

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

En la Ciudad de Valencia, veintisiete de abril 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 EN GRADO DE APELACION compuesta por:

Presidente:

Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martín.

Magistrados Ilmos. Srs:

Dña. Rosario Vidal Más
D. Edilberto Narbón Laínez
Dña. Mercedes Galotto López
Dña. María Jesús Guijarro Nadal

SENTENCIA NUM: 326/2022

En el recurso de apelación núm. AP-200/2020, interpuesto como parte apelante por DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VALENCIA, representada y dirigida por el SERVICIO JURÍDICO DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL [REDACTED] Y [REDACTED] representada por la Procuradora Dña. [REDACTED] y defendida por el Letrado D. [REDACTED] "sentencia núm. 66/2020 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valencia, que estima parcialmente recurso y declara que la resolución impugnada es contraria a derecho, declarando su nulidad y reconociendo a la parte actora como situación jurídica individualizada, el saldo resultante del correcto cálculo de la liquidación final, conforme al fundamento de derecho cuarto, frente a:

1. Acto presunto desestimatorio de la Diputación Provincial de Valencia de la solicitud formulada el 15 de mayo de 2018, interesando que no se aplique o se tenga por no puesta la cláusula 18

del PCAP y concordantes del documento denominado "proyecto" o alternativamente se tenga por declarada la nulidad de la misma cláusula, teniendo por solicitado el pago de 393.261,47 € en concepto de importe resultante del saldo de revisión de precios aplicado indebidamente, más los intereses de demora: subsidiariamente, se tenga por reiterada la petición formulada con fecha 3 de marzo de 2017 y por reclamado el importe que resulte de la aplicación correcta de la fórmula más los intereses, teniendo por reiteradas las peticiones del recurso de reposición contra Decreto núm. 02870 de 5 de abril de 2018 con acumulación de ambas peticiones.

2. Acto presunto desestimatorio de las peticiones formuladas los días 9 y 15 de mayo de 2018 (Núm. De registro 31.954 y 33.558) del RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN interpuesto contra el Decreto Núm. 02870 del 5 de abril de 2018, declarando éste como no conforme a derecho, y ante las nuevas solicitudes y los motivos de impugnación, y previa admisión a la petición inicial de 3 de marzo de 2017 la ampliación del objeto del recurso a la solicitud de no aplicación y que se tenga por no puesta o declarar la nulidad de la fórmula de revisión de precios y, en todo caso, a la admisión de la acumulación de ambas peticiones, se adopte nueva Resolución Administrativa en virtud de la cual se proceda a no aplicar y a tener por no puesta 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 o, en su defecto, se declare su nulidad, abonando la suma de 393.261,47 €, más los intereses de demora y subsidiariamente, y en supuesto de estimarse que el contrato adjudicado era realmente de obra, se proceda a estimar la pretensión de fecha 3 de marzo de 2017, aplicando la fórmula adecuada, abonando la suma que resulte de aplicar la adecuada, más los intereses de demora.

3. Decreto núm. 09482 del día 22 de octubre de 2018, adoptado por la Presidencia de la Diputación de Valencia, en la que se acuerda aprobar la revisión de precios del contrato de servicios de «Obras de conservación, reparación y mejora de carreteras de titularidad provincial en la demarcación de Buñol (2013-2016) (B253) y la certificación final.

4. Ampliación al Decreto 03184 de 5 de marzo de 2019 por la que se acuerda aprobar la liquidación de las obras del proyecto: «Obras de conservación, reparación y mejora de carreteras de titularidad provincial en la demarcación de Buñol de la que resulta un saldo de "00" €".

Habiendo sido parte en autos como apelada DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VALENCIA Y [REDACTED] y Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. EDILBERTO NARBÓN LAINEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dictada resolución que se ha reseñado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, la parte que se consideró perjudicó perjudicada por la resolución interpuso el correspondiente recurso de apelación Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La representación de la parte apelada contestó el recurso, mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia por la que se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO.- No Habiéndose recibido el recurso a prueba, quedó el rollo de apelación pendiente para votación y fallo.

