

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

RECURSO:RAP 82/2020

S E N T E N C I A NÚMERO 31/2022

En la ciudad de Valencia a dieciocho de enero de dos mil veintidós.

Visto por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. D. FERNANDO NIETO MARTÍN, Presidente, Dña. ROSARIO VIDAL MÁS, D. EDILBERTO NARBÓN LAINEZ, D. MIGUEL ANGEL NARVÁEZ BERMEJO y Dña. MERCEDES GALOTTO LÓPEZ, Magistrados, el Rollo de apelación número 82/2020, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia n.º 383/2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Valencia, de fecha 20 de diciembre 2019, en el procedimiento ordinario 573/2018, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta por la Diputación Provincial de Valencia para que no se aplicara o se tuviera por no puesta la cláusula 18 del pliego de condiciones administrativas sobre revisión de precios o, alternativa, que se tenga por declarada la nulidad, teniendo por solicitado el pago de 417.383,78 euros, en concepto del importe resultante del saldo de revisión de precios aplicado indebidamente, más los intereses de demora, que subsidiariamente se tenga por reiterada la petición formulada con fecha 22 de febrero de dos mil diecisiete y por reclamado el importe de 224.105,75 euros, más sus intereses,y contra el Decreto número 2867 del 5 de abril de dos mil dieciocho, y contra el Decreto 08390 de 21 de septiembre 2018, que aprobó la revisión de precios y la certificación final y ampliada al Decreto de 2 de abril 2019. Interviene como apelada la DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VALENCIA; siendo Ponente la Magistrada Doña MERCEDES GALOTTO LÓPEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos de recurso contencioso-administrativo seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 6 de Valencia, en el procedimiento ordinario 573/2018, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta por la Diputación Provincial de Valencia para que no se aplicara o se tuviera por no puesta la cláusula 18 del pliego de condiciones administrativas sobre revisión de precios

o, alternativa, que se tenga por declarada la nulidad, teniendo por solicitado el pago de 417.383,78 euros, en concepto del importe resultante del saldo de revisión de precios aplicado indebidamente, más los intereses de demora, que subsidiariamente se tenga por reiterada la petición formulada con fecha 22 de febrero de dos mil diecisiete y por reclamado el importe de 224.105,75 euros, más sus intereses, y contra el Decreto número 2867 del 5 de abril de dos mil dieciocho, y contra el Decreto 08390 de 21 de septiembre 2018, que aprobó la revisión de precios y la certificación final, se dictó sentencia 383/2019 desestimatoria del recurso .

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] recurso de apelación, siendo admitido a trámite .

TERCERO.- Elevados los indicados autos a este Tribunal, y una vez recibidos y formado el correspondiente rollo, se señaló para la votación y fallo el día 18 de enero de 2022

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de Apelación contra la sentencia n.º 383/2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Valencia, de fecha 20 de diciembre 2019, en el procedimiento ordinario 573/2018, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta por la Diputación Provincial de Valencia para que no se aplicara o se tuviera por no puesta la cláusula 18 del pliego de condiciones administrativas sobre revisión de precios o, alternativa, que se tenga por declarada la nulidad, teniendo por solicitado el pago de 417.383,78 euros, en concepto del importe resultante del saldo de revisión de precios aplicado indebidamente, más los intereses de demora, que subsidiariamente se tenga por reiterada la petición formulada con fecha 22 de febrero de dos mil diecisiete y por reclamado el importe de 224.105,75 euros, más sus intereses, y contra el Decreto número 2867 del 5 de abril de dos mil dieciocho, y contra el Decreto 08390 de 21 de septiembre 2018, que aprobó la revisión de precios y la certificación final y ampliada a Decreto de 2 de abril 2019.

I.- La sentencia dictada por el juez a quo desestima el recurso afirmando que la parte pretende, cinco años después de la adjudicación, no aplicar la cláusula 18ª y la fórmula prevista en ella:

“(...)en el pliego de condiciones particulares, expresamente se procede a establecer una determinada forma de revisión de precios. Se alega de contrario que dicha cláusula sería contraria a los artículos 89 y 90 de la Ley de Contratos del Sector Público. Pero dicha impugnación del contenido de una cláusula del pliego de condiciones administrativas particulares, efectuado por el adjudicatario diez años después de haber obtenido la misma, es inadmisibles, tal y como la doctrina pacífica del Tribunal Supremo, desde la sentencia de cuatro de noviembre de 1997, ha venido señalando, habiendo sido consentida mediante la presentación de las oportunas ofertas, sin que se haya acreditado que en su oferta económica se contuvieran otras precisiones al respecto, al

contrario, tal y como alega la Administración, exponiéndose en la cláusula tercera del contrato el respeto pleno del contratista a las cláusulas contenidas en el pliego.

