



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 5 / 2 0 1 1

(Sección 1ª)

La Laguna, a 14 de julio de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la ***Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.M.P.J., en nombre y representación de F.C.C.C., S.A., por daños económicos ocasionados durante la ejecución de la obra “Proyecto de Vía Arterial del Barranco de Santos, Fases III y IV”, a consecuencia de la indisponibilidad de los terrenos por parte de la Corporación Local (EXP. 372/2011 ID)*.***

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, emitido a solicitud del Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado como consecuencia de la solicitud de reclamación de indemnización de los perjuicios económicos causados a la empresa reclamante durante la ejecución del contrato de obra “Proyecto de Vía Arterial del Barranco de Santos, Fases III y IV”, de la que es adjudicataria.

En este asunto, al igual que se ha advertido en otros Dictámenes de este Organismo se trata de una exigencia de responsabilidad contractual, no extracontractual; lo que no es óbice para la preceptividad del Dictamen y consiguiente obligación de solicitarlo pues, aunque cabe mantener que el art. 11.1.D.e) de la Ley del Consejo Consultivo (LCCC) es aplicable a la responsabilidad extracontractual, resulta que, a la luz de lo previsto en el art. 11.2 de la misma Ley, lo es asimismo el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

Estado, disponiendo la preceptividad del Dictamen en todos los procedimientos de reclamación a la Administración de indemnización de daños y perjuicios, siempre que supere cierta cuantía, cuestión esta última que pudiera variar en el ámbito autonómico, sin distinguir entre las de origen contractual o extracontractual.

En cualquier caso, está legitimado para recabar el Dictamen el Alcalde del Ayuntamiento actuante, según el art. 12.3 LCCC.

II

1. En su escrito de reclamación, el representante de la empresa afectada alega que la Administración encargó a un despacho de arquitectos la elaboración del Proyecto de Vía Arterial del Barranco de Santos y que, por la dimensión de la obra y su coste económico, decidió dividir el proyecto global en cinco fases o tramos para que fueran ejecutados separada e independientemente, deduciéndose de dicho escrito que la mandante del reclamante obtuvo la adjudicación de los cuatro primeros tramos, si bien la reclamación se centra en los daños que se entienden producidos durante la ejecución de ciertas fases únicamente.

2. En efecto, la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife convocó en su día el concurso abierto para la adjudicación del contrato de la obra "Proyecto Vía Arterial de Santa Cruz de Tenerife, Proyecto de Recuperación del Barranco de Santos", con un presupuesto de licitación de 39.155.656,55 euros, cuyo objeto era la ejecución del viario comprendido entre la calle Diego Crosa y la avenida de Venezuela, así como actuaciones en diversos puntos de los márgenes del Barranco de Santos, adjudicándose tal contrato a la empresa reclamante.

Al fijar el precio de oferta en relación con el tipo fijado en el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCA), dicha empresa lo hizo en el entendido de que sólo soportaría los gastos derivados del mantenimiento de la estructura de la obra durante el tiempo fijado en el contrato para la ejecución de los trabajos, fijándose, finalmente, un plazo no superior a nueve meses, al respecto.

El 21 de abril de 2006 se procedió a la formalización del contrato administrativo entre la empresa representada y la Gerencia.

3. El 12 de septiembre de 2006 se suscribió el acta de comprobación de replanteo, realizándose por parte de la empresa diversas observaciones, tales como que las expropiaciones de los terrenos correspondientes a la fase IV se hallaban en tramitación en ese momento, pero ninguno estaba disponible y que había tendidos eléctricos que todavía no se habían desviado, sin poderse tampoco realizar las obras

de la fase III hasta que finalizaran las obras del proyecto de sustitución del colector del barranco de Santos, correspondientes a la fase II de la obra referida. Sin embargo, la empresa asumió que el replanteo de la obra coincidía, en líneas generales, con los datos del proyecto, de modo que consintió en iniciar los trabajos en las parcelas disponibles en ese momento, aunque algunas de la fase III estaban sujetas a servidumbres relativas a los mencionados tendidos eléctricos.