CUARTO.- Se señaló la votación para el día veintiséis de abril de dos mil veintidós.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

SEXTO.-Para la resolución del caso examinado debemos partir de los siguientes puntos de hecho:

1. Respecto a la aprobación del Proyecto, en el DOC002 del expediente administrativo (en adelante EA) obra el Decreto de la Presidencia de la Diputación núm. 6424 de 26 de septiembre de 2012 por el que se toma en consideración del Proyecto de "Obras de conservación y reparación y mejora de carreteras de titularidad provincial en la demarcación Buñol". La aprobación formal del Proyecto de Obras tuvo lugar mediante Decreto de la Presidencia de la Diputación núm. 8914 de 4 de diciembre (DOC006, págs. 13 y 14) y Decreto de rectificación núm. 9077, de 11 de diciembre (DOC007, págs. 15 y 16 EA) acordando dichas resoluciones proceder a su replanteo.

2. En cuanto a la licitación de las referidas obras, el pliego de cláusulas administrativas, procedimiento de adjudicación, etc. fueron

objeto de informe previo por parte de la Oficialía Mayor, por delegación de la Secretaría General de esta Diputación (DOC009, págs.18 EA).

3. Con carácter preceptivo para la licitación de dichas obras de conservación, reparación y mejora, se dicta el Decreto de la Presidencia de la Diputación 1027, de 21 de febrero de 2013 (DOC010 EA) en el que se aprueba el expediente de contratación “..Atendido que las necesidades que se pretenden cubrir con la contratación... se describen en el referido proyecto de conservación y se satisfarán mediante la ejecución de las obras descritas en el mismo, en el ámbito de la demarcación definida en los planos y con las características y calidad que se recogen en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.”

Concretamente en esta resolución:

- a.- Se aprueba el expediente de contratación con los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Pliego de Prescripciones Técnicas.
- b.- Se aprueba el presupuesto de contratación por importe de 4.939.423,97 €, IVA excluido, concretándose las anualidades previstas en el importe total del gasto y se autoriza el gasto correspondiente a los presupuestos de las anualidades 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, que se establecen como plazo de ejecución del contrato.
- c.- Se Convoca el correspondiente procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de obras.

4. El pliego de Cláusulas Administrativas particulares aprobado figura en el DOC011 EA, siendo publicado en el perfil del contratante de la plataforma de la Generalitat. En el mismo aparece totalmente delimitado el objeto del contrato por remisión al Proyecto de Obras de Conservación, reparación y mejora de las carreteras de titularidad provincial demarcación Buñol 2013-2017 (DOC 29 EA), y todos los aspectos jurídicos de la contratación. Los distintos trabajos que comprende el Proyecto se encuentran codificados, descritos y valorados en diferentes anexos del Proyecto y en correspondencia con los precios a ofertar en el modelo de proposición.

Particularmente en la cláusula 17 se regula la FORMA DE PAGO, estableciéndose que “Será de abono la obra realmente ejecutada con arreglo al precio convenido y los pagos se efectuarán contra certificaciones de obras (..) las certificaciones se expedirán mensualmente”.

Y en la cláusula 18 la REVISIÓN DE PRECIOS, por remisión expresa al apartado “F” del cuadro de características del contrato, en cuya virtud el

contrato está sujeto a revisión de precios mediante aplicación de la fórmula 154 de entre las aprobadas por el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre.

5. Resulta acreditado que la recurrente concurrió a la licitación presentando oferta y que en la clasificación de las presentadas resultó con la puntuación más alta (95,88 puntos) por lo que resultó adjudicataria del contrato licitado mediante Decreto 5210, de 5 de julio de 2013, de la Presidencia de la Diputación de Valencia (DOC014 EA), en el que se le requirió para la formalización del contrato. En el encabezamiento de la oferta, la UTE hoy demandante manifiesta que *"... enterados del expediente, pliego de cláusulas administrativas particulares y demás antecedentes que rigen la contratación por procedimiento abierto de las obras de "Conservación, reparación y mejora de carreteras de titularidad provincial en la demarcación de Buñol 2013-2016, según anuncio publicado en el BOP número 51 y fecha 1 de marzo de 2013, aceptan todo ello en su integridad, incluyendo el cuadro de precios no ofertables del documento 4 del Proyecto, y se comprometen a ejecutar las obras con sujeción estricta al proyecto técnico y pliego de condiciones de referencia por la cantidad de 4.545.680,27 €"*. La recurrente suscribió en 16 de julio de 2013 contrato para la ejecución de las obras antes referenciadas.