Por tanto, la fórmula de la revisión de precios que afectaría a dicho contrato es conforme a derecho al encontrarse expresamente recogida en el pliego que no fue debidamente impugnado y sí aceptado, no pudiendo ser objeto de modificación con carácter extemporáneo, puesto que, además, dicha modificación afectaría al principio de libre concurrencia, ya que es posible que la oferta económica presentada por los otros catorce licitadores (se excluyen las dos ofertas excluidas por presentar valores anormales o desproporcionados) estuviera condicionada por un correcto análisis de la posible revisión de precios cuyo cumplimiento se intenta eludir por quien resultó definitivamente adjudicataria.

(...) aun cuando a los contratos de obras solo es posible la aplicación de las fórmulas tipo generales de revisión de precios de esos contratos reguladas en dicho precepto, conforme el artículo 90, no se realiza en la normativa, ni en dicho Real Decreto ni en los preceptos indicados, proscripción alguna de que el órgano de contratación pueda, siempre que responda a la naturaleza del contrato y la estructura de costes de las prestaciones del mismo, remitirse a las fórmulas contenidas en dicho Real Decreto pese a ser un contrato mixto, de servicios o de otro tipo. La única referencia es que por el contenido del contrato, no por la clasificación que se le otorgue conforme los artículos 5 y siguientes de la Ley, proceda la aplicación de dicha fórmula.

Y ello nos conduce a la petición subsidiaria de que se aplique otra de las formulas previstas, la fórmula 431 y no la fórmula 141(...)

(...)esta variación en el contenido de una de las cláusulas administrativas particulares tiene el mismo obstáculo ya referido: Que constituye una modificación contractual no instada a través de los medios establecidos, que no obedece a la modificación de las prestaciones ni a ninguno de los supuestos contemplados en los artículos 105 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público, que ni siquiera se enuncian en la demanda, y que fue expresamente aceptada por el recurrente, siendo que dicha modificación de la legislación del contrato, cual es la cláusula, supondría alterar a su vez el principio de libre competencia, perjudicando al licitador que, habiendo analizado con corrección las posibles desviaciones de la cláusula 18 impugnada y que se pretende modificar, presentó una oferta distinta. No pudiéndose estimar la alegación realizada sobre que la cláusula de revisión de precios no es invariable, por cuanto precisamente la determinación de una fórmula preteterminada y concreta trata de dotar de seguridad jurídica al contratista estableciendo una fórmula, a favor o en contra, que no puede ser por su propia naturaleza objeto de variación; esto es, dicha revisión de precios en el contrato que nos ocupa es invariable por cuanto así se determinó en la cláusula 18, conforme a la cual "los precios de este contrato se revisará o no atendiendo al plazo de ejecución de las obras establecido en el apartado F del cuadro de características generales del contrato. En el supuesto de que no sea procedente la revisión de precios se indicará así en el citado apartado I del cuadro de características generales del contrato. En caso de que sea procedente la revisión de los precios del contrato, éstos se revisarán con los criterios, normas y formalidades que se establecen en los artículos 89 y siguientes del TRLCSP y 104, 105, 106 del RGLCAP, aplicándose la fórmula o sistema de revisión que se detalla en el apartado 1 del cuadro de características generales del contrato."

(...)no se ha probado que, pese a que la fórmula 431 pueda resultar más ajustada a las prestaciones efectivamente llevadas a cabo, resulte más correcta que la fórmula 134 analizando el objeto de la prestación objeto del contrato y no la real prestación u obra ejecutada en cumplimiento de éste, ni que la fórmula contemplada en dicha cláusula 18 se oponga a la naturaleza de dicho contrato aun cuando el mismo pueda, o no, ser mixto o incluso de servicios y sea de imposible aplicación”,

Como motivos de impugnación se denuncia:

- la Incongruencia omisiva en relación con los puntos 1,2 y 4 del suplico:

“(...) se declare que no procede la aplicación o se tenga por no puesta la clausula 18ª del PCAP sobre revisión de precios y el cuadro de características apartado I del PCAP y concordantes del documento denominado Proyecto o alternatively se declare la nulidad(...)”

“(...) se declare el derecho al cobro de la cantidad de 417.383,78 euros en concepto de importe resultante del saldo de revisión de precios aplicado indebidamente (...)”