Consecuencia inevitable de lo antedicho es que la empresa se vio imposibilitada materialmente para ejecutar las obras en los plazos fijados en el contrato, por lo que, mediante escrito de 30 de abril de 2007, presentado el 2 de mayo, se solicitó la prórroga del contrato por ampliación del plazo inicial de ejecución. Y, en sesión celebrada el 2 de agosto de 2007, el Consejo Rector de la Gerencia de Urbanismo autorizó la ampliación de dicho plazo, debiendo por ello finalizarse entre el 31 de julio de 2007 y el 23 de enero de 2008.

No obstante, la realidad es que la situación descrita no varió en ese período de tiempo, sin disponerse de las parcelas o terrenos afectados para poderse realizar las obras correspondientes, de manera que se solicitó nueva ampliación del plazo el 9 de diciembre de 2007; lo que se acordó por el mencionado Consejo hasta el 31 de diciembre del año siguiente.

Posteriormente, por los mismos motivos se solicitó una última prórroga del contrato, ampliándose el plazo hasta el 30 de noviembre de 2009. El 14 de julio de 2009 se aprobó una modificación del contrato, debiéndose ejecutar en el plazo de 6 meses.

4. El representante de la empresa afectada alega que la mayor duración de las obras, provocada exclusivamente por el incumplimiento del Ayuntamiento en los términos expuestos, no disponiéndose de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras que debían realizarse en ellos, previa expropiación y demolición de fincas urbanas, muchas de ellas ocupadas por particulares, ha dado lugar al aumento del coste indirecto del presupuesto de ejecución, tanto en relación con el personal, por valor de 1.791.001,39 euros, como por mantenimiento de estructura de obras, cuyo valor asciende a 943.211,99 euros.

5. En el análisis a efectuar son de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12

de octubre, pues el contrato fue adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva regulación legal, siendo de aplicación lo dispuesto en la disposición transitoria primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

III

1. El procedimiento se inició mediante la presentación del escrito de reclamación efectuada el 3 de febrero de 2009; luego, el 27 de noviembre de 2009 se presentó un segundo escrito de corrección de errores del escrito anteriormente referido.

El 11 de junio de 2010 se dictó el Acuerdo del Consejo Rector de la Gerencia de Urbanismo por el que se desestimó la reclamación de la empresa afectada, presentándose contra el mismo recurso potestativo de reposición, acordando dicho Consejo Rector el 16 de noviembre de 2010 retrotraer el procedimiento y solicitar el preceptivo Dictamen de este Organismo, aunque por las razones expuestas en el informe previo de admisibilidad de la solicitud, el Pleno de este Organismo acordó no tramitarla, procediendo la subsanación de los defectos de tramitación que lo impedían.

En este sentido, el 28 de marzo de 2011 se efectuó trámite de vista y audiencia a la afectada, que presentó un escrito de alegaciones el 14 de abril de 2011 y, finalmente, el 8 de mayo de 2011 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, habiendo vencido el plazo resolutorio tiempo atrás.

2. La empresa reclamante es titular de un interés legítimo, puesto que alega haber sufrido daños derivados de la ejecución del contrato formalizado por ella, con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y, por tanto, siendo interesada, tiene legitimación activa, pudiendo presentar la correspondiente reclamación en este procedimiento. Sin embargo, aun pudiendo actuar mediante representante, la representación no está debidamente acreditada.

En esta tesitura, es claro que compete a la citada Administración municipal la tramitación y resolución del procedimiento.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada al considerarla el órgano Instructor improcedente por varios motivos, no sufre daños o perjuicios la contrata producidos por la actuación administrativa en la ejecución del

contrato, o bien, que no deba soportar, de acuerdo con lo previsto al efecto en la legislación contractual, particularmente en relación con el principio de riesgo y ventura del contratista que preside dicha ejecución.

Así, se señala, la interesada considera erróneamente que la demora en el plazo de ejecución de las obras se debe a causas imputables a la Administración. Por el contrario, de la documentación obrante en el expediente resulta acreditado que, en lo referente a la primera y a la tercera prórroga, el retraso en la realización de las obras se debe exclusivamente a la actitud claramente obstruccionista de los propietarios de los terrenos a expropiar, mientras que, en la segunda, se debe a la paralización no autorizada de los trabajos por la entidad contratista, con modificación del proyecto no aprobada por la Administración que afectaba al puente situado al final de la calle Ramón y Cajal, habiéndose dictado Resolución del Consejo Insular de Aguas determinando la inviabilidad hidráulica de la obra pretendida, por lo que se ordenó que ésta se ajustara al proyecto inicial.

