicaciones en túneles*".



De la prueba practicada y valorada en la sentencia apelada resulta que no se ha establecido por parte de la actora la alegada responsabilidad de ADIF por los retrasos vinculados a los reajustes de anualidades. El hecho de que en alguno de ellos la actora se reservara acciones no es bastante para justificar su pretensión, ni basta para considerar que la necesidad de adaptar el presupuesto a las vicisitudes de la obra sea responsabilidad exclusiva de ADIF.

Debe confirmarse la sentencia impugnada igualmente en este extremo.

4-. *En cuanto a los retrasos debidos a las prórrogas.* Los argumentos de la actora son resumidamente los siguientes:

a) *Primera prórroga "la falta de disponibilidad inicial de los terrenos para trabajar en el emboquille oeste (imputable a ADIF-AV), derivó a su vez en la ejecución de los trabajos en la zona del emboquille oeste en un momento posterior al previsto en el que tuvieron lugar condiciones climatológicas adversas. Igualmente, la falta de disponibilidad presupuestaria (imputable a ADIF-AV) también se tradujo en la necesidad de incrementar el plazo de*

ejecución inicialmente previsto."

b) *Segunda prórroga " La suspensión parcial de la obra por la tramitación de un Proyecto Modificado es una circunstancia únicamente imputable a ADIF-AV (como responsable del Proyecto) y para la que se prevé una consecuencia indemnizatoria en la LCSP."*

c) *Tercera prórroga "Las causas que motivaron esta tercera prórroga fueron las mismas que la segunda prórroga del contrato; la continuación en tramitación del proyecto Modificado n.º 1 y las limitaciones de tonelaje en diversas carreteras adyacentes a las obras."*

d) *Cuarta prórroga "al margen del retraso arrastrado en la obra que comprometía la ejecución de los remates, la última prórroga del plazo de ejecución se hizo necesaria ante la incidencia que tenían otras obras de la misma línea ferroviaria en el Proyecto*

adjudicado a mi representada,".

Estos argumentos revelan, en primer lugar, que se solapa la atribución de retrasos por el modificado, ya analizada, con los retrasos atribuidos a "prórrogas".

Además, y en relación con la primera prórroga, se solapa igualmente la alegación relativa a la disponibilidad presupuestaria, relacionada con el ajuste de anualidades correspondiente, y con la parte relativa a la paralización de la excavación del túnel de vía izquierda a sección completa, pasando a ser excavado en destroza entre mayo de 2013 y marzo de 2014. A este respecto la sentencia señala literalmente que " *la UTE ha sido compensada por ADIF en virtud de la sentencia nº 48/2018 dictada por el Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 5 en el procedimiento ordinario 31/2017* ".

Combatiendo esta conclusión en el recurso de apelación se afirma lo siguiente:

"Sin embargo, también en este caso nos encontramos ante una aseveración que no tiene en cuenta el resultado de la prueba practicada y el escrito de conclusiones evacuado al respecto. En concreto, en este último escrito se evidenció que, tal y como figura en el FD Cuarto de la Sentencia 48/2018, fueron reconocidos como indemnizables los costes directos relacionados con el equipo de excavación, valorando en conjunto la excavación realizada por importe de 1.536.668,37 €; a los que se suma el incremento de explosivo antes indicado (49.073,91 €) y la retroexcavadora adicional en la fase de avance (37.378,88 €); dando un total de 1.623.121,16 €; conceptos e importes que nada tienen que ver con los que fueron objeto de reclamación en la instancia."

La Sala no puede compartir esta afirmación: no obran en autos elementos que permitan la distinción que se sostiene entre lo que se reclamó entonces y lo que se reclama ahora, visto el tenor de la pretensión ejercitada en estos autos.

5-. *En cuanto a la mayor duración y sus consecuencias en el coste de mantenimiento de los avales.*

Al no haberse establecido que la prolongación en el tiempo de la duración del contrato litigioso sea responsabilidad exclusiva de ADIF, no procede reconocer tampoco el sobrecoste reclamado en relación con el mantenimiento de los avales.

DÉCIMO- La sentencia concluye que, aún si se hubiera establecido la alegada responsabilidad de ADIF por la mayor duración de la ejecución de la obra, no se han acreditado los sobrecostes reclamados.

Se reclaman costes directos, costes indirectos y gastos generales (además de importes relacionados con el mantenimiento de los avales por un periodo más extenso).



Esta Sala ha señalado reiteradamente que no es ajustado a derecho establecer el reclamado incremento de los costes indirectos y gastos generales acudiendo a cálculos aritméticos, para llegar a cuantificar el "sobrecoste sufrido por la mayor duración de la obra", prescindiendo de la concreta acreditación, sobre una base probatoria real, de los conceptos incluidos en costes indirectos. Y, en cuanto a gastos generales, valorando la denominada " *pérdida de oportunidad*" sufrida por la contratista. Metodología que hemos considerado claramente inadecuada, que se aleja de la exigencia de la debida acreditación de los daños y perjuicios que se reclaman.