“(...) se declare el derecho al cobro de los intereses de demora devengados por retraso en el pago del documento denominado certificación final, consistente en la cantidad de 4.487,23 euros correspondiente a la parte del precio ya percibido, mas el importe de los intereses de la parte del precio retenida correspondiente a la revisión de precios desde que se debió pagar hasta la fecha que se haga efectivo el importe (...)”

- indebida aplicación de la norma y jurisprudencia relacionada con las peticiones

- error en la valoración de la prueba.

- falta de motivación de la sentencia .

SEGUNDO.- La Sala acepta la argumentación contenida en la sentencia de la instancia en todo lo que no se aparte de la presente resolución.

Como primer motivo impugnatorio se plantea la incongruencia omisiva .

Complemento del artículo 24 y art 120.3, el artículo 67.1 de la Ley 29/1998 dispone que las sentencias decidirán todas las cuestiones controvertidas en el proceso. Por su parte, es pacífica la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo clarificando que el vicio de incongruencia omisiva supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes, salvo que quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los fundamentos contenidos en la resolución (STC Sección 3ª, nº 9/2014, de 27 de enero).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2012, de 27 de febrero plasma la doctrina consolidada al respecto;“(...)b) Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de un lado, la incongruencia omisiva o ex silentio, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no

quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales(...).”.

No se comparte el reproche en relación con los apartados 1º y 2º, porque la exigencia de congruencia y motivación de las resoluciones jurisdiccionales no conlleva que deba darse respuesta a las alegaciones de las partes siguiendo la sistemática - y profusión- de los escritos de demanda y contestación.

En relación con el deber de motivación de las resoluciones judiciales debe recordarse que la motivación es una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 CE., que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (entre otras Sentencias del TS de 26 de julio de 2002 y 18 de noviembre de 2003 , entre muchas otras). Se reitera más recientemente la anterior argumentación en STS de 18 de junio de 2014. Ahora bien deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que han determinado aquélla (SSTS de 29 de abril de 2009 , 9 de julio de 2010 y 22 de mayo de 2014), sin que deba equipararse la falta de motivación con la motivación satisfactoria para la parte (STS 26 de junio de 2015). En el caso de las resoluciones judiciales no implica necesariamente la sujeción a unas reglas formales uniformes ni rígidas fuera de las previsiones del artículo 218.2 de la LEC . Basta que del contenido de la resolución se deduzca esa razón. Por tanto, la motivación no se identifica necesariamente con razonamientos extensos, detallistas, agotadores ni con pronunciarse sobre todo lo alegado por las partes, flexibilidad que debe conjugarse, obviamente, con el respeto a la congruencia debida.

En definitiva, se trata de poder deducir la razón de lo decidido por los destinatarios de la resolución (S.Tribunal Supremo del 10 de abril de 2018 (rec.3307/2015) .

La sentencia de la instancia rechaza la pretensión de la demandante en relacion con los apartados 1º y 2º.

Ahora bien, cierto es que se solicitó, además de la cuestión sobre la cláusula de revisión de precios, la condena al pago de intereses de demora de la certificación final:

“(...) se declare el derecho al cobro de los intereses de demora devengados por retraso en el pago del documento denominado certificación final, consistente en la cantidad de 4.487,23 euros correspondiente a la parte

del precio ya percibido, mas el importe de los intereses de la parte del precio retenida correspondiente a la revisión de precios desde que se debió pagar hasta la fecha que se haga efectivo el importe (...)"

Sobre esta cuestión la sentencia no se ha pronunciado, resultando pertinente la estimación parcial en este aspecto de pronunciamiento de intereses de demora sobre la certificación final. Ello no obstante no procede estimar la reclamación habida cuenta de que en primera instancia la administración planteo la desviación procesal en relación con esta pretensión no habiendo sido solicitada previamente en vía administrativa, ni tan siquiera en el escrito de interposición del recurso.

Efectivamente se interpuso recurso contra:

- *"(...) acto presunto desestimatorio de la solicitud formulada el día 10 de mayo de 2018 (...) interesando que no se aplique o se tenga por no puesta la clausula 10 del PCAP(...)"*

- *"(...) acto presunto desestimatorio de la solicitud formulada el día 10 de mayo de 2018 (...) interesando se tengan por reiteradas las peticiones objeto de la solicitud del punto 1 así como del recurso potestativo de reposición (...)"*

- *Decreto 08390 del día 21 de septiembre 2018(...) en la que se acuerda aprobar la revisión de precios(...)*

- Ampliado al Decreto 03903 de 2 de abril 2019 que aprueba la liquidación de obras.