Por lo demás, el instructor recuerda que las prórrogas fueron aceptadas por ambas partes, rigiendo por tanto en la consiguiente ejecución el principio contractual antes mencionado. En todo caso, es aplicable lo preceptuado en el art. 96.2 TRLCAP, en relación con los supuestos de prórroga de los contratos de mutuo acuerdo, no siendo obligatorio indemnizar al contratista por los perjuicios que se causen por tal causa, añadiéndose que, a mayor abundamiento, no se acordó un nuevo precio o algún tipo de compensación derivada de dichas prórrogas, sin haberlo solicitado el contratista entonces.

En fin, no es cierto que la Administración, en el presente asunto, haya infringido los principios de equilibrio de prestaciones y de enriquecimiento injusto, pues por la obra ejecutada efectivamente se ha de abonar el precio pactado a la contrata, siendo un problema distinto que el contratista, por el retraso en la ejecución, tuviera un beneficio menor que el inicialmente previsto.

2. En este supuesto la cuestión esencial estriba en determinar si la suspensión de las obras, que ha generado la pertinencia de las prórrogas acordadas, con sucesiva ampliación del plazo de ejecución, se ha producido por causas imputables a la Administración, con eventual aplicación de lo dispuesto en el art. 102.2 TRLCAP. Así, es un hecho indubitado, y no discutido por las partes que las obras estuvieron suspendidas, por lo menos parcialmente, en ciertas fases de la ejecución del proyecto original.

Pues bien, tales causas, según la documentación obrante en el expediente, son la no disponibilidad de parte de los terrenos, no sólo en el momento de la comprobación del replanteo, sino posteriormente y la modificación de parte de las obras a instancias del contratista, afectando al puente situado en las inmediaciones de la calle Ramón y Cajal, que atraviesa el Barranco de Santos, sin la autorización del Consejo Insular de Aguas, que dieron lugar a un posterior procedimiento de retorno al proyecto original por no cumplirse con la normativa hidrológica.

3. La Administración considera que las obras a ejecutar son de infraestructuras hidráulicas, pero tal consideración no es, con carácter general, acertada. Así, al respecto es significativa la propia denominación de la obra “Proyecto Vía Arterial de Santa Cruz de Tenerife, Proyecto de Recuperación del Barranco de Santos, tramos II y IV”. En este sentido, aunque se afecte al mencionado barranco, lo esencial de la obra y su finalidad es de carácter viario y no una infraestructura hidráulica; lo que se confirma por el hecho de que, salvándose un elemento del dominio público hidráulico ciertamente, se incluye en el proyecto la construcción de un puente sobre el barranco, sin perjuicio de que, por tal motivo, se afecte tal dominio y, por ende, deba intervenir en la ejecución de las obras, a los efectos pertinentes, como en efecto hizo, el Consejo Insular de Aguas.

No obstante, resulta aplicable al contrato las reglas de los arts. 129.2 TRLCAP y 139.3º RGLCAP, que dispensa el requisito previo de disponibilidad de terrenos en los expedientes de contratación de infraestructuras de transporte y de carreteras, aunque la ocupación efectiva de aquéllos deberá ir precedida de la formalización del acta de ocupación, o bien, que pueden comenzarse las obras en cuestión si estuvieran disponibles los terrenos imprescindibles para ello, completándose los restantes según lo exija la ejecución.

La cuestión es que, justamente, la Administración no parece haber cumplido las previsiones del citado art. 139 reglamentario. Así, disponiendo de terrenos al iniciarse la ejecución del contrato, el restante necesario para atacar los trabajos de ciertas fases del proyecto no estuvo disponible en años posteriores; esto es, cuando eran necesarios para seguir con la ejecución del contrato en esas fases, particularmente en lo concerniente a la IV, en la que no se contaba con ningún terreno al hacerse la comprobación del replanteo y ordenarse el inicio de las obras, haciéndose necesarias las prórrogas con lo que ello comporta, en especial el incremento de costes aducido por el contratista.

