



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 179/2018

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de abril de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas y Transporte del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la entidad mercantil (...), en solicitud de compensación económica por causa ajenas a la ejecución del proyecto de "Obras complementarias de mejora y recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la circunvalación del área metropolitana (Fase B)" (EXP. 110/2018 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de los perjuicios económicos, que se entienden reclamados a través de la presentación del escrito de compensación económica por causas ajenas a la ejecución del contrato de las «Obras complementarias de mejora y recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la circunvalación del área metropolitana (Fase B)», que superan el presupuesto inicial.

2. El resarcimiento, que a través del procedimiento tramitado se pretende, tiene su origen en un contrato administrativo de obras, pues el objeto de la compensación económica que se presenta lo constituye las obras y actuaciones necesarias para que la TF-1 y el primer tramo de la circunvalación del área metropolitana pueda servir para el fin que motivó su mejora y recuperación ambiental y paisajística, lo que implica que el objeto de los importes presentados, desglosados y comentados en el

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

informe emitido por el Ingeniero Director de la obra no entra dentro de los supuestos de modificación de contrato.

Así, la entidad mercantil concreta y explicita los distintos conceptos y cantidades que reclama, resultando un total de 1.704.465 euros, cuyo desglose definitivo es el siguiente:

Reclamaciones unidades de obra: 388.734 euros.

Reclamaciones por bajo rendimiento: 914.720 euros.

Reclamaciones lluvias: 401.011 euros.

Por lo tanto, la reclamación efectuada ha de encuadrarse en la denominada responsabilidad contractual. Esta naturaleza de la responsabilidad 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 (LCCC), dispone la preceptividad del Dictamen en las «reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa patrimonial», sin distinguir si esta responsabilidad patrimonial es de origen contractual o extracontractual.

Así, este Consejo Consultivo reiteradamente en distintos Dictámenes desde 2003 (206/2005, 4/2006, 6/2007, 437/2008, 206/2008, 172/2009 y 235/2009) y, más recientemente, en el Dictamen 424/2017, de 14 de noviembre, ha sostenido que el Dictamen es preceptivo en todos los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, sea de naturaleza contractual o extracontractual.

En la misma línea, la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en su art. 22.13 dispone la preceptividad del Dictamen en todos los procedimientos de reclamación a la Administración de indemnización de daños y perjuicios en los supuestos establecidos en las leyes, no distinguiéndose a estos fines entre los 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, queda acreditada la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación del Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes para solicitarlo, que resultan de los arts. 11.1.D,e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo.

3. En el análisis a efectuar, es de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última. También resulta aplicable la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), de acuerdo con la fecha de adjudicación del contrato (Disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014).

II

1. Los antecedentes que resultan del presente expediente son los siguientes:

- En el mes de septiembre de 2009, por el Ingeniero Jefe de Proyectos y Obras, se elaboró el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares que habría de regir el Contrato administrativo para la redacción del proyecto y ejecución de las «Obras Complementarias de Mejora y Recuperación Ambiental y Paisajística de la TF-1 y Primer Tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)», mediante procedimiento abierto.

- El Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares (en adelante PCAP) que rige el contrato, determina que el objeto del contrato es la redacción del proyecto y ejecución de las «Obras complementarias de mejora y recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)», con el fin de completar la parte vinculada a la TF-1 del sistema de autopistas del área metropolitana de Tenerife, estando justificada la contratación conjunta de la redacción del proyecto y de la ejecución de las obras por la concurrencia del supuesto previsto en el art. 108.1. a) y b) LCSP.

- En virtud de Orden del titular de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de fecha 20 de octubre de 2010, se adjudica definitivamente a la empresa (...), la contratación conjunta de la Redacción del proyecto y ejecución de las «Obras complementarias de mejora y recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)»; por un importe

de 15.829.932,00 euros, sin incluir el IGIC.; de los que 43.360,00 euros corresponden a la redacción del proyecto.

En la citada orden, se acordó en su parte resolutive que el plazo de ejecución del referido contrato sería de veinticuatro meses, a contar desde la iniciación de las mismas; disponiendo el adjudicatario, dentro de este plazo, de tres meses para presentar el proyecto corregido de los reparos que resultasen de su supervisión, y de veintiún meses, para la ejecución de las obras contenidas en el mismo. Así como que el plazo de garantía es de un año a contar de la fecha en que se realizase la recepción de la obra.

- Con fecha 10 de noviembre de 2010, fue formalizado el correspondiente contrato administrativo de obra entre el titular del Departamento y la entidad mercantil (...).

- Por Orden del Consejero de Obras Públicas y Transportes de 30 de diciembre de 2010, es autorizado el primer reajuste de anualidades de las «Obras Complementarias de Mejora y Recuperación Ambiental y Paisajística de la TF-1 y Primer Tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)».

- En virtud de Orden de 20 de mayo de 2011, del Consejero de Obras Públicas y Transportes se autorizó la redacción del modificado nº 1 de las obras de «Recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)».

- Mediante Orden del titular del Departamento de 22 de junio de 2011, se dispone el segundo reajuste de anualidades de las «Obras Complementarias de Mejora y Recuperación Ambiental y Paisajística de la TF-1 y Primer Tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)». Aprobando, asimismo, el Programa de trabajo de las obras.

- Mediante Orden de 25 de abril de 2012, es aprobado el Proyecto Modificado N° 1 de las «Obras Complementarias de Mejora y Recuperación Ambiental y Paisajística de la TF-1 y Primer Tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)» sin incremento presupuestario.

- En virtud de la Orden de 21 de junio de 2012, se autoriza la redacción del Proyecto Modificado N° 2 de la obra «Recuperación Ambiental y Paisajística de la TF-1 y Primer Tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)» sin incremento presupuestario.

- Con fecha 26 de octubre de 2012, el Director General de Infraestructura Viaria eleva al titular del Departamento, Propuesta de prórroga del Modificado de la obra, justificándose la ampliación propuesta en que «Actualmente no se han finalizado algunos de los expedientes de expropiación correspondientes»; dictándose con fecha 9 de noviembre de 2012, por el titular del Departamento la Orden por la que se autoriza la ampliación del plazo de ejecución de la misma hasta el 31 de diciembre de 2012.

- Por Resolución de fecha 2 de noviembre de 2012, del Director General de Infraestructura Viaria se autoriza la suspensión temporal total de la obra con motivo de encontrarse en tramitación el Modificado nº 2.

- Por Orden de 28 de diciembre de 2012, se autoriza el reajuste de anualidades e incremento del tipo de IGIC al 7%. Entre otras, se amplía la vigencia del contrato hasta el 31 de mayo de 2013. Formalizándose con fecha 31 de diciembre de 2012, la Segunda Addenda al Contrato Administrativo para la «Redacción del proyecto y ejecución de las Obras complementarias de mejora y recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)».

- La Orden de 12 de abril de 2013, del titular del Departamento autoriza un nuevo reajuste de anualidades por no haber podido certificarse en el ejercicio 2012 la totalidad del importe de la anualidad prevista, resolviendo además, «(...) ampliar la vigencia del contrato hasta el 31 de agosto de 2013 así como aprobar el nuevo programa de trabajo de las obras (...)». Formalizándose con fecha 15 de abril de 2013, la Tercera Addenda al Contrato Administrativo.

- Por Orden de 27 de agosto de 2013, del titular del Departamento, se aprueba la prórroga del Modificado de las «Obras Complementarias de Mejora y Recuperación Ambiental y Paisajística de la TF-1 y Primer Tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)», quedando el plazo ampliado hasta el 30 de noviembre de 2013.

- El Modificado nº 2 fue aprobado, económica y definitivamente, por Orden del titular del Departamento de fecha 13 de diciembre de 2013 tal y como figura en el informe Técnico emitido por el Director Facultativo de las obras el 16 de marzo de 2017.

- Con fecha 14 de diciembre de 2013, es formalizada la Cuarta Addenda al contrato administrativo; modificándose las cláusulas primera y tercera del contrato administrativo para la Redacción del proyecto y ejecución de las «Obras complementarias de mejora y recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)».

- Por Orden Departamental de 30 de diciembre de 2013, se autoriza un nuevo reajuste de anualidades.

* Con fechas, 29 de mayo y 2 de junio de 2014, se levanta el Acta de recepción de la Obra citada.

* Con fecha 2 de junio de 2014 se expide la certificación final de las obras. Por el Ingeniero Director de la Obra con fecha 18 de junio de 2014, se emite el informe en relación a la certificación final, formulándose el 20 de junio de 2014, propuesta del Director General de Infraestructura Viaria de aprobación de la certificación final; dictándose el 25 siguiente, la Orden Departamental por la que se aprueba aquélla, por un importe de 1.630.138,45€, contabilizándose el 2 de julio de 2014 el documento contable de reconocimiento de obligaciones en ejercicio corriente.

2. El presente procedimiento se inició a través de la presentación con fecha 19 de marzo de 2014, por la entidad mercantil (...), de la reclamación de compensación económica por causas ajenas a la ejecución del contrato de las «Obras Complementarias de mejora y recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)».

Debido a que el informe emitido por el Director Facultativo de las obras no coincidía con el contenido de la reclamación inicial presentada por la entidad mercantil, se interesó la emisión del correspondiente informe o bien se aclarasen las dudas surgidas acerca de la citada reclamación.

Por ello, con fecha 21 de febrero de 2017, la empresa (...) presenta por Registro una nueva reclamación complementaria y sustitutoria de la anterior reclamando una compensación económica por causas ajenas a la ejecución del contrato de las «Obras complementarias 5 de mejora y recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la circunvalación del área metropolitana (FASE B.)» por importe de 1.704.465,00 euros.

Con fecha 16 de marzo de 2017, por el Director Facultativo de las obras se emite el correspondiente informe acerca del contenido de la reclamación presentada por la

entidad mercantil (...), con motivo de las incidencias surgidas, a juicio de la entidad mercantil, durante la ejecución de las mismas.

Con fecha 19 de mayo de 2017, fue trasladada Propuesta de Resolución a la Secretaría General Técnica con objeto de que una vez examinada, fuese emitido informe sobre la procedencia de dar traslado de ella a la entidad mercantil.

Con fecha 19 de septiembre 2017, es enviado a la Dirección General de Infraestructura Viaria, el Informe solicitado en virtud del cual se plantean dos objeciones a la propuesta remitida a informe.

Con fecha 19 de septiembre de 2017, se da traslado al Técnico Facultativo del escrito de la Secretaría General Técnica en la que se inserta el informe emitido con objeto de que se informase acerca de las observaciones efectuadas, así como interesando se aportase la documentación justificativa correspondiente.

Con fecha 20 de noviembre de 2017, por el Director de las obras reseñadas, ha sido enviado el citado informe en el que se da respuesta a las observaciones formuladas y adjuntando como Anexo determinada documentación justificativa de la situación de daños catastróficos sufrida en el lugar de la obra.

Con fecha 18 de diciembre de 2016, por el Director General de Infraestructura Viaria se dicta Propuesta de Resolución de la reclamación previa a la vía judicial presentada por la entidad mercantil, adjudicataria de las obra.

Con fecha 19 de diciembre de 2017, se da trámite de audiencia a la entidad mercantil a los efectos de que prestase conformidad o formulase las alegaciones que considerase oportunas en el plazo de diez días desde la recepción de la comunicación. Con fecha 8 de enero de 2018, tiene escrito de la representación de la entidad mercantil en virtud del cual formula alegaciones a la propuesta remitida.

Finalmente, el 23 de febrero de 2018 se firma la Propuesta de Resolución por el Director General de Infraestructura viaria y el día 12 de marzo de 2018, consta descargado electrónicamente la propuesta de Orden del Consejero de Obras Públicas y Transportes por la que se resuelve la reclamación de compensación económica por causas ajenas a la ejecución del proyecto de las referidas Obras.

III

1. En la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen, el instructor considera que procede estimar parcialmente la reclamación presentada por la

entidad mercantil (...) en concepto de reposición de barreras por importe de 187.655,70 euros a la que añadiendo el IGIC 7% asciende a la cantidad total de 200.791,60 euros. Sin embargo, indica que la cuantía no podrá ser abonada hasta que sea culminado el expediente de revisión de oficio por el concepto reclamado al no haber sido tramitado el procedimiento administrativo requerido.

Además, desestima la reclamación presentada por la entidad mercantil en concepto de daños producidos por las lluvias en las obras citadas, al no comunicar el contratista dentro del plazo conferido en la norma contractual los daños catastróficos por lo que, se entiende, que las actuaciones realizadas fueron ejecutadas a riesgo y ventura del adjudicatario del contrato.

Finalmente, desestima el resto de los conceptos de la reclamación presentada.

2. Analizado el cauce formal y el régimen jurídico por los que ha optado correctamente la Administración actuante, se observa que, como ya se indicó con anterioridad -y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre el régimen aplicable a uno de los motivos por los que se reclama-, son los propios de la responsabilidad patrimonial contractual de las Administraciones Públicas. En consecuencia, de acuerdo con la doctrina consolidada de este Consejo ya citada, no resulta procedente la aplicación del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración, establecido en los arts. 139 y siguientes LRJAP-PAC ni, por ende, su cauce procedimental, debiendo aplicarse el régimen jurídico y el procedimiento que, al efecto, se contenga en la normativa de contratación administrativa aplicable en función de la fecha de adjudicación del contrato.

3. En cuanto al fondo del asunto, la entidad mercantil implicada en el escrito presentado, hace referencia a tres aspectos referidos a la reclamación. Así, la reclamación por unidades de obra ejecutadas y no incluidas en la liquidación, por un importe de 388.734 €; reclamación por falta de disponibilidad de terrenos, servicios afectados y otras causas en la ejecución de las obras de la TF-61, correspondiente a la cuantía de 914.808 €; y la reclamación por daños producidos por las lluvias de 2013, con la cantidad que asciende a 401.011 €. Constituyendo un importe total como indemnización reclamada de 