Cabe hablar de desviación procesal cuando entre el escrito de interposición y el suplico de la demanda existe una divergencia sustancial, al incluirse en este último actos o disposiciones a las que no se ha referido la impugnación en aquél. La finalidad es clara y no es otra que la Administración tenga la oportunidad de resolver con anterioridad sobre lo que posteriormente constituirá la pretensión judicial. El carácter revisor de esta jurisdicción solo resulta fundado y atendible cuando quepa afirmar que lo pretendido en el proceso es algo distinto y ajeno a lo que fue pedido a la Administración y a las consecuencias o efectos jurídicos derivados de tal petición. No se incurre en desviación procesal cuando la parte pretende en su demanda un pronunciamiento que acoja o estime las consecuencias o efectos jurídicos que se incluyeron en la reclamación administrativa y que derivan de la misma causa de pedir, aunque tales consecuencias o efectos hayan disminuido o aumentado cuantitativamente por razón del tiempo que transcurrió entre la fecha de la reclamación y la fecha en que es presentada la demanda, lo que no sucede en este caso en el que el suplico de la demanda insta un pronunciamiento planteado por primera vez en dicho escrito.

TERCERO.- Como segundo motivo se plantea indebida aplicación de la norma y jurisprudencia relacionada con las peticiones, error en la valoración de la prueba y falta de motivación de la sentencia. En relación con estos motivos impugnatorios la Sala acepta la sentencia de la instancia remitiéndose a las sentencias dictadas por esta misma Sala y Sección en los rollos de apelación 140/2020 y 73/2020.

I.- Normativa aplicable: Real Decreto Legislativo 3/2011 *(teniendo en*

cuenta la fecha de contrato, julio 2013).

- Art 89.3 “3.El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable.”

- Art 90 “1.Cuando resulte procedente, la revisión de precios se llevará a cabo mediante la aplicación de índices oficiales o de la fórmula aprobada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para cada tipo de contratos.

2.El órgano de contratación determinará el índice que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura de los costes de las prestaciones del mismo. Las fórmulas aprobadas por el Consejo de Ministros excluirán la posibilidad de utilizar otros índices; si, debido a la configuración del contrato, pudiese ser aplicable más de una fórmula, el órgano de contratación determinará la más adecuada, de acuerdo con los criterios indicados.

(...)”

- Artículo 91.3 “(…)Salvo lo previsto en el apartado anterior, el índice o fórmula de revisión aplicable al contrato será invariable durante la vigencia del mismo y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad(…)”.

- Art 115 , respecto del pliego de clausulas administrativas particulares:

“1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación.

2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.

3. Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos.

(...)”

II.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece en el cuadro de características del contrato:

“A DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE CONTRATO: El contrato tendrá por objeto la ejecución de las siguientes obras: obras de conservación reparación y mejora de carreteras de titularidad provincial en la Demarcación de Requena Utiel

Codificación Trabajos de mantenimiento de carreteras”.

La Cláusula Primera establece: “constituye objeto de contrato la ejecución de las obras descritas en el proyecto indicado en el apartado A del cuadro de características generales del contrato..”

La cláusula 18, dispone:

“los precios de este contrato se revisará o no atendiendo al plazo de ejecución de las obras establecido en el apartado F del cuadro de características generales del contrato.

En el supuesto de que no sea procedente la revisión de precios se indicará así en el citado apartado I del cuadro de características generales del contrato.

En caso de que sea procedente la revisión de los precios del contrato, éstos se revisarán con los criterios, normas y formalidades que se establecen en los artículos 89 y siguientes del TRLCSP y 104, 105, 106 del RGLCAP, aplicándose la fórmula o sistema de revisión que se detalla en el apartado 1 del cuadro de características generales del contrato.”

El contrato se adjudicó el 28 de junio 2013.

En fecha 5 de julio 2013 se firma el contrato de obras de conservación reparación y mejora de carreteras de titularidad provincial en la Demarcación de Requena Utiel. Duración 48 meses.

En fecha 17 de julio 2013 se firma el acta de comprobación del replanteo.

En de febrero 2017 la contratista apelante presenta escrito solicitando que se cambie la fórmula de revisión de precios al contrato aplicando la fórmula 141 del Real Decreto 1359/2011 *“construcción de carreteras con firmes de mezclas bituminosas”* en lugar de la fórmula 154 *“Rehabilitación de firmes con mezclas bituminosas con preponderancia media de materiales bituminosos (incluyendo barreras y señalización)”*, afirmando la recurrente que no aparece justificación alguna para el empleo de esta fórmula atendiendo a la naturaleza del contrato.