Naturalmente, a los fines que aquí importan ha de determinarse si la causa de la prórroga en la ejecución del contrato (la referida) es imputable a la Administración contratante, alegando ésta sobre el particular que es la actitud obstruccionista de los propietarios de los terrenos a expropiar durante la tramitación del correspondiente procedimiento expropiatorio.

Sin embargo, tal supuesta actitud no es más que la propia de los afectados por toda expropiación, que la Administración expropiante por lo demás ha de esperar, siendo natural la existencia de oposición a ser expropiado por obvias razones o, en todo caso, al justiprecio, por similar motivo, con resistencia habitual al desalojo del terreno o parcela expropiada, disponiendo la Administración no sólo de conocimiento sobre la cuestión a los fines pertinentes, sino de los medios necesarios para resolver el problema, por sí misma o jurisdiccionalmente, no derivándose la paralización por decisiones judiciales precisamente. Por tanto, la Administración debió prever los eventuales problemas que, en estas circunstancias, pudiesen surgir para disponer por esta vía de los terrenos, trasladando su solución al contrato y, por ende, a las fechas de ejecución y culminación de la obra.

4. Cuestión aparentemente distinta es la otra causa de suspensión de las obras, que dio lugar a la segunda prórroga y también a la modificación del contrato, como se refleja en la documentación obrante en el expediente. La empresa interesada alega que, en el Informe de la Dirección de Obra de 19 de noviembre de 2007 (no figura en el expediente remitido a este Organismo), emitido a solicitud de la Gerencia de Urbanismo, se autoriza a realizar la modificación del puente proyectado, cambiando las losas de hormigón previstas inicialmente por una estructura ejecutada con vigas prefabricadas, aunque con la condición de obtener la autorización previa del Consejo Insular de Aguas.

La Administración, en cambio, sostiene que la paralización de la obra se debe a la exclusiva actuación de la contrata, que modificó las iniciales características del puente proyectado sin disponerse de la mencionada autorización, cuando tal reforma del proyecto estaba condicionada, sabiéndolo el contratista al comunicárselo la Dirección facultativa y no teniendo autorización municipal al respecto, ni haberse realizado actuación administrativa favorable en tal sentido, directa o indirectamente, en particular un procedimiento de modificación contractual.

No obstante, lo cierto es que existe aparente conformidad a la modificación técnica propuesta por el contratista en el informe de la Dirección facultativa, aunque

para su ejecución, en efecto, se requiera autorización previa del Consejo Insular de Aguas y, desde luego, el modificado correspondiente debidamente aprobado. Además, de hecho razón debía tener la contrata en su propuesta sobre el puente proyectado porque la Administración accedió a la prórroga del contrato tras este incidente y, en definitiva, pese a la negativa inicial del citado Consejo Insular, hechas las pertinentes correcciones y obtenida la autorización de éste, se tramitó un modificado sobre esta parte del proyecto, generando la pertinencia de una tercera prórroga.

5. Finalmente, sobre otras alegaciones de la Administración para justificar su propuesta desestimatoria, entendiendo improcedente la pretensión indemnizatoria del contratista, han de hacerse las observaciones que siguen.

- En lo concerniente a la aplicabilidad del art. 96.2 TRLCAP, no generándose derechos indemnizatorios por el establecimiento de prórrogas de mutuo acuerdo entre las partes, ha de señalarse que es inadecuada tal cita a los efectos indicados. En primer lugar, porque se alega por la Administración que el retraso se debe, en alguna medida, a la actuación del contratista. Además, nada se dice sobre indemnizaciones a otorgar a éste por una demora en la ejecución de las obras imputable a la Administración que le genera costes no previstos.

Así, esta previsión no exime a la Administración de cumplir en su caso lo dispuesto en el art. 102.2 TRLCAP, según el cual, acordada la suspensión, aquélla abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste. A lo que debe añadirse lo que habrá de llevarse a cabo, como luego se expone, en relación con la suspensión tácita de las obras y el principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato, advirtiéndose ahora que al menos las prórrogas primera y tercera se decidieron tras quedar en suspenso los trabajos por causas esencialmente imputables a la Administración.