Los gastos generales se reclaman en este recurso como " *gastos estructurales*" y se aplica un porcentaje al que se llega en el informe pericial de la actora partiendo de la fórmula que se señala como un día establecida por el Consejo de Obras Públicas, efectuando los cálculos con los porcentajes del 15,% y del 3,5% añadiendo que " *A la vista de los porcentajes de GG acreditados por las empresas en base a los criterios expuestos por el Consejo de Estado, estos Peritos consideran que los porcentajes justificados de Gastos Generales están por encima de los establecidos por el COP. Por ello, estos Peritos tomarán como valoración del exceso de gastos generales soportados por el contratista derivados de la mayor estancia en la obra por causas ajenas al mismo el obtenido de la aplicación de porcentaje del 3,5% propuesto por el COP, que ascienden a 2.508.757,13 €.*"

De manera constante, viene señalando la jurisprudencia (podemos citar la ya antigua STS de 27 de diciembre de 1995) que, para incluir la partida de gastos generales en la reclamación de una indemnización por suspensión de obras, no sirven cálculos más o menos abstractos, sino que es necesario acreditar la incidencia que la suspensión (en este caso de las prórrogas y reajustes de anualidades) acordada ha tenido sobre tales gastos.

Los gastos generales no tienen relación, directa ni indirecta, con las obras concretas que la empresa lleva a cabo, de ahí que si su cuantificación, en condiciones normales, se realice aplicando un porcentaje sobre el presupuesto de ejecución material. Esto es debido a que se estima que los costes directos e indirectos de cada obra no permiten cubrir el 100% de los costes totales.

Y, a partir de esa diferenciación, los gastos generales, en la medida en que constituyen cargas comunes fijas de las empresas, tienen que ser repartidos entre las distintas obras que se encuentra ejecutando el contratista en un mismo espacio de tiempo, pues no sería exacto imputar todos los gastos generales de un mismo período a una sola obra. Para esto habría que determinar los gastos generales de la empresa contratista en un determinado intervalo temporal, y dividirlos entre los costes totales de las obras en curso durante ese mismo período. Resultando un porcentaje de reparto de los gastos generales que, multiplicado a su vez por los costes totales de cada obra, nos permitiría conocer el importe de los gastos generales imputables a cada contrato.

Señala la jurisprudencia que, además, la ley utiliza la expresión " *daños y perjuicios efectivamente sufridos*" lo que implica que ha de tratarse de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de las decisiones adoptadas por la Administración contratante, en este caso los reajustes de anualidades y las prórrogas, además del proyecto modificado, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa.

Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la prolongación en el tiempo de la obra, en este caso, de las alegadas prolongaciones responsabilidad de ADIF. Y por aplicación de las reglas de la carga de la prueba incumbe a la contratista probar y justificar debidamente todo lo anterior.

En este caso, la reclamación se vincula a una mayor duración de la obra, sumando los meses que fueron necesarios para finalizarla y restando los inicialmente previstos, sin distinción, lo que complica la determinación de los referidos gastos generales, costes directos y costes indirectos. En los términos en que se han calculado los porcentajes, no puede entenderse acreditados los sobrecostes reclamados sobre la base de fórmulas matemáticas como la empleada por los peritos de la parte ahora apelante, tanto en cuanto a los gastos generales como en cuanto a los restantes costes, dado que no guarda relación con los elementos fácticos concretos de la obra a lo largo del plazo de realización del contrato.

UNDÉCIMO- Con fundamento en las consideraciones expuestas en los fundamentos jurídicos anteriores la Sala llega a la conclusión de que la sentencia apelada no ha infringido el deber de motivación de las Sentencias, justificándose adecuadamente la conclusión relativa a los informes de las partes, tomando en cuenta la prueba practicada en el acto de la vista oral, y razonando las cuestiones esenciales en cuanto a la prueba documental.

No se aprecia la alegada infracción de las " *reglas de valoración del art. 348 de la LEC y la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la ponderación de los informes técnicos aportados por la Administración cuando esta última es parte en un proceso en que se ven afectados sus intereses.*"

No debe prevalecer el criterio de los peritos de la actora, ni el de los peritos de la Administración, correspondiendo al Juzgador la valoración y evaluación del contenido de los informes, los elementos de hecho



sobre los que sustentan sus conclusiones los expertos, el razonamiento lógico, etc, en general, la valoración de los mismos siguiendo las reglas de la sana lógica.

DUODÉCIMO- La desestimación del recurso de apelación conlleva que proceda condenar a la parte apelante al pago de las costas de este recurso de apelación, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la ley jurisdiccional. Haciendo uso de la facultad que contempla el número tercero del precepto citado, habida cuenta del alcance y la dificultad de las cuestiones suscitadas en el recurso, se fija en 3.000 euros la cantidad máxima que, por todos los conceptos, puede alcanzar la fijación de las costas procesales.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de UTE PORTOCAMBA contra la sentencia dictada el día 31 de marzo de 2022 por el Juzgado Central de lo contencioso- administrativo num. 4, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte apelante al pago de las costas de este recurso, con la limitación establecida en el último fundamento jurídico.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**. En el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la ley de la jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.