6. El 23 de febrero de 2018 se suscribe por la Diputación Provincial de Valencia y la UTE demandante el acta de recepción de las obras, singularizándose como obras de mejora realizadas las siguientes:

- ESV 15/2015 Estudio de Seguridad en la CV-405 entre los pk. 11+100 y 11+500.
- Construcción de cuneta de seguridad en la ctra. CV-405 entre pk 3+400 al 3+850
- CV-424 Ordenar intersección pk. 5+570
- Remodelación de paradas de autobús en ctra. CV-424 de Venta del Poyo (A3) a Buñol por Godelleta pk. 11+000
- Remodelación de intersección en ctra. CV-429 pk. 0+200 a 0+500

En 23 de marzo de 2018 se lleva a cabo la medición general de las obras, documentada a los folios 127 y 128 EA, resultando un saldo positivo de obra ejecutada a favor de UTE CONSERVACION BUÑOL 2 de 515.346,04 €.

También en dicha fecha la adjudicataria suscribe la certificación final de las obras, de la que resulta la procedencia de abonar al contratista la cantidad de 122.084,30 € (DOC020 EA).

7. Previamente a lo expuesto en el punto anterior a adjudicataria presentó en 3 de marzo de 2017 escrito por el que ponía de manifiesto su disconformidad con la fórmula de revisión de precios aprobada en el pliego y aplicada al contrato (NÚM. 153 de las aprobadas mediante Real Decreto de 2011) y solicitando se aplicara -por considerarla más ajustada -la

número 141, sin concretar diferencias económicas derivadas de dicha petición.

8. Esta solicitud, tras informe técnico emitido (DOC 018 EA) e informe jurídico (DOC019 EA), es desestimada mediante Decreto de la Presidencia de 5 de abril de 2018, número 2870 (DOC023 EA).

9. No conforme con la decisión de la Diputación, con fecha 7 de diciembre de 2019, la UTE interpuso recurso contencioso-administrativo que fue turnado al Juzgado C.A. núm. 3 de Valencia (PO 606/2018). Seguido por sus trámites, con fecha 26 de febrero de 2020, se dictó sentencia núm. 66/2020 estimando en parte el recurso. Ambas partes interponen recurso de apelación por lo que son apelantes y apeladas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso la parte apelante DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VALENCIA y [REDACTED] interponen recurso contra "sentencia núm. 66/2020 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valencia, que estima parcialmente recurso y declara que la resolución impugnada es contraria a derecho, declarando su nulidad y reconociendo a la parte actora como situación jurídica individualizada, el saldo resultante del correcto cálculo de la liquidación final, conforme al fundamento de derecho cuarto".

SEGUNDO.- La sentencia apelada recoge perfectamente las posiciones de las partes:

1. En cuanto a la calificación del contrato como "servicios en lugar de obras", la sentencia no niega que la naturaleza del contrato podría ser la de un contrato de servicios en lugar de contrato de obras, lo que niega es que cuatro años después de firmado el contrato y aceptadas las cláusulas, entre ellas la revisión de precios, pueda el demandante reclamar su nulidad por este motivo. Según la sentencia la modificación afectaría a la libre competencia, existieron 14 licitadores que no sabemos la decisión o propuesta que hubiesen realizado de haber existido otra revisión de precios como la que propugna la parte demandante.

2. En cuanto a la cláusula 18 estima, por los mismos argumentos, que fue la aceptada por la parte y no la anula.

3. En cuando a la revisión de precios, debía comenzar una vez finalizados dos primeros años desde la formalización y ejecutado el primer 20% del contrato. En nuestro caso, se formalizó el 16 de julio de 2013, por tanto, el derecho de la empresa demandante a la revisión de precios nació en la mensualidad de agosto de 2015.