- En cuanto a la aplicabilidad al caso del principio antes referido, se recuerda que las obras se paralizaron por la no disponibilidad de las parcelas correspondientes en el momento en que eran necesarias para su ejecución, siendo la causa de la suspensión imputable a la Administración en los casos expuestos.

Justamente, tal suspensión tácita supone la excepción de la regla de que las obras se ejecutan a riesgo y ventura del contratista. Así, reiterada y constante jurisprudencia (cfr., entre otras, Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 1991) mantiene dicha circunstancia no sólo en los supuestos de fuerza mayor recogidos en

la legislación contractual, sino también cuando la Administración contratante contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución, cual es el caso de que las obras se ejecutan con retraso respecto al plazo previsto por culpa de ella.

En este sentido, la citada jurisprudencia sostiene (cfr. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 1988) que el incumplimiento por la Administración de su deber ineludible de tener a disposición de la constructora el terreno para que pueda llevar a cabo la obra, no puede trasladarse a un tercero, extraño por completo a la contratación. Por eso, existe manifiesta culpa de la Administración porque no debió contratar la obra con este impedimento, creyendo que ya habría conseguido el traslado de titularidad cuando llegasen al lugar los trabajos, de modo que suyo fue el riesgo y, por tanto, suya la responsabilidad contraída por ello. En consecuencia, ha de asumir los daños y perjuicios producidos a la constructora con su actuación.

En esta línea, la contrata alega correctamente que el TS mantiene que los contratos administrativos se caracterizan por el efecto de que el incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato la obligará, con carácter general, al pago de los perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. En definitiva, si bien éste sólo tiene derecho a la resolución en los casos expresamente previstos en la Ley, está sin embargo garantizado económicamente frente a todo perjuicio derivado de un incumplimiento administrativo (cfr. STS 22/9/82).

V

De acuerdo con lo expuesto, ha de concluirse que el retraso en la ejecución del contrato, prorrogándose este correlativamente con sucesivos cambios en la fecha de terminación de las obras al suspenderse éstas por la no disponibilidad de los terrenos, afectando a la fase correspondiente, es responsabilidad de la Administración contratante al ser culpa suya tal indisponibilidad y asumir el riesgo con los efectos referidos. Por tanto, ha de indemnizar a la empresa interesada por los perjuicios causados por tal motivo en los periodos de tiempo de que se trata, siendo un daño que la interesada no tiene el deber de soportar.

En este orden de cosas, los gastos extraordinarios justificados que se vio obligado a asumir el contratista por causa de la suspensión tácita no deben confundirse con los conceptos a incluir en la propuesta de liquidación de la obra realmente ejecutada,

pues tales gastos tienen carácter extraordinario y ajeno a la obra contratada, sin derivar de la ejecución propiamente dicha, sino de su paralización.

En cuanto a la suspensión generada por los problemas de ejecución relativos al puente proyectado sobre el barranco que se ha comentado, procede la asunción por el contratista del costo de la obra que, eventualmente, hubiere realizado sin modificar aprobado al respecto, estando pendiente de autorización por el Consejo Insular de Aguas, que la denegó en principio y sólo la autorizó en ciertas condiciones después; siempre y cuando no hubiere conocido esta actuación, permitiéndola, la Dirección de Obra. Cuestión ésta que habrá de resolverse en el momento de la liquidación del contrato, habida cuenta que en realidad era necesario el modificado y finalmente se tramitó, con prórroga incluida.

En todo caso, es indemnizable el daño que se generase al contratista por la inevitable demora en la obra del puente, que resulta imputable a la Administración asimismo al deberse modificar el proyecto en este punto por ser defectuoso, sin perjuicio de repetición contra la empresa que lo hubiere redactado por contrato al efecto formalizado, retrasándose la ejecución del contrato por la tramitación del modificado. Además, siendo evidente que la Administración reconoce la pertinencia del modificado, ampliando el plazo de ejecución al paralizarse inicialmente los trabajos en el puente por tal defecto en el proyecto, ha de añadirse el daño que esta inicial suspensión hubiere comportado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, procediendo estimar la reclamación presentada en los términos de este Dictamen e indemnizar al contratista como se expone en el Fundamento V.