Se basa en el informe del Ingeniero de caminos que afirma:

“(…)las empresas adjudicatarias de los contratos de obras de conservación han cursado reclamaciones en contra de la aplicación de la formula de revisión de precios nº154 establecida en el contrato , manifestando la improcedencia de su aplicación al no ajustarse a la naturaleza de las obras realmente ejecutadas y al no existir una justificación de la misma en el proyecto. Solicitan a su vez la modificación contractual de la clausula relativa a la revisión de precios y la adopción de la que resultarse mediante la aplicación de la “orden Circular 31/2012 sobre propuesta y fijación de formulas polinómicas de revisión de precios en los proyectos de obras de la Dirección General de carreteras”.

De la aplicación de la Orden Circular 31/2012 al proyecto de obras de construcción y a las obras realmente ejecutadas, según las ultimas certificaciones de los correspondientes contratos, parece desprenderse que la formula 154 en ningún caso seria la mas apropiada, dad la naturaleza de los trabajos proyectados o ejecutados. En la siguiente tabla se recoge para cada uno de los contratos de obras de conservación la formula mas apropiada (...) Requena: presupuesto original 141.Obras ejecutadas 431(...).”

No ha de olvidarse que los Pliegos constituyen la "ley del contrato", no

pudiendo realizarse ninguna actuación contraria a lo contenido en esos Pliegos. Pretender la no aplicación de las fórmulas específicamente pactadas, al margen de los mecanismos y procedimientos expresamente previstos por el propio contrato, supone la pretensión unilateral de fijación del precio del contrato, en vulneración de lo dispuesto en el artículo 1256 del C.c .

La sentencia rechaza la pretensión de modificación afirmando:

“(...)Y, así, debemos señalar que, aun cuando a los contratos de obras solo es posible la aplicación de las fórmulas tipo generales de revisión de precios de esos contratos reguladas en dicho precepto, conforme el artículo 90, no se realiza en la normativa, ni en dicho Real Decreto ni en los preceptos indicados, proscripción alguna de que el órgano de contratación pueda, siempre que responda a la naturaleza del contrato y la estructura de costes de las prestaciones del mismo, remitirse a las fórmulas contenidas en dicho Real Decreto pese a ser un contrato mixto, de servicios o de otro tipo. La única referencia es que por el contenido del contrato, no por la clasificación que se le otorgue conforme los artículos 5 y siguientes de la Ley, proceda la aplicación de dicha fórmula.

Y ello nos conduce a la petición subsidiaria de que se aplique otra de las formulas previstas, la fórmula 431 y no la fórmula 141, tal y como es informado favorablemente en fecha 27 de marzo de dos mil diecisiete, del Ingeniero de Caminos del Servicio de Conservación y explotación, por ser la más adecuada dada la naturaleza de los trabajos proyectados o ejecutados.

Sin embargo, esta variación en el contenido de una de las cláusulas administrativas particulares tiene el mismo obstáculo ya referido: Que constituye una modificación contractual no instada a través de los medios establecidos, que no obedece a la modificación de las prestaciones ni a ninguno de los supuestos contemplados en los artículos 105 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público, que ni siquiera se enuncian en la demanda, y que fue expresamente aceptada por el recurrente, siendo que dicha modificación de la legislación del contrato, cual es la cláusula, supondría alterar a su vez el principio de libre competencia, perjudicando al licitador que, habiendo analizado con corrección las posibles desviaciones de la cláusula 18 impugnada y que se pretende modificar, presentó una oferta distinta. No pudiéndose estimar la alegación realizada sobre que la cláusula de revisión de precios no es invariable, por cuanto precisamente la determinación de una fórmula preterminada y concreta trata de dotar de seguridad jurídica al contratista estableciendo una fórmula, a favor o en contra, que no puede ser por su propia naturaleza objeto de variación; esto es, dicha revisión de precios en el contrato que nos ocupa es invariable por cuanto así se determinó en la cláusula 18(...)

Siendo que no es discutido que se dan las condiciones para la revisión de precios conforme el plazo de ejecución de las obras, no se ha probado que, pese a que la fórmula 431 pueda resultar más ajustada a las prestaciones efectivamente llevadas a cabo, resulte más correcta que la fórmula 134 analizando el objeto de la prestación objeto del contrato y no la real prestación u obra ejecutada en cumplimiento de éste, ni que la fórmula contemplada en dicha cláusula 18 se oponga a la naturaleza de dicho contrato aun cuando el mismo pueda, o no, ser mixto o incluso de servicios y sea de imposible aplicación, véase que efectivamente se ha computado, cómputo no impugnado, para la fijación de la revisión de precios, procede desestimar esta pretensión subsidiaria y con ella el recurso interpuesto”.