4. Finalmente, el Juzgado analiza la medición general de la dirección facultativa (doc. 21) en su apartado núm. 3 y se da cuenta que para el cálculo de la revisión de precios se consideran los índices de precios publicados a la fecha de redacción de la medición general, es decir, marzo de 2018 cuando el índice correcto corresponde a cada vez de emisión de la certificación; en otro caso, se está revisando a fecha de liquidación, abonos a cuenta que tuvieron lugar y se devengaron años atas, con previos superiores todo ello conforme al art. 106 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Señalamos desde este momento que vamos a seguir el criterio marcado por esta Sala y Sección Quinta de 28 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TSJCV:2021:4922) donde se plantean las mismas cuestiones pero referidas a la demarcación de L'ALCUDIA DE CRESPIES (2013-2016) (AC556).

TERCERO.- En primer lugar, conviene analizar la normativa aplicable al presente caso, la licitación comenzó en 2012 y se firmó el contrato en 2013, por tanto, según la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, Real Decreto Legislativo 3/2011 como la disposición transitoria primera núm. 2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014:

(...) Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior (...).

Significa lo expuesto que la normativa aplicable es el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

CUARTO.- Los motivos del recurso de apelación por parte de la [REDACTED] son los siguientes:

1. Vicio de incongruencia omisiva, por no haberse pronunciado el Juzgado sobre todas las cuestiones planteadas.
2. Indebida aplicación de las norma y jurisprudencia relacionada con las peticiones.
3. Error manifiesto en la valoración de la prueba.
4. Falta de motivación y racionalidad alcanzado en sentencia.

QUINTO.- La primera cuestión que vamos a dilucidar es el motivo cuarto de “falta de motivación e irracionalidad”. Sobre la falta de motivación se ha pronunciado al sentencia del Tribunal Constitucional núm. 102/2014, de 23 de junio, FJ 3, reiterada en la núm. 101/2015, de 25 de Mayo de 2015, el Ato Tribunal afirma que tiene la condición de relevante a efectos de producir indefensión cuando no expresa los criterios esenciales que han llevado al Juzgado o Tribunal a tomar una decisión, cuando la motivación es arbitraria o irrazonable o cuando la motivación tiene una argumentación formal pero carente de motivación material, convirtiéndose en puro voluntarismo judicial (STC 30/2017-fd 5º). Igualmente ha señalado el Alto Tribunal que constituye infracción constitucional no dar respuesta a los motivos sustanciales debidamente planeados en un recurso contencioso administrativo (STC 23/2018), singularmente la doctrina fijada por el TJUE con base al principio de primacía o la propia doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 51/2016 o 77, 101 y 102/2021).

El Juzgado en su sentencia expresa los criterios esenciales por los cuales “desestima la demanda” y responde todas las cuestiones sustanciales que se desprenden del proceso, prueba de ello es que el demandante/apelante ha podido defender su posición tanto en primera instancia como en el recurso de apelación. Cuestión diferente es que no le guste o discrepe del razonamiento hecho por el Juzgado en la sentencia que no podemos ni vamos a calificar de arbitrario o irrazonable.

SEXTO.- El segundo de los motivos lo articula vía incongruencia omisiva. Respecto a la incongruencia omisiva, según la sentencia del Tribunal Constitucional nº 152/2015, de 6 de julio de 2015 reiterada en las SSTC 165/2020 y 7/2021:

(...) existe incongruencia denominada omisiva o ex silentio cuando “el órgano judicial deja sin respuesta lo pretendido”. Ahora bien, para

que este tipo de incongruencia se verifique es necesario, según hemos señalado, que la discrepancia del litigante con la resolución dictada se refiera en verdad a la respuesta judicial otorgada y no a la motivación de la misma, ya que el vicio de incongruencia requiere, en todo caso, un defecto del fallo o de la parte dispositiva, no de “los fundamentos que la nutren para dar respuesta a las alegaciones de las partes” (STC 36/2006, de 13 de febrero, FJ 1). Es esencial, en este punto, la distinción efectuada en nuestra doctrina entre las meras alegaciones de los litigantes, que sólo pueden afectar a la motivación de la resolución, y las auténticas pretensiones formuladas, que son las únicas que pueden determinar un desajuste del fallo con aquellas —y, por ende, un vicio de incongruencia omisiva— (SSTC 174/2004, de 18 de octubre, FJ 3; 36/2006, de 13 de febrero, FJ 3, y 25/2012, de 27 de febrero, FJ 3) (...).

En nuestro caso, 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 153 y no la fórmula 141, 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.

