



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 3 5 / 2 0 0 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 25 de mayo de 2009.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas y Transporte en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la empresa M.M., C.O., S.A. por los perjuicios económicos ocasionados durante la ejecución del proyecto de obras de Circunvalación a Arucas 1ª Fase. Tramo: Enlace Cruz Roja-La Goleta. Isla de Gran Canaria. Clave: 02-GC-239, como consecuencia de la indisponibilidad de los terrenos (EXP. 193/2009 ID)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, emitido a solicitud del Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de los perjuicios económicos causados a la empresa interesada durante la ejecución del contrato de las obras de Circunvalación Cruz Roja-La Goleta. 1ª Fase. Isla de Gran Canaria. Clave: 02-GC-239, de la que es adjudicataria.

Este asunto, al igual que se ha señalado en otros Dictámenes de este Organismo, como por ejemplo el reciente Dictamen 172/2009, de 20 de abril, concierne a una reclamación de responsabilidad de naturaleza contractual, no extracontractual. Esta naturaleza de la reclamación no es óbice para la preceptividad del Dictamen y consiguiente necesidad de solicitarlo, porque el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias dispone la preceptividad del Dictamen en las "*reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa*

---

\* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

*patrimonial"*, sin distinguir si esta responsabilidad patrimonial es de origen contractual o extracontractual.

Como donde la ley no distingue el intérprete no puede distinguir, ha de considerarse que el precepto legal antes mencionado abarca tanto las reclamaciones de uno y otro origen; y así se ha entendido por el Consejo de Estado cuya Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, en su art. 12.13 dispone igualmente la preceptividad del Dictamen en todos los procedimientos de reclamación a la Administración de indemnización de daños y perjuicios (en cuantía superior a 6.000), sin distinguir entre las de origen contractual o extracontractual (véanse por todos los Dictámenes del Consejo de Estado 1093/1991, de 3 de octubre de 1991, y 3114/2002, de 30 de enero de 2003).

Por virtud de lo expuesto, la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la citada Ley del Consejo Consultivo.

2. En su escrito de reclamación, la afectada manifiesta que resultó adjudicataria de las obras el 24 de octubre de 2002, el contrato se firmó el 25 de noviembre de 2002, y el acta de comprobación de replanteo y consiguiente acuerdo de inicio de los trabajos el 19 de diciembre de 2002. De forma inmediata, disponía de los medios de materiales y humanos necesarios para afrontar las unidades a ejecutar, con vistas a terminar la primera fase de la obra, el tramo que transcurre entre la Glorieta Cruz Roja y la glorieta Vivisque, a los nueve meses de la firma del acta de replanteo de la obra. Sin embargo, a lo largo de toda la traza se produjo una constante paralización de los trabajos por la falta de disposición de los terrenos necesarios para ejecutar la obra contratada, situación que se recoge en los distintos escritos remitidos al Director de la obra.

3. Como la situación referida se prolongó durante toda la realización de la obra, hubo no sólo que mantener equipos humanos y materiales (mientras las obras estuvieron tácitamente suspendidas), sino también que adaptar el plan de trabajo para adecuarlo a las necesidades del momento. Lo que se tradujo en el otorgamiento de un conjunto de sucesivas prórrogas, la ejecución de unidades con un alto coste por la discontinuidad de la obra, ya que se tuvieron que realizar recorridos de materiales no previstos para el estudio, la ejecución parcial de estructuras por estar afectados terrenos donde se emplazaban, costes no previstos para mantener la señalización y medidas de seguridad en la protección de zonas aisladas de la obra, lo

que implicó un aumento de los gastos indirectos, los generales, sobre costes de adquisición de materiales, y pagos de pólizas de seguros de responsabilidad civil para periodos no previstos.

4. La modificación del plan de trabajo y la suspensión tácita del contrato que no se tradujo ni en la suspensión formal ni en la resolución del contrato, han causado a la empresa unos perjuicios valorados por ella en 3.080.305,50 euros, cuya indemnización solicita e incluye gastos indirectos, generales, sobrecoste de unidades de obra, costes de estudios externos, paralizaciones de tramo, sobrecoste de planta de hormigonado, gastos de señalización provisional de obra, sobrecoste del acero, sobrecoste de ejecución de aglomerado por variaciones del precio del crudo, sobrecostes de seguridad y salud de la obra, y sobrecoste de la póliza de responsabilidad civil.

## II

1.<sup>1</sup>

2. La empresa afectada es titular de un interés legítimo, puesto que ha sufrido daños derivados de la ejecución del contrato celebrado con la Consejería de Obras Públicas y Transportes. Por lo tanto, ostenta la legitimación activa, pudiendo presentar la correspondiente reclamación en este procedimiento, teniendo, además, la condición de interesada en el mismo. Su representación, sin embargo, no ha quedado acreditada.

## III

1. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación presentada, puesto que considera sobre la base de la instrucción practicada que se produjo durante la ejecución del contrato de obra una suspensión tácita del mismo por causas no imputables a la empresa interesada, lo que determina, en aplicación del art. 102 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D.L. 2/2000, de 16 de junio (LCAP), la obligación de indemnizar los perjuicios padecidos por dicha causa; pero, por otro lado, no se considera adecuada la valoración de los mismos efectuada por la empresa interesada.

2. En este caso, es preciso tratar una cuestión previa planteada por la empresa interesada en el escrito de alegaciones presentado el 3 de octubre de 2008 y que es

---

<sup>1</sup> Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

tratada en la Propuesta de Resolución: es la relativa a la supuesta producción de silencio administrativo y el sentido del mismo.

Así, la interesada alega que como no se ha cumplido con el plazo resolutorio, en aplicación del art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), su petición se ha estimado por silencio administrativo; sin embargo, la Administración considera que "el art. 43 LRJAP-PAC, hace referencia a los expedientes iniciados por los interesados, no siendo éste el supuesto que nos ocupa, dado que nos encontramos ante una petición de reclamación de un importe con motivo de unas incidencias ocurridas durante la ejecución de la obra, incidencias éstas que traen causa de un expediente de contratación que no ha sido iniciado a petición de la entidad mercantil interesada, sino de la Administración. Consiguientemente, el silencio producido por el transcurso del tiempo, se entiende que se ha de estimar en sentido negativo", considerándose, por lo tanto, que estamos ante un procedimiento iniciado de oficio, siendo aplicable el régimen del art. 44 LRJAP-PAC.

3. Realmente, se trata de una incidencia surgida con ocasión de la ejecución del contrato administrativo, pues el daño reclamado tiene su causa en lo acaecido durante la ejecución del contrato, ya que como se señalaba en el Fundamento I de este Dictamen estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual. Lo que implica considerar que este procedimiento, por traer su causa última de la ejecución del contrato, se ha iniciado de oficio, siendo de aplicación el art. 44 LRJAP-PAC y, por lo tanto, no cabe entender estimada por silencio administrativo la reclamación de la empresa interesada.

Es cierto, pues, lo que alega la Administración en la Propuesta al respecto ya que la reclamación de la empresa interesada se trata de "una petición de abono de una cantidad de dinero respecto al importe de la obra realizada por el contratista en relación con unas incidencias surgidas en el transcurso de la ejecución de la obra, que no estaban previstas inicialmente en el contrato y resultaron necesarias (... por lo que) es una petición inserta en un procedimiento iniciado de oficio por la Administración". Fuera del marco de dicho contrato, la reclamación carece de virtualidad propia.

4. El Tribunal Supremo, por lo demás, en reiterada Jurisprudencia entiende que no cabe el silencio administrativo positivo en reclamaciones planteadas en ejecución de un contrato de obras por ser propias de un procedimiento iniciado de oficio, no a instancia del interesado, como por ejemplo se afirma en la Sentencia del Tribunal

Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 4 de abril de 2008, dictada resolviendo un recurso de casación de unificación de doctrina (RJ 2008/2403), en la que se afirma que “la ejecución del contrato y de todas sus incidencias deben reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación de contrato, porque en ese expediente se recogen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes y como se trata de expedientes iniciados de oficio las consecuencias del silencio administrativo, según el art. 42 LRJAP-PAC, se podrían considerar desestimadas”.

En el mismo sentido, la Sentencia de 28 de febrero de 2007, dictada por el Pleno del Tribunal Supremo, a propósito de la reclamación del pago de los intereses legales, pero que establece una doctrina a este respecto igualmente aplicable al supuesto que nos ocupa.

En fin, confirmando ahora definitivamente esta línea jurisprudencial, la nueva disposición final octava de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), expresamente establece en su segundo apartado que “en todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución, sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver”.

5. Ya en distinto orden de cosas, por otro lado, se ha demostrado en este asunto el hecho lesivo, en virtud de la documentación aportada por la empresa interesada, especialmente por los escritos remitidos al Director de obra, y cuya realidad por lo demás no niega la Administración contratante.

A su vez, ha quedado acreditado, por las certificaciones correspondientes, tal y como alega el Director de obra, que los períodos de suspensión tácita de la ejecución del contrato por la indisponibilidad de los terrenos fueron:

- diciembre de 2003.
- Los meses comprendidos entre junio y diciembre de 2004, ambos inclusive.
- febrero, marzo, abril, mayo, septiembre y octubre de 2005.

En ellos, la certificación fue de 0 euros.

6. En lo que respecta a los gastos generales de obra correspondientes a los meses antes referidos, la valoración de los daños realizada por la Administración es correcta. Sólo cabe indemnizar por los meses en lo que la certificación fue de 0 euros: aunque la dilación se hubiera producido desde febrero de 2003, no consta tal certificación respecto a los meses comprendidos entre febrero y noviembre de 2003, ambos inclusive, lo que no demuestra la producción de un daño en este período.

En lo que se refiere a la "paralización de tramos", si bien la interesada comienza al respecto haciendo referencia a los efectos propios de una suspensión tácita, realmente lo que alega es la producción de daños por conceptos tales como que la calidad de las tierras sobre las que se ejecuta la obra era peor que la esperada. Por lo que resulta de aplicación a los perjuicios padecidos por tales circunstancias y a otros similares el principio de riesgo y ventura previsto en el art. 98 LCAP, y no le corresponde a la Administración en consecuencia la indemnización de los mismos.

Por último, en lo que se refiere a la indemnización solicitada por la estructura de sujeción, sobrecostes de instalación y señalización, se trata de modificaciones contractuales que se han de abonar por el procedimiento correspondiente, en el que además también han de plantearse en su caso los sobrecostes de materiales asfálticos que también se alegan producidos.

7. Por lo tanto, la Propuesta de Resolución, que estima parcialmente, es conforme a Derecho por los motivos ya referidos. A la interesada se le ha de indemnizar siguiendo los criterios indicados en los apartados anteriores; y añadiéndose, si los acredita correctamente, los correspondientes a los gastos de seguridad y responsabilidad civil. Además, se ha de tener en cuenta que las cuantías mencionadas están referidas al momento de presentar la reclamación y se han de actualizar cuando se dicte la resolución definitiva.

## C O N C L U S I Ó N

Es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen. Procede la estimación parcial de la reclamación de responsabilidad formulada por la empresa interesada, en la cantidad establecida por aquélla, debidamente actualizada.