



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 604/2012

(Sección 2ª)

La Laguna, a 27 de diciembre de 2012.

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 P.N.S., en nombre y representación de F.C.C., S.A. y C.D., S.A., UTE, abreviadamente UTE B.S., por daños y perjuicios derivados del aumento de costes sufridos como consecuencia de la mayor duración de las obras, por causas que no le son imputables que generan la ruptura del equilibrio financiero (revisión de precios), así como reclamación de los intereses devengados por las certificaciones de revisión, del Proyecto de Vía Arterial de Santa Cruz de Tenerife, Proyecto de Recuperación y del Viario del Barranco de Santos, Tramo I (EXP. 569/2012 ID)\*.*

## FUNDAMENTOS

### 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 las empresas reclamantes durante la ejecución del contrato de obra "Proyecto de Vía Arterial del Barranco de Santos, Tramo I", de la que son adjudicatarias.

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.

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

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 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 las empresas afectadas 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 las mandantes del reclamante obtuvieron la adjudicación del primer tramo conjuntamente, y del F.C.C., S.A. el resto de los tramos, si bien la reclamación se centra en los daños que se entienden producidos durante la ejecución del primer tramo o fase de las obras.

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 6 de noviembre de 2003 se procedió a la formalización del contrato administrativo entre las empresas representadas y la Gerencia, en lo que concierne a la ejecución de la primera fase o tramo.

3. El 5 de febrero se suscribió el acta de comprobación de replanteo e iniciadas las obras las empresas reclamantes recibieron instrucciones del Ayuntamiento y de la Dirección de Obra, que implicaban la introducción de modificaciones de la obra proyectada y, por tanto, de lo amparado por el contrato. En relación con ello, las empresas adjudicatarias remitieron una carta a la Corporación el 27 de septiembre de 2007, comunicándoles que tales trabajos no se hallaban incluidos en el presupuesto por ellas, aumentando su coste.

Además, en el momento de iniciarse las obras los terrenos en las que se iban a ejecutar no estaban disponibles, incluidos los del falso túnel proyectado entre los puntos kilométricos 1+095 y 1+200, que obligaron a emplear un tiempo superior y distintos medios de trabajo de los previstos en el proyecto inicial.

4. Consecuencia inevitable de lo antedicho es que las empresas se vieron imposibilitadas materialmente para ejecutar las obras en los plazos fijados en el contrato, por lo que, mediante escrito de 15 de julio de 2005, se solicitó una primera prórroga del contrato por ampliación del plazo inicial de ejecución, por un tiempo de 8 meses. Y en sesión celebrada el 5 de julio de 2006, el Consejo Rector de la Gerencia de Urbanismo autorizó la ampliación de dicho plazo, debiendo por ello finalizarse el 5 de julio de 2006.

Así mismo, durante la realización de las mismas se produjo la tormenta tropical "Delta", que no sólo afectó a las propias obras, sino que determinó que la Administración les requiriera por razones de urgencia para que sus trabajadores llevaran a cabo actuaciones relacionadas con los destrozos ocasionados, actuaciones ajenas a las obras referidas, lo que aumentó el retraso por causas obviamente no imputables a las empresas, solicitándose por ello una nueva ampliación del plazo, acordando dicho Consejo Rector prorrogar las obras por causas ajenas a sus mandantes hasta el 15 de mayo de 2007.

Finalmente, y en relación con las actuaciones solicitadas y no previstas en el proyecto, se aprobó el Proyecto modificado nº 1, relativo al Tramo I, firmándose el acta de comprobación del replanteo el 18 de junio de 2008, lo que supuso la finalización de la suspensión provisional de las obras, que se había establecido en relación con las actuaciones que dieron lugar a tal modificado.

5. Así, el representante de las empresas afectadas alega que la mayor duración de las obras, que debían finalizar en 18 meses y lo hicieron en 44 meses, fue 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, lo que dio lugar al aumento del coste indirecto del presupuesto de ejecución, tanto en relación con el personal, por valor de 2.174.944,69 euros, como por mantenimiento de estructura de obras, por valor de 855.698,63 euros.

6. Además, las afectadas presentaron un segundo escrito de reclamación por el que, basándose en los mismos motivos y hechos ya referidos, solicitaron la correspondiente indemnización por gastos directos derivados del aumento en los costes de mano de obra, materiales y energía valorados en 5.366.291,29 euros, a lo que se añade los correspondientes intereses, calculados en 698.725,54 euros.

Finalmente, dichos gastos están referidos a los ocasionados por la disponibilidad de los terrenos y no a los gastos extraordinarios ocasionados por el modificado acordado el cual afecta a los tramos o fases III y IV y no al tramo I, que es el que se refieren en sus escritos, puesto que las fases anteriormente referidas fueron objeto de una reclamación previa sobre los que este Consejo Consultivo ya dictaminó (Dictamen 435/2011).

7. 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 con la presentación de dos escritos de reclamación efectuada el 3 de febrero de 2009 (expediente 825/2009 relativo a gastos generales directos y expediente 826/2009 referido a los gastos indirectos), tramitándose ambas en un mismo procedimiento, que finalizó por Acuerdo del Consejo Rector de la Gerencia de Urbanismo, de 17 de mayo de 2010, sin que se emitiera el preceptivo Dictamen de este Consejo Consultivo.

El 23 de julio de 2012, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento acordó la revocación del anterior Acuerdo, continuándose con la tramitación procedimental,

emitiéndose un Informe del Servicio acerca de las indemnizaciones solicitadas, tras el cual se le otorgó a las empresas afectadas el trámite de vista y audiencia.

Finalmente, el 23 de noviembre de 2012, se emitió la Propuesta de Resolución habiendo vencido el plazo resolutorio.

2. Por otra parte, concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio establecido en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollado en los artículos 139 y ss. LRJAP-PAC. No obstante, como se le ha señalado al Ayuntamiento en el Dictamen 435/2011, de 14 de julio, emitido en relación con un supuesto similar, las empresas reclamantes son titulares de un interés legítimo, toda vez que alegan haber sufrido daños derivados de la ejecución del contrato formalizado con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y, por tanto, siendo interesadas, tienen legitimación activa, pudiendo presentar la correspondiente reclamación en este procedimiento. Con todo, aun pudiendo actuar mediante representante, dicha representación no está debidamente acreditada.

3. Además, se incluyó en el expediente remitido a este Organismo una copia del Acuerdo de la Junta de Gobierno municipal, adoptado el 15 de octubre de 2012 por el que se reconoció a la empresa F.C.C., S.A. el derecho a ser indemnizado por los gastos indirectos y directos ocasionados por el modificado correspondiente a los tramos III y IV, sobre cuya Propuesta de Resolución previa y de sentido desestimatorio se pronunció este Consejo a través del Dictamen 435/2011, de 14 de julio.

## IV

1. La Propuesta de Resolución estima parcialmente las reclamaciones formuladas, puesto que el órgano instructor considera que, al igual que se le señaló por este Organismo en el anterior Dictamen emitido en un asunto conectado técnica y jurídicamente con el que aquí nos ocupa (Dictamen 435/2011), la suspensión tácita de las obras, acaecida por la no disponibilidad por parte de la Administración de los terrenos en los que se debían ejecutar las obras, implica la excepción de la regla de que las obras se ejecutan a riesgo y ventura del contratista, asumiendo la Administración los daños y perjuicios ocasionados a las empresas interesadas, sin embargo, estos se valoran de modo distinto por parte de la Corporación Local.

Además, en ella se afirma que para el caso de que, de forma expresa las empresas interesadas reclamen los daños y perjuicios por gastos directos e indirectos

generados por el modificado nº 1, correspondiente a los tramos III y IV se procederá a incorporar al plan de pagos las cantidades correspondientes a los mismos.

2. En el presente asunto, los hechos referidos, que no han sido puestos en duda por la Administración, han resultado demostrados a través de la documentación obrante en el presente expediente.

3. Así mismo, en cuanto al fondo, dada la identidad existente entre el presente asunto y el supuesto objeto del Dictamen referido anteriormente, cabe remitirse a lo manifestado por este Consejo Consultivo en torno a los daños y perjuicios generados a causa de las prórrogas imputables a la Administración por no disponibilidad de los terrenos en los que se deben ejecutar las obras, especialmente, en lo que se refiere al incumplimiento por parte de la Administración de la obligación de disponer de los terrenos en los que se debía ejecutar las obras con carácter previo a su inicio y la obligación que, a su vez, genera tal incumplimiento, que no es otra que la de resarcir a las empresas por tales daños y perjuicios.

Así, la propia Administración se hace eco de lo señalado por este Organismo en relación con la aplicación del art. 102.2 TRLCAP y con el hecho de que la suspensión tácita de las obras por causas imputables al Ayuntamiento implica la excepción a la regla de que las obras se ejecutan a riesgo y ventura del contratista, especialmente, cuando la propia Administración es quien contraviene lo acordado en el contrato.

Por todo ello, cabe señalar que concurre relación de causalidad entre la actuación de la Administración y los daños reclamados por las empresas interesadas, los cuales no tiene el deber de soportar.

4. Por último, es preciso realizar una precisión que tiene que ver con el contenido del apartado 2 de la Propuesta de Resolución, en la que se indica, literalmente, lo siguiente: "Incorporar al Plan de pagos que pueda acordarse, en el caso de que expresamente se solicite por la parte perjudicada correspondiente, la petición de F.C.C., S.A, del derecho a percibir una indemnización pecuniaria de DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL OCHENTA Y SEIS MIL CON SETENTA Y UN CÉNTIMOS DE EURO (2.239.086,71 euros), en concepto de resarcimiento por los daños producidos (coste de indirectos neto, 879.798,31 euros; y, por gastos generales neto, (1.359.288,31 euros) por el MODIFICADO Nº 1 DE VÍA ARTERIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, PROYECTO DE RECUPERACIÓN Y DEL VIARIO DEL BARRANCO DE SANTOS, TRAMO III Y IV, conforme al acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad adoptado el 15 de octubre de 2012 (cuya Propuesta de Acuerdo fue objeto del Dictamen 435/2011)".

En relación con ello, este Consejo Consultivo considera que el citado apartado no debe incorporarse a la Propuesta de Resolución, toda vez que lo que procede es abonar la indemnización directamente; cosa distinta es que hubiera una terminación convencional de este procedimiento.

5. En lo que se refiere a las indemnizaciones otorgadas a las interesadas, con la correspondiente a los gastos indirectos (expediente 826) su representante mostró la conformidad con la misma en su escrito de 20 de noviembre de 2009, cantidad que sólo ha variado por añadirsele los intereses correspondientes a la misma, siendo la cantidad de 2.621.713,79 euros, siendo ésta adecuada y proporcional a los perjuicios padecidos.

Por lo que respecta a la indemnización por los gastos directos, gastos generales relacionados con la mano de obra, materiales y energía, las empresas afectadas solicitaron una indemnización de 5.366.291,29 euros, estableciendo como criterio de cálculo la no aplicación de los importes correspondientes al plazo contractual inicial, 18 meses (fórmula 5ª de revisión de precios), que también se empleó en el supuesto anterior, estableciendo como índices iniciales de materiales y mano de obra los de mayo de 2003, cuando se adjudicó el contrato; y para el periodo en el que las certificaciones de obra se realizaban trimestralmente tomaron como referencia el último mes del trimestre.

Sin embargo, la Administración los valora en 4.507.805,56 euros, coincidiendo con las empresas interesadas en excluir los 18 meses iniciales. En este sentido, la Administración considera que se han de tener en cuenta los índices de iniciales de los materiales y mano de obra de abril de 2003, cuando se presentó la oferta, y no de mayo de 2003 y que, en relación con las certificaciones trimestrales, no se tuviera cuenta el último mes del trimestre, sino que se debe obtener una media de los tres meses de cada trimestre. Este sistema de cálculo es aceptable, en particular porque entre el momento de la oferta y la adjudicación del contrato apenas transcurrieron 3 meses y no se ha demostrado que tal dilación, que no es excesiva, se deba a una actuación obstructiva o inadecuada de la Administración (páginas 448 a 451 del expediente).

Por lo tanto, las indemnizaciones que se propone otorgar la Administración a las empresas reclamantes se ajustan a Derecho, con aplicación en todo caso de lo establecido en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución analizada es conforme a Derecho, debiéndose indemnizar al reclamante en los términos expuestos en el Fundamento IV de este Dictamen.