El carácter obligatorio y vinculante de los pliegos, su prevalencia respecto de cualquier otro documento contractual y su valor como “lex contractus” ha sido ya consagrado tanto por la Jurisprudencia, en el sentido de que la ejecución y cumplimiento del contrato se basa en lo establecido en los pliegos y que los contratos han de ser cumplidos en sus estrictos términos, recogidos en los pliegos, en las ofertas, en la adjudicación y en la formalización de los contratos, así como aparece también en diversas Resoluciones del TACRC.

En este sentido, la Resolución 736/2015, declara: “De acuerdo con una inveterada jurisprudencia los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, recogiendo así el principio “in claris non fit interpretatio”. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982 Sentencia de 8 de julio 2009 referida a la interpretación literal o teleológica).

Así, los pliegos de cláusulas administrativas del contrato constituyen la ley del contrato, y vinculan tanto a la Administración como a los participantes en el procedimiento de contratación. De otro modo, la alteración sustancial de las reglas que rigen la adjudicación produciría una absoluta indefensión de los participantes. Y entre esas reglas sustanciales se encuentran las relativas al precio y al régimen de revisión de éste, puesto que constituye uno de los elementos esenciales de todo contrato, sobre el que debe existir acuerdo entre las partes y, sobre todo, en el ámbito específico de la contratación administrativa, debe ser conocido de antemano .

Por lo tanto, una vez se ha establecido el régimen de revisión de precios del contrato, cumpliendo todas las condiciones señaladas anteriormente, este régimen será el contenido dentro del pliego.

Las conclusiones anteriores, relativas al régimen de revisión de precios de un contrato público pactado en el pliego, nos llevan a la respuesta de que el contenido de ese pliego, es el que debe prevalecer por la preeminencia del pliego contractual, sino también por el hecho de que los licitadores se encuentran vinculados por lo dispuesto en él, de manera que las proposiciones de éstos deben estar y pasar por todo lo dispuesto dentro del pliego que rija la licitación, proposiciones de los interesados que se entienden como manifestación de su voluntad a la entidad contratante y por las que quedan vinculados. Así, el artículo 145, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011 establece: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o*

reserva alguna.”

Por tanto la fórmula de revisión de precios que aparece recogida en los pliegos es la que debe aplicarse. Los contratos obligan a las partes a lo expresamente pactado y si en este caso concreto se pactó un precio y una fórmula de revisión de precios no puede pretenderse emplear otra distinta.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de septiembre de 2001, señala: *“En consecuencia, no cabe trasladar, y esta es la doctrina de aplicación a este supuesto, al ente público titular del servicio, en este caso, la Corporación municipal, los efectos de un Convenio colectivo de empresa pactado por el concesionario sí dicho ente público no tuvo intervenciones sobre esta acción.”* 9.- *A la vista de estos informes se puede afirmar que en la aplicación de la revisión de precios, el órgano de contratación debe ajustarse a lo señalado en el pliego, es decir, atendiendo al índice señalado en el mismo que, no olvidemos, fue conocido y aceptado por el contratista, que lo consintió, obtuvo la adjudicación del contrato y lo formalizó con un índice de revisión concreto que no puede pretender cambiar. Actuar de otra forma podría suponer una alteración de las cláusulas del pliego que vulneraría el principio de igualdad de trato (...)*”

Asimismo el Tribunal Supremo tiene reiteradamente establecido (Sentencia de 11 de mayo de 2004) que *“los Pliegos de Condiciones de los Contratos Administrativos constituyen un dictado para los que participan en el Concurso quedando obligados los que obtienen la adjudicación de la obra ó servicio a su cumplimiento y sometidos a todas las consecuencias que se deriven de dichas condiciones (Sts. 26-2-1952; 25-9-1965; 3-11-1967; y 30-1-1995 entre otras), y que todo aquél que toma parte en un concurso sin impugnar previamente las bases por el que se va a regir pierde la oportunidad de alegar irregularidad alguna afectante a las mismas (T.S. 9-3-1991)”*,

Por ello en el caso presente, el recurrente que conoció y aceptó el proyecto de obras objeto de contrato, que consintió el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, obtuvo la adjudicación del contrato y lo formalizó no puede ahora pretender que la revisión se realice conforme a una fórmula distinta. La contratista era perfectamente consciente de lo que firmaba, y del modo en que lo hacía, así como de las circunstancias que concurrían, de modo que ese proceder voluntariamente asumido no puede de inmediato sustituirse por una actuación encaminada a cambiar un acto propio alegando razones de legalidad que pudo y debió oponer en el momento previo a la suscripción del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2008).