SÉPTIMO.- En cuanto a la argumentación jurídica en ambos casos es la misma, lo que pretende la parte actora es una modificación contractual una vez ejecutado el contrato, no instada en su momento por los medios ordinarios, sobre unas cláusulas expresamente aceptadas por las partes y que no han impedido la ejecución del contrato con toda normalidad.

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 (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 la parte o intentado demostrar es que no estamos ante una modificación sustancial.

OCTAVO.- El núcleo del proceso lo centra la parte demandante-apelante 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 cláusulas 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 (...).

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 su nulidad de este, máxime cuanto está ejecutado.

DÉCIMO.- Concluido en el punto anterior que las cláusulas 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 "cláusula de revisión de precios".

La Sala, tras examinar la prueba documental del expediente administrativo, comprueba que la fórmula 141 del Real Decreto 1359/2011 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.

UNDÉCIMO.- Por su parte, la Diputación Provincial de Valencia hace un examen minucioso en el recurso de apelación sobre:

La cláusula XVIII de revisión de precios del PCAP estableció:

(...) Los precios de este contrato se revisarán 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 I del cuadro de características generales del contrato (...).

En el cuadro de características técnicas del contrato se estableció (se reitera en la cláusula novena del contrato):

(...) Fórmula de revisión: Fórmula nº 154 de entre las aprobadas por el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas (...).

No está de acuerdo con la parte de la sentencia que estima el recurso. El Juzgado analiza la medición general de la dirección facultativa (doc. 21) en su apartado núm. 3 y se da cuenta que para el cálculo de la revisión de precios se consideran los índices de precios publicados a la fecha de redacción de la medición general, es decir, marzo de 2018. Cuando el índice correcto corresponde a cada vez de emisión de la certificación; en otro caso, se está revisando a fecha de liquidación, abonos a cuenta que tuvieron lugar y se devengaron años atrás con previos superiores, todo ello conforme al art. 106 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Impugna por dos vías:

a) Estima que no es de aplicación al supuesto que nos ocupa la redacción del art. 89 del RDLeg. 3/2011 en la redacción dada por la

Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, lo impedía la disposición transitoria primera 1:

(...) El régimen de revisión de precios de los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo expediente de contratación se haya iniciado antes de la entrada en vigor del real decreto al que se refiere el artículo 4 de esta Ley será el que esté establecido en los pliegos. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos (...).

En este argumento hay que dar la razón a la Administración se debe tomar la dicción del art. 89 del RDLeg. 3/2011 en su versión anterior a la modificación por Ley 2/2015 (exento un año y 20% ejecución).

b) Error en la valoración de la prueba: constancia en el cuadro de precios del folio 427 (documento núm. 21) del expediente administrativo de la aplicación de índices de revisión mensuales diferentes entre julio de 2014 y mayo de 2017: inexistencia de los índices del mes de marzo de 2018 supuestamente aplicados.

En principio hemos examinado el documento núm. 21 que en el núm. 3 página 133 nos dice:

(...) Para el cálculo de la revisión de precios se consideran los índices de precios publicados a la fecha de la redacción de esta medición general, es decir, marzo de 2018(...).

La redacción conduce a la interpretación que hace la sentencia apelada, la Administración trata de explicar que para el cálculo se han tenido presentes los índices de 2018 y anteriores hasta esa fecha, esgrime dos argumentos:

a) Los índices de marzo de 2018 no se encontraban disponibles en dicho mes de marzo, momento de elaborarse la certificación final y medición general. Puesto que, en realidad, los índices para mano de obra y materiales para el primer trimestre de 2018 (enero marzo) se publicaron en el BOE de 2 de agosto de 2018.

b) La segunda se deriva del propio examen del documento núm. 21, folio 427, en el que puede constatarse que los índices que aparecen reflejados a partir de la certificación de julio de 2014, son diferentes.

La Sala ha examinado ambos extremos y comparte el criterio de la Diputación Provincial de Valencia, la única diferencia es que no se trata del documento núm. 21 sino del documento núm. 22-B-253 al folio 427. Vamos a estimar el recurso y revocar la sentencia en este extremo. En definitiva, la Diputación Provincial de Valencia efectuó la revisión según el art. 104, 105 y 106 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

DUODÉDIMO.- De conformidad con el art. 139.2 de la Ley 29/1998, procede imponer las costas de apelación a la empresa apelante cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas, se limitan a 2500 € por todos los conceptos. En cuanto a la Diputación Provincial de Valencia no procede su imposición en esta alzada al haber sido estimado su recurso.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso planteado por [REDACTED]
[REDACTED]. ESTIMAR EL RECURSO PLANTEADO POR DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VALENCIA, "sentencia núm. 66/2020 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valencia, que estima parcialmente recurso y declara que la resolución impugnada es contraria a derecho, declarando su nulidad y reconociendo a la parte actora como situación jurídica individualizada, el saldo resultante del correcto cálculo de la liquidación final, conforme al fundamento de derecho cuarto, frente a:

1. Acto presunto desestimatorio de la Diputación Provincial de Valencia de la solicitud formulada el 15 de mayo de 2018, interesando que no se aplique o se tenga por no puesta la cláusula 18 del PCAP y concordantes del documento denominado "proyecto" o alternatively se tenga por declarada la nulidad de la misma cláusula, teniendo por solicitado el pago de 393.261,47 € en concepto de importe resultante del saldo de revisión de precios aplicado indebidamente, más los intereses de demora: subsidiariamente, se

tenga por reiterada la petición formulada con fecha 3 de marzo de 2017 y por reclamado el importe que resulte de la aplicación correcta de la fórmula más los intereses, teniendo por reiteradas las peticiones del recurso de reposición contra Decreto núm. 02870 de 5 de abril de 2018 con acumulación de ambas peticiones.

2. Acto presunto desestimatorio de las peticiones formuladas los días 9 y 15 de mayo de 2018 (Núm. De registro 31.954 y 33.558) del RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN interpuesto contra el Decreto Núm. 02870 del 5 de abril de 2018, declarando éste como no conforme a derecho, y ante las nuevas solicitudes y los motivos de impugnación, y previa admisión a la petición inicial de 3 de marzo de 2017 la ampliación del objeto del recurso a la solicitud de no aplicación y que se tenga por no puesta o declarar la nulidad de la fórmula de revisión de precios y, en todo caso, a la admisión de la acumulación de ambas peticiones, se adopte nueva Resolución Administrativa en virtud de la cual se proceda a no aplicar y a tener por no puesta 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 o, en su defecto, se declare su nulidad, abonando la suma de 393.261,47 €, más los intereses de demora y subsidiariamente, y en supuesto de estimarse que el contrato adjudicado era realmente de obra, se proceda a estimar la pretensión de fecha 3 de marzo de 2017, aplicando la fórmula adecuada, abonando la suma que resulte de aplicar la adecuada, más los intereses de demora.

3. Decreto núm. 09482 del día 22 de octubre de 2018, adoptado por la Presidencia de la Diputación de Valencia, en la que se acuerda aprobar la revisión de precios del contrato de servicios de «Obras de conservación, reparación y mejora de carreteras de titularidad provincial en la demarcación de Buñol (2013-2016) (B253) y la certificación final.

4. Ampliación al Decreto 03184 de 5 de marzo de 2019 por la que se acuerda aprobar la liquidación de las obras del proyecto: «Obras de conservación, reparación y mejora de carreteras de titularidad provincial en la demarcación de Buñol de la que resulta un saldo de "00" €".

CONFIRMAMOS la sentencia apelada en las partes donde desestima el recurso y confirma las resoluciones de la Administración. REVOCAMOS la parte de la sentencia que estima parcialmente recurso y declara que la resolución impugnada es contraria a derecho, declarando su nulidad y reconociendo a la parte actora

como situación jurídica individualizada el saldo resultante del correcto cálculo de la liquidación final, conforme al fundamento de derecho cuarto, en su lugar, DESESTIMAMOS ÍNTEGRAMENTE LAS PRETENSIONES A ESTE RESPECTO de [REDACTED].

Procede imponer las costas de apelación a la empresa apelante cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas, se limitan a 2500 € por todos los conceptos. En cuanto a la Diputación Provincial de Valencia no procede su imposición en esta alzada al haber sido estimado su recurso.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, firme que sea la presente resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Valencia, para el cumplimiento y ejecución de la presente sentencia.

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.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.