



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 246/2014

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de julio de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad en relación con la *Propuesta de Orden Departamental del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de "UTE (...)", por daños económicos ocasionados como consecuencia de los retrasos en la ejecución del contrato de obra "Nuevo Edificio de Juzgados de La Laguna y de canalización del barranco de la carnicería en el ámbito de su parcela", que dicha empresa considera imputables a la Administración (EXP. 224/2014 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, emitido a solicitud del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias es la Propuesta de Orden Departamental formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de los perjuicios económicos que se consideran causados por la Consejería a la U.T.E. formada por las empresas, "D., S.A. Y (...) S.L, denominadas abreviadamente "UTE (...)", con ocasión de la ejecución del contrato de obra "Nuevo Edificio de Juzgados de La Laguna y de canalización del barranco de la carnicería en el ámbito de su parcela".

2. En el presente caso, al igual que se señalaba en otros dictámenes de este Organismo, como por ejemplo en el reciente Dictamen 201/2014, de 3 de junio, se debate una reclamación de responsabilidad 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

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

en las "reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa patrimonial", sin distinguir si esta responsabilidad patrimonial es de origen contractual o extracontractual.

Como donde la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir; el precepto abarca las reclamaciones de uno y otro origen y así se ha entendido siempre por 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).

Por consiguiente, la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la citada Ley 5/2002.

3. De los antecedentes del presente supuesto procede destacar, según se desprende de la documentación adjunta al expediente, los siguientes:

Que en virtud de la Orden de la extinta Consejería de Presidencia y Justicia, de 13 de julio de 2005, se adjudicó el contrato para la ejecución de las obras correspondientes al proyecto denominado "Nuevo Edificio de Juzgados de La Laguna y de canalización del barranco de la carnicería en el ámbito de su parcela" a la entidad mercantil "UTE D., S.A. y (...) S.L.", por un importe de 18.403.279 euros.

Posteriormente, el 30 de agosto de 2005 se procedió a levantar el acta de comprobación de replanteo.

4. A través de la Orden Departamental de 28 de diciembre de 2006, se procedió a la aprobación del proyecto modificado nº 1, con la finalidad de realizar de forma urgente una serie de actuaciones, que no constaban en el proyecto inicial, dirigidas a garantizar la consolidación de taludes de desmonte en las calles adyacentes a la obra, aumentándose el plazo de ejecución en seis meses, por un importe de 757.510,77 euros.

Asimismo, tanto para introducir medidas para reducir la incidencia de la obra en la estabilidad del edificio del Mercado municipal, adyacente a la misma -entre las que se encontraba la colocación de una pantalla anclada de micropilotes, pantallas de hormigón armado y de hormigón gunitado con armados de malla de triple torsión y

armadura de acero convencional- como por las que se debían adoptar en relación con la presencia notable de escorrentías en el terreno, procedentes de tres de los cuatro linderos del solar, fue necesario aprobar el modificado nº 2 mediante Orden Departamental de 8 de julio de 2007, por un presupuesto de 677.574,15 euros.

Además, con la finalidad de resolver diversos aspectos relativos a la seguridad en la ejecución de la obra, que se concretan en la necesidad de adaptarse a la resistencia del terreno para cimentar y realizar una nueva distribución de espacios de acorde con la nueva regulación normativa de la oficina judicial, fue necesario aprobar mediante nueva Orden Departamental, ésta de 6 de julio de 2011, una tercera modificación, reajustándose el plazo de ejecución, tal y como ocurrió en las otras modificaciones previas; no obstante, esta última modificación no dio lugar a variación económica.

5. Durante la ejecución del referido contrato se acordó, a través de tres Órdenes Departamentales, la aprobación de varias revisiones de precios del mismo, por valor de 1.911.491,09 euros, 197.455,50 euros y 17.104,62 euros, respectivamente.

6. Por último, el día 27 de noviembre de 2012, se levantó la correspondiente acta de recepción de la referida obra.

7. La empresa reclamante considera que por causas imputables exclusivamente a la Administración en la ejecución de las obras se han producido diversos retrasos y suspensiones que le han causado daños y perjuicios económicos que no tiene el deber de soportar.

Así, al respecto se alega que la obra se inició con un retraso de 49 meses, pues tendría que haber comenzado el día 10 de agosto de 2005 y lo hizo realmente el día 21 de septiembre de 2009, considerando que los retrasos y suspensiones, incluido el anterior, se deben a un error del proyecto previamente aprobado por la Administración en la definición del sistema de contención del terreno, pues en él no se previó su falta de estabilidad ni la presencia de agua.

Por tal razón, aumentaron indebidamente los costes indirectos, los directos y los gastos generales, razón por la que, con base en un informe pericial elaborado al efecto, se reclama la cantidad de 2.211.012,01 euros en concepto de indemnización.

8. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución son de aplicación tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de

los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP).

Asimismo, también es aplicable, teniendo en cuenta que el contrato se adjudicó el 13 de julio de 2005, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

II

1. El presente procedimiento se inició mediante la presentación del escrito de reclamación el 11 de noviembre de 2013.

Asimismo, constan dos informes de la Dirección facultativa de la obra relativos a la reclamación presentada, tenidos en cuenta por la Administración en la Propuesta de Orden Departamental y, además, se le otorgó el trámite de vista y audiencia a la UTE reclamante.

Por último, el día 5 de junio de 2014, el Director General de Relaciones con la Administración de Justicia emitió la Propuesta de Orden Departamental definitiva.

2. Asimismo, concurren los requisitos legalmente establecidos para poder hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución, desarrollados en los arts. 139.2 y 142.5 LRJAP-PAC.

III

1. La Propuesta de Orden Departamental desestima la reclamación presentada, puesto que el órgano instructor afirma que los retrasos referidos, que considera la empresa como causantes del daño reclamado, fueron ocasionados exclusivamente por razones imputables a ella y en modo alguno a la Administración.

2. Así, al respecto se manifiesta por parte de la Administración que la empresa ofertó la realización de la obra en una sola fase, pero al no llevar a cabo con diligencia las tareas necesarias para construir un edificio provisional de oficinas, previsto en su mejora nº 5, y tener que acondicionar a tal fin la "Casa Mesa", aumentó el plazo y se añadieron los costes de los alquileres, aumento que permitió la Administración, aportando a tal fin la cantidad de 1.816.921,83 euros, que representa el coste adicional correspondiente a la rehabilitación de dicha edificación.

Además, se afirma que el acta de comprobación de replanteo se firmó el 30 de agosto de 2005, sin que se planteara reserva alguna por parte de la empresa adjudicataria, pudiendo empezar desde dicho momento la ejecución de las obras. En tal sentido, se señala que la empresa contratada debía demoler, como parte del proyecto, la fábrica de tabacos, pero sin motivo alguno, lo retrasó hasta agosto de 2006.

3. Asimismo, el órgano instructor señala que la totalidad de los trabajos que tuvieron que realizarse para hacer frente a las necesidades que aparecieron durante la ejecución del contrato, la estabilización de los taludes con pantallas de micropilotes, prevista en la mejora nº 6, y los derivados de las escorrentías de aguas, fueron objeto del precio de varios modificados, con los que la empresa no mostró su disconformidad y que permitieron que con ellos se le compensaran económicamente tales trabajos.

En este sentido, se considera que tales trabajos se debieron realizar porque la UTE no tomó las precauciones precisas para llevar a cabo correctamente la conducción provisional del cauce del barranco, puesto que las aguas que causaron la inundación de la zona de obras no provenían del subsuelo, sino de tal conducción, ya que incluso contenían abundantes restos de materia fecal.

4. Finalmente la Administración señala que parte de los nuevos trabajos constituían unidades nuevas no contempladas en el proyecto, cuya realización aceptó el contratista voluntariamente mediante los referidos modificados.

Por tales motivos, es decir porque los retrasos se deben a la interesada y porque pese a ello fueron compensados los gastos por la Administración -abonando, finalmente, no los 18.403.279 euros correspondientes al precio inicial, sino 25.828.578,39 euros, que incluye los gastos reclamados- considera la Administración que no le es imputable el presunto daño reclamado.

5. En este caso, constan una serie de hechos cuya realidad no ofrece duda alguna. Así, en primer lugar, el día 30 de agosto de 2005, se firmó el acta de comprobación de replanteo, sin que la empresa planteara reserva alguna y dando por válido el informe geotécnico, constando en el expediente que éste se realizó en enero de 2003, y que ni en él ni en el segundo (más completo) se hacía referencia alguna a la presencia de agua en el subsuelo de la zona referida.

En relación con ello, no consta en el expediente ningún otro informe geotécnico que indicara la presencia de agua en el subsuelo, ni la interesada demuestra lo contrario de forma alguna, por lo que con toda probabilidad dichas aguas tienen origen en escorrentías procedentes del barranco, pues incluso se encontraron materias fecales en las mismas, lo que refuerza *per se* el hecho de que las aguas no tenían por origen el subsuelo de la zona donde se ejecutó la obra, pues no consta que en la misma hubiera instalaciones dependientes de la red de alcantarillado, ni aguas residuales, en donde se hallan normalmente dichas materias fecales.

6. Además, en el informe pericial aportado por la interesada, en su conclusión primera, se afirma que “ (...) se produjeron avenidas de agua en la parcela que entorpecieron el normal desarrollo de los trabajos y generaron la necesidad de otros no previstos”. Con tal afirmación se confirma el origen de las aguas que causaron las inundaciones, pues se hace referencia a avenidas de aguas acontecidas durante tal periodo, pero no que éstas estuvieran presentes en el subsuelo desde un primer momento y, además, consta que las obras se venían realizando con normalidad desde un primer momento y con tales inundaciones se tuvieron que afrontar los nuevos trabajos ya referidos, confirmándose con todo ello las manifestaciones efectuadas por la Administración.

7. Asimismo, constituye un hecho irrefutable que las nuevas necesidades acontecidas durante la ejecución, independientemente de si su origen se halla en un error del proyecto o en un error de la empresa adjudicataria, dieron lugar a tres modificados dirigidos a llevar a cabo las medidas precisas para hacer frente a las mismas, que supusieron la ejecución de unidades de obra nuevas, tramitados de forma correcta sin que la empresa mostrara su oposición a los mismos, ni con el precio ofertado por la Administración, implicando ello, obviamente, un aumento del precio del contrato. Por tanto, las actuaciones generadas por dichas necesidades fueron abonadas correctamente, incluyendo 17 revisiones de precios aprobadas durante la ejecución del contrato, mediante las tres Órdenes Departamentales a las que se hacía referencia con anterioridad, expresamente aceptadas por el contratista. Además, la aceptación de tales modificaciones también implicaba la asunción por el contratista de un aumento del plazo de finalización de las obras.

Este hecho debe enlazarse con otro que no ha sido puesto en duda, el precio inicial del contrato fue de 18.403.279 euros, mientras que tras la finalización de las obras se abonó a la contratista un total de 25.828.578,39 euros.

8. A su vez, tampoco se puede obviar lo acontecido durante las obras en relación con el Mercado municipal de La Laguna y la participación de la empresa contratista. Así, este Consejo Consultivo, en el Dictamen emitido en relación el procedimiento de responsabilidad patrimonial que generaron dichos problemas (DCC 614/2009), manifestó que “ (...) *queda constancia de que las obras de excavación para la construcción de los nuevos Juzgados de La Laguna produjeron daños en el Mercado municipal y reactivaron los anteriormente existentes*”, añadiéndose que «*Cabe concluir, como así queda recogido en el informe emitido por el Jefe de Calidad de la Edificación de 25 de marzo de 2009, perteneciente al Área de Laboratorio y Calidad de la Construcción de la Viceconsejería de Infraestructura y Planificación, que “el Mercado de La Laguna tenía, antes del inicio de las obras de los nuevos Juzgados, daños históricos provocados por cimentación inadecuada sobre rellenos artificiales de gran espesor (zonas de pescadería, almacenes y cámaras). Dichos daños se incrementaron con las obras de excavación de los nuevos Juzgados hasta justificar el desalojo por riesgo de ruina inminente*».

9. Por último, se debe hacer mención a un hecho que influyó en la ampliación del plazo de ejecución, alegado por la Administración y que la interesada no demuestra de modo alguno que sea incierto, es más, ni siquiera se hace mención a los mismos en su reclamación o en el informe pericial aportado por ella, y es el relativo a la rehabilitación de un edificio provisional (en el lugar entonces ocupado por una fábrica de tabacos, de la propiedad de una de las empresas integradas en la UTE), donde alojar los juzgados durante el periodo en el que se desarrollasen las referidas obras, lo que no se pudo hacer por causas ajenas a la Consejería y que dio lugar a que la empresa planteara una solución alternativa, la rehabilitación de la “Casa Mesa”, que no sólo produjo un retraso de las obras, sino un aumento de costes al que hizo frente la Administración, abonando al efecto 1.816.921,83 euros, cantidad no prevista inicialmente.

10. En conclusión, durante la ejecución del contrato concurren un conjunto de circunstancias que provocaron la necesidad de realizar una serie de actuaciones complementarias que si bien aumentaron el plazo de ejecución también dieron lugar a un aumento significativo del precio del contrato, y que se tradujo en la aprobación de tres proyectos de modificación, con el consentimiento de la empresa interesada, todo ello sin perjuicio del concurso de aquellas otras causas, ya mencionadas, que influyeron en tal retraso y que son imputables a la empresa interesada.

11. En este supuesto, correspondiente a un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, donde no se cuestiona por ninguna de las partes la validez de los modificados, es de aplicación lo dispuesto en el art. 146.2 TRLCAP, que dispone que *" Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración, a la vista de la propuesta del director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia, por plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente. La contratación con otro empresario podrá realizarse por el procedimiento negociado sin publicidad, siempre que su importe no exceda del 20 por 100 del precio primitivo del contrato"*.

Pues bien, dicho precepto se debe interpretar en el sentido expuesto por el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 4 de febrero de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, que hace referencia a su vez, a la Sentencia de esa misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, dictada el 23 de mayo de 2011, que afirma que *" Es en este contexto en el que debe interpretarse el artículo 146.2, como sostiene el Abogado del Estado, que no hace referencia a la obligatoriedad de continuar la obra modificada por el contratista, sino al precio del modificado, que es fijado por la Administración, y que posibilita a ésta, de no estar conforme el interesado con el precio fijado (que por supuesto puede impugnar, lo que no ocurre en el caso presente), optar por ejecutar por ella misma la parte modificada o encargarla a un tercero. Pero esta es una potestad que la Administración puede no ejercitar, como ocurre en el presente caso, donde el proyecto se ha modificado reforzando la cimentación, lo que impide que sean dos empresas distintas las que lo realicen, con la consecuencia de que sigue vigente la obligatoriedad para el contratista de ejecutar las obras, siempre que no superen los umbrales del artículo 149, letra e) y solicite el contratista la resolución, y sin perjuicio de que éste impugne el precio fijado unilateralmente por la Administración"*.

12. Así, en este caso, aceptadas por la interesada las modificaciones referidas y el precio de las mismas, siendo obvio que los costes que ellas supusieron, incluidos los provenientes del necesario e inevitable retraso, sin perjuicio del retraso generado directamente por causas imputables a la empresa interesada, pueden entenderse compensados económicamente, a lo que se debe añadir las correspondientes revisiones de precios, difícilmente se puede entender que se haya producido una

alteración del equilibrio económico; es más, tampoco se ha demostrado por medio válido en Derecho que la Administración le haya causado daño alguno a la empresa, sino que únicamente se produjeron durante la ejecución del contrato unos hechos imprevistos a la que se hizo frente con tales modificaciones, con la plena aquiescencia de la interesada.

13. Por todo ello, no se le puede imputar a la Administración la producción de daño alguno, ni responsabilidad patrimonial dimanante de los hechos relatados, siendo conforme a Derecho la Propuesta de Orden Departamental que desestima la reclamación efectuada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Orden Departamental sometida a dictamen se considera conforme a Derecho.