El recurso en este punto debe desestimarse.

Y en este sentido la sentencia 748/2021, de fecha 28 de septiembre 2021, dictada en el RAP 140/2020 (referida a otra demarcación) afirma:

“(...) da respuesta a dos cuestiones nucleares y desestima todas pretensiones esgrimidas por la parte apelante en su demanda: (1) estima ajustada a derecho y no declara la nulidad de la cláusula 18 del PCAP y apartado I del cuadro características y apartados concordantes en el documento denominado “Proyecto” sobre fórmula de revisión de precios; (2) desestima que se aplique la fórmula 431 y no la fórmula 141, tal como informó

en su momento el Ingeniero de Caminos del Servicios de Conservación y Explotación, por ser más acorde con los trabajos proyectados y ejecutados. La anulación en esos términos hace inviable la solicitud de estimación del recurso por incongruencia omisiva.

(...) El razonamiento del Juzgado tiene soporte tanto doctrinal como jurisprudencial, el fundamento de derecho 58 y 59 de la sentencia del TJUE de 18 de septiembre de 2019 (asunto C-526/2017) fija como criterio de modificación de los contratos de obras públicas (concesión) el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva se oponen a que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato de concesión de obras públicas, el poder adjudicador de la concesión y el concesionario modifiquen las estipulaciones de su contrato de concesión de tal modo que estas pasen a presentar características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial.

(...) Procede recordar al respecto que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva se oponen a que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato de concesión de obras públicas, el poder adjudicador de la concesión y el concesionario modifiquen las estipulaciones de su contrato de concesión de tal modo que estas pasen a presentar características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Así sucede cuando las modificaciones previstas tengan por efecto bien que se amplíe en gran medida el contrato de concesión de obras públicas incluyendo en él elementos no previstos, bien que se altere el equilibrio económico de dicho contrato en favor del concesionario, o cuando esas modificaciones puedan cuestionar la adjudicación de la concesión de obras públicas en el sentido de que, si se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, se habría seleccionado otra oferta o habrían podido participar otros licitadores (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de septiembre de 2016, Finn Frogne, [C-549/14](#), [EU:C:2016:634](#), apartado 28 y jurisprudencia citada)....De este modo, en principio, una modificación sustancial de un contrato de concesión de obras públicas requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de septiembre de 2016, Finn Frogne, [C-549/14](#), [EU:C:2016:634](#), apartado 30 y jurisprudencia citada) (...).

En estos casos, lo que procede es un nuevo procedimiento de adjudicación donde la normativa aplicable sería la vigente en el momento de adjudicación (fd. 60): la vigente en el momento de esa modificación (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2013, Comisión/Países Bajos, [C-576/10](#), [EU:C:2013:510](#), apartado 54). Los puntos 42 y 43 de las conclusiones del Abogado General de 21 de enero de 2021 ([C-721/19](#) y [C-722/19](#)) asumidos por la sentencia del proceso (TJUE 2.9.2021) nos dicen que una modificación será sustancial a tenor del apartado 4 del art. 43 de la Directiva 2014/23 cuando la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, [...] habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión o que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial. En definitiva, lo primero que tendría que haber demostrado al parte o intentado demostrar es que no estamos ante una modificación sustancial.

OCTAVO.- El núcleo del proceso lo centra la parte demandante en dos cuestiones:

- a) No estamos ante un contrato de obra sino de servicios.
- b) La cláusula de revisión de precios debe tenerse por no puesta y nula.
- c) De forma subsidiaria, en su caso, debe aplicarse a la revisión de precios una fórmula adecuada que permita la mayor reciprocidad de intereses.

NOVENO.- Este tema ya lo abordamos en esta Sala y Sección Quinta en la sentencia núm. 757/2016 de 20 de septiembre de 2016-rec. AP-431/2014, en la misma afirmábamos la imposibilidad de establecer cláusulas que desnaturalicen los contratos:

(...) las Administraciones Públicas o Poderes Adjudicadores pueden establecer clausulas y pactos referidos a criterios de adjudicación, puntuaciones, prestaciones etc pero no pueden establecer cláusulas que alteren el régimen jurídico nuclear o desnaturalicen un determinado tipo contractual, sería tanto como dejar en manos de la Administración el régimen jurídico de los contratos, sólo puede hacerlo el Estado -vía legislativa- haciendo uso de su competencia básica o las Comunidades Autónomas, en función de sus respectiva competencias, respetando el régimen básico (...).

En nuestro caso, estamos de acuerdo con el demandante en que nos encontramos con un contrato de servicios como actividad nuclear, sin perjuicio que la empresa deba hacer reparaciones en las carreteras. En condiciones normales, las cláusulas de un contrato de obras son diferentes al contrato de servicios, en esta tesitura, lo normal sería dar por finalizado el contrato de “obras” que entraría en fase de liquidación y licitar un contrato de “servicios”. Ahora bien, a pesar del nomenclátor como “contrato de obras” el pliego de condiciones técnicas, pliego de condiciones particulares y el propio contrato no han impedido la correcta ejecución de este, por tanto, no podemos decretar la nulidad de este, máxime cuanto está ejecutado.

DÉCIMO.- Concluido en el punto anterior que las clausulas del contrato y los derechos y obligaciones de las partes se ajustan a un contrato de “servicios” y no de “obras” queda por analizar la viabilidad de la “clausula de revisión de precios”.

La Sala, tras examinar la prueba documental del expediente administrativo, comprueba el informe de 27 de marzo de 2017 del Ingeniero de Caminos del Servicio de Conservación y Explotación donde afirma que la fórmula 154 del Real Decreto 1359/2011 (documento núm. 19 de expediente administrativo) no sería la más apropiada dada la naturaleza de los trabajos proyectados o ejecutados. En ningún momento, tal como refiere la sentencia apelada, se afirma que sea de imposible aplicación.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo lleva décadas afirmando que el pliego de cláusulas administrativas particulares constituye “Ley entre las partes”, sirvan de ejemplo las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo núm. 1643/2020 de 1 de diciembre de 2020-rec. 2408/2019 o núm. 429/2021 de 24 de marzo de 2021-rec. 5570/2019, rigen la vida de la relación contractual y, antes, son el referente sobre el que los licitadores deben hacer sus ofertas de mejora. El artículo 145.1 de la LCSP 2011 (hoy 139.1 de la Ley 9/2017) se refiere al PCAP cuya función es fijar los pactos y condiciones que definen las prestaciones a que se obligan las partes según el contrato y la normativa aplicable. Los pliegos pueden ser impugnados por los licitadores o afectados directos por los mismos, incluso de forma excepcional la jurisprudencia admite la “impugnación indirecta de los pliegos” por motivos puntuales de nulidad de pleno derecho por infracción de derecho fundamental como fija la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo núm. 1040/2019 de 19 de julio de 2019-rec. 5010/2017 o núm. 328/2021 de 22 de marzo de

2021-rec. 4883/2019 o cuando su contenido resulta absolutamente oscuro e incomprensible, incluso, para un licitador informado y diligente (STJUE-eVigilio (C-538/13) de 12 de marzo de 2015).

Tras la exposición de la anterior doctrina vamos a concluir con la desestimación del recurso por varias razones:

a) Pide la no aplicación o nulidad de la cláusula cuando ha finalizado la ejecución del contrato.

b) La empresa conocía perfectamente el contrato y cometido porque había sido el adjudicatario de la misma demarcación de L'Alcudia en el anterior contrato al examinado (2010-2012) con la misma cláusula de revisión de precios.

c) No es de imposible aplicación.

d) El art. 89.4 del RDLeg 3/2011 como el art. 103.4 de la Ley estatal 9/2017 prohíben la modificación de la fórmula de revisión ya que resulta invariable.

Vamos a desestimar el recurso".

CUARTO.- Dispone el artículo 139.2 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, reguladora de esta Jurisdicción, que en las demás instancias (es decir, salvo las resoluciones dictadas en primera o única instancia) se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que se aprecien circunstancias para su no imposición.

No procede verificar condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y de general aplicación

FALLAMOS

1- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por .la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] contra la sentencia n.º 383/2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Valencia, de fecha 20 de diciembre 2019, en el procedimiento ordinario 573/2018

2.- Inadmitir por desviación procesal la reclamación de pago de intereses de demora devengados por retraso en el pago del documento denominado certificación final, consistente en la cantidad de 4.487,23 euros correspondiente a la parte del precio ya percibido, mas el importe de los intereses de la parte del precio retenida correspondiente a la revisión de precios desde que se debió pagar hasta la fecha que se haga efectivo el importe

3.- Confirmar el resto de pronunciamientos de la sentencia.

4.- No procede verificar condena en costas.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016), previa consignación de un depósito de 50 euros en la cuenta 4318.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Iltrma. Sra. Magistrada Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.