



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 181/2010

(Sección 1ª)

La Laguna, a 24 de marzo de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas y Transporte en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por R.S.I., en nombre y representación de la UTE P.T., por daños ocasionados debido a retrasos en la ejecución de la obra "Acondicionamiento y Variante de la GC-291. Acceso a Teror. Primera Fase. CLAVE: 03-GC-291", como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Transportes (EXP. 113/2010 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias es la Propuesta de Resolución de un procedimiento iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por la UTE P.T. por los perjuicios económicos que alega sufridos como consecuencia de los retrasos en la ejecución de la obra "Acondicionamiento y Variante de la GC 21. Acceso a Teror. Primera Fase. Isla de Gran Canaria".

El resarcimiento que a través de este procedimiento se pretende tiene su origen en un contrato administrativo de obras, por lo que ha de encuadrarse, genéricamente, en la denominada responsabilidad contractual. Esta naturaleza de la responsabilidad no es óbice para la preceptividad de la solicitud del Dictamen, en virtud del art. 11.2 de la Ley del Consejo Consultivo.

En efecto, así se incluyen las reclamaciones de indemnización por responsabilidades de origen contractual y extracontractual como ha entendido

* PONENTE: Sr. Lazcano Acedo.

siempre el Consejo de Estado, cuya Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, en su art. 12.13, dispone 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 euros; 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).

Asimismo, el Consejo Consultivo de Canarias en sus Dictámenes 206/2005, de 21 de julio, 4/2006, de 9 de enero; 6/2007, de 8 de enero; 437/2008, de 25 de noviembre; 206/2008, de 21 de julio; 172/2009, de 20 de abril y 235/2009, de 25 de mayo, ha sostenido la misma interpretación.

II

1. Según resulta de la documentación obrante en el expediente, en virtud de Orden del titular del Departamento de 14 de marzo de 2007 fue adjudicado a la UTE P.T., integrada por las empresas C.S.A. - O.Y.A. de C.S.L., el contrato de ejecución de la obra "Acondicionamiento y Variante de la GC-21. Acceso a Teror. Primera Fase. Isla de Gran Canaria" por un importe de 7.886.738,54 euros y un plazo de ejecución de 20 meses, formalizándose con fecha 9 de abril siguiente el correspondiente contrato en documento administrativo.

El 30 de abril de 2007 se suscribió el acta de comprobación del replanteo de la obra, en la que se ponía de manifiesto la no disponibilidad de los terrenos, por lo que se procedió a la suspensión temporal de inicio de las obras, comenzándose éstas, al existir ya disponibilidad de los terrenos, el 29 de junio de 2007.

2. El contratista, con fecha 28 de agosto de 2008, presenta la reclamación que ha dado origen al presente procedimiento por los perjuicios económicos que ha sufrido durante la ejecución de las obras debido a determinadas acciones efectuadas por la entidad A.R.N.S.A. que provocaron la paralización de los trabajos.

Según señala en su escrito, el 4 de febrero de 2008 A.R.N. corta el acceso al "tronco 1" con una cadena y una plancha situadas en la curva "La Palma", dentro del terreno expropiado por la Consejería de Obras Públicas y Transportes con fecha 19 de junio de 2007 y puestos a disposición de la UTE P.T. (la UTE). Esta acción provoca la parada total de todos los trabajos de esta zona por no tener acceso rodado a la misma, según se comunica a la Dirección de Obra en escrito de 5 de febrero de 2008, cuya copia adjunta a su solicitud.

Los trabajos permanecen detenidos hasta el 14 de marzo de 2008, tras hacerse efectiva la expropiación de la "finca nº 13".

Los trabajos vuelven a ser interrumpidos el 14 de junio de 2008, debido a que la empresa A.R.N.S.A. ejecuta un vallado en la "finca nº 15" y coloca una cabeza tractora en la separación entre "las fincas 14 y 15", todo ello dentro de terrenos cuya titularidad corresponde a la Consejería de Obras Públicas y Transportes, por lo que queda impedido el acceso rodado a toda la "zona 1" de la obra.

Todos estos sucesos fueron denunciados por la UTE, tanto a la Guardia Civil como a la Policía Local, con conocimiento de la Dirección de Obra.

Finalmente, el 9 de julio de 2008 la Guardia Civil insta a la empresa A.R.N.S.A. a la retirada de los vehículos situados en las dos ubicaciones citadas, pudiendo a partir de ese momento continuar los trabajos.

La contratista reclama una indemnización por la paralización de los trabajos durante los señalados periodos que asciende a la cantidad total de 358.612,20 euros (376.542 euros, IGIC incluido), en la que se incluye la cuantía del coste de los recursos relativos a maquinaria, medios humanos y medios auxiliares (218.045,39 euros), así como del coste indirecto, comprensivo de los costes del personal técnico y de oficina asignado a la obra y los alquileres de las casetas de obra (140.566,81 euros).

3. La posterior tramitación del procedimiento ha sido correctamente realizada, por lo que no existe obstáculo que impida dictaminar sobre el fondo del asunto planteado.

III

1. Se encuentra acreditado en el expediente que las obras estuvieron parcialmente paralizadas entre cada uno de los dos periodos indicados por la contrata en su escrito de reclamación, como es reconocido en los diversos informes obrantes en el expediente y en la propia Propuesta de Resolución. Estos periodos abarcan desde el 4 de febrero hasta el 14 de marzo de 2008, el primero, y desde el 14 de junio hasta el 9 de julio de 2008 el segundo, lo que hacen un total de 54 días.

Se encuentra igualmente acreditado que tales paralizaciones fueron debidas a la acción de un tercero, A.R.N.S.A., que impidió el acceso a los terrenos de la obra. Sobre este extremo se reconoce en el informe de la Asistencia Técnica que el

contratista es totalmente ajeno a lo ocurrido en la segunda paralización, desconociéndose los motivos de aquella entidad para adoptar las medidas que llevaron a cabo sobre fincas de titularidad de la Administración, pues ya habían sido expropiadas.

Por lo que respecta a la primera paralización de los trabajos, se indica en este informe que, de acuerdo con diversos escritos de la contrata, el acceso a la zona de trabajo se realizaba por un terreno no expropiado, según un acuerdo suscrito entre las dos empresas afectadas, UTE y A.R.N.S.A., que ésta última decidió romper, desconociéndose igualmente los motivos, si bien parece que se trató de una medida de presión por motivos económicos. Se sostiene asimismo que, si bien podría deducirse que se trata de un problema exclusivo del contratista, no está tan claro, puesto que la solución del problema surgió cuando se expropiaron los terrenos de la "finca nº 13". Si esta parcela hubiera estado expropiada, la paralización no se hubiera producido o, dicho de otra forma, el contratista, para poder iniciar las obras en la zona, tuvo que llegar a un acuerdo con un tercero por no disponer de los terrenos.

En el mismo sentido, el informe de la Dirección de Obra -que no se ha incorporado al expediente, pero que figura transcrito en la Propuesta de Resolución- coincide en la fijación de los periodos en que estuvieron paralizadas las obras, así como en la no disponibilidad de los terrenos durante el primer periodo, señalando que no había ningún terreno puesto por la Administración a disposición de la contrata por el que fuera posible acceder al "tronco I" de forma razonable. Por lo que al segundo periodo se refiere, la paralización coincide igualmente en el hecho de que A.R.N.S.A. impide el paso a la contrata, colocando obstáculos en terrenos ocupados previamente por la Administración.

Resulta evidente por consiguiente, como se ha indicado y sin perjuicio de las consideraciones que posteriormente se harán, que la paralización se debió en ambas ocasiones a los actos llevados a cabo por la entidad A.R.N.S.A.

2. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada, por considerar que los perjuicios económicos sufridos como consecuencia de las suspensiones de los trabajos deben ser soportados por el contratista en aplicación del principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa (art. 98 TRLCAP, bajo cuya vigencia se adjudicó el contrato), expresamente reconocido en la cláusula 23.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, dado que las paralizaciones

producidas no se han efectuado por culpa o negligencia de la Administración sino por la intervención de un tercero.

Por lo que al primer periodo se refiere, expresamente se reconoce que el problema surge como consecuencia de la inexistencia de terrenos disponibles para ejecutar la obra en la zona afectada, por no haberse expropiado los terrenos de la "finca nº 13" del parcelario y que esta circunstancia motivó que el contratista suscribiera un acuerdo con A.R.N.S.A. con la finalidad de tener acceso a los terrenos en los que debía ejecutar las obras. Se sostiene, no obstante, que es el contratista quien debe asumir, por aplicación del principio de riesgo y ventura, el sobrecoste generado por la actuación de la citada entidad, por cuanto asumió su propio riesgo al suscribir el acuerdo al que se ha hecho referencia. Todo ello sin perjuicio de la reclamación que podría efectuar en vía civil por el incumplimiento contractual de A.R.N.S.A.

Por lo que respecta a la segunda paralización, se debió a la colocación de obstáculos que impedían el acceso rodado a la "zona 1" de la obra dentro de un terreno cuya titularidad corresponde a la Consejería de Obras Públicas y Transportes. En este caso se reconoce en la Propuesta de Resolución que el contratista no es responsable de los sobrecostes que se le hayan generado, en su caso, por no haber podido continuar los trabajos, pero se entiende que tampoco debe ser responsable la Administración por la conducta de un tercero, dado que los terrenos estaban disponibles para la ejecución de la obra y si ésta no pudo llevarse a cabo no es por causa imputable a la Administración sino por un tercero, a quien la contrata debe reclamar.

A mayor abundamiento, después de precisar el alcance del citado principio (fundamentos 11 y 15), se indica que el cauce indemnizatorio previsto, tanto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), como en el Reglamento que lo desarrolla, que obligan a la Administración a indemnizar al contratista si acordase la suspensión de las obras por determinado plazo, parten de la idea de culpabilidad y negligencia o incumplimiento de sus obligaciones imputables a la Administración, rigiendo supletoriamente los arts. 1105 y 1124 del Código Civil, por lo que si no existe culpabilidad de la Administración - salvo en los casos de fuerza mayor- toda actuación ajena a las partes, dentro de los riesgos imprevisibles que debe asumir el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura al que hace referencia el art. 98 TRLCAP, debe incluir los actos de terceros.

IV

1. El contrato de obras, configurado esencialmente como un contrato de resultado por el que el contratista se obliga a la realización de la obra por el precio convenido, se rige para su ejecución por el principio de riesgo y ventura. Como reiteradamente ha establecido el Tribunal Supremo y recoge la Propuesta de Resolución, con cita de diversa jurisprudencia, el riesgo y ventura del contratista *ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial*".

Ello implica que si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados la Administración no podrá reducir el precio mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización.

Sin embargo la Ley establece que este principio de riesgo y ventura tiene como excepción los supuestos de fuerza mayor, al constituir éstos, según destaca la STS de 15 de marzo de 2005, factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista, que inciden negativamente en la ejecución del contrato, suponiendo para el mismo un agravamiento sustancial de las condiciones, que por exceder de las contingencias propias del riesgo asumido en la contratación, se contemplan específicamente por la Ley a efectos de restablecer el equilibrio financiero del contrato, como principio sustancial en materia de contratación. Y se añade en esta misma Sentencia que la concurrencia y aplicación congruente de tales principios, esenciales en la configuración de la contratación administrativa, justifican la determinación por la ley de las concretas causas de fuerza mayor que exoneran al contratista del riesgo asumido por el mismo, propiciando que sea indemnizado en tales casos por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado, enunciación de causas de fuerza mayor

que la jurisprudencia viene considerando de carácter tasado y de interpretación restrictiva (STS de 27 de octubre de 2009 y las que en ella se citan).

De conformidad pues con este principio, y como también ha resaltado la STS de 30 de junio de 2009, el contratista ha de soportar las consecuencias derivadas de circunstancias no previstas en el contrato no imputables a la Administración y que no tengan la consideración de fuerza mayor.

2. La aplicación de esta doctrina al caso concreto no permite sin embargo alcanzar las mismas conclusiones a las que se llega en la Propuesta de Resolución, al menos en lo que se refiere a la primera paralización en el periodo comprendido entre el 4 de febrero y el 14 de marzo de 2008. Es claro que en el momento del inicio de los trabajos en la zona afectada la Administración no puso a disposición del contratista, como era su obligación (art. 129.2 TRLCAP), los terrenos necesarios para que la obra pudiera ejecutarse mediante la previa expropiación de la finca a través de la que se canalizaría el acceso a las obras y la correspondiente "formalización del acta de ocupación". Esta circunstancia no queda enervada por el hecho de que el contratista, ante esta situación, alcanzara un acuerdo con otra entidad para lograr tal acceso, ni puede hacer recaer sobre él las consecuencias de la frustración del mismo bajo el argumento de que tal acuerdo lo fue a su riesgo y ventura. La obligación de poner a disposición los terrenos necesarios incumbe única y exclusivamente a la Administración, por lo que no procede hacer recaer sobre el contratista las consecuencias que se deriven de su incumplimiento.

La causa inmediata de la paralización de las obras ha sido la imprevisión de la Administración y no la conducta del contratista ni del tercero, pues como reconocen los informes obrantes en el expediente, esta situación no se habría producido de haberse encontrado expropiada la "finca nº 13" que permitía el acceso a las obras.

El contratista, efectivamente, está obligado a asumir los perjuicios derivados de las incidencias en la ejecución del contrato, pero siempre y cuando éstas sean ajenas a la actuación de la Administración contratante, tal como han señalado las SSTs de 30 de junio de 2009, 13 de febrero, 16 de mayo y 31 de octubre de 2000. En este mismo sentido, las SSTs de 29 de septiembre de 1977, 21 de marzo de 1983, 27 de abril de 1987, 5 de junio de 1981 y 31 de octubre de 2000, han señalado que el principio general de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato no solamente quiebra en los supuestos de fuerza mayor recogidos en el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado (art. 144 TRLCAP) sino también cuando la Administración

contratante contraviene, de alguna manera, el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución, en términos de suspensión de las obras o en los demás casos de incumplimiento contractual, entre los que han de acogerse los supuestos en los que las obras han sido ejecutadas mediando dilación en el plazo previsto por culpa de la Administración contratante. En estos casos, como señala la STS de 31 de octubre de 2000, lo que se produce es una alteración contractual en virtud de acciones u omisiones por parte de la Administración, que contravienen el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución, que es lo que precisamente ha acontecido en este caso, ya que ha sido el actuar de la Administración, al incumplir su obligación de poner a disposición del contratista el terreno necesario, lo que ha determinado la paralización de las obras.

Procede por todo ello, a nuestro juicio, la indemnización al contratista de los daños derivados por la paralización en el periodo comprendido entre el 4 de febrero y el 14 de marzo de 2008.

3. Conclusión diferente ha de alcanzarse, sin embargo, en lo que se refiere a la reclamación de los perjuicios económicos derivados de la segunda paralización de las obras.

Sobre éstas ha quedado constancia en el expediente que los terrenos necesarios estaban disponibles para la ejecución de la obra y si ésta no pudo llevarse a cabo se debió exclusivamente a la acción de un tercero que impidió, mediante la colocación de obstáculos, el acceso rodado a toda la "zona 1" de la obra.

No se aprecia pues en este caso acción u omisión alguna que haya de imputarse a la Administración y consecuencia de la cual se produjera la paralización de los trabajos. El principio de riesgo y ventura obliga, como antes se ha señalado, a soportar el contratista los perjuicios derivados de las incidencias en la ejecución del contrato que sean ajenas a la actuación de la Administración contratante. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las Sentencias de 3 de febrero, 3 de abril y 31 de octubre de 2000, declarando que si no existe culpabilidad en la Administración, toda actuación ajena a las partes cae dentro de los riesgos imprevisibles que debe asumir el contratista por el principio de riesgo y ventura, sin perjuicio de la posibilidad de que, en su caso, pueda dirigir su reclamación contra el tercero cuya conducta haya motivado la suspensión.

4. Por lo se refiere a la valoración de los perjuicios económicos producidos por la paralización de las obras en el periodo comprendido entre el 4 de febrero hasta el 14 de marzo de 2008, único sobre el que se estima procede la indemnización por las

razones ya expuestas, se considera adecuada la indemnización propuesta por la Asistencia Técnica, por las razones sostenidas en el informe de la Dirección de la obra, si bien debe ajustarse al citado periodo, dado que en este informe se ha llevado a cabo un cálculo global por la totalidad de los días de paralización.

CONCLUSIONES

1. La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, no se considera ajustada a Derecho. Procede la estimación parcial de la reclamación por los perjuicios económicos sufridos por el contratista, derivados de la paralización de las obras durante el periodo comprendido entre el 4 de febrero y el 14 de marzo de 2008.

2. En cuanto a la valoración de la indemnización, procede realizarla de acuerdo con lo razonado en el Fundamento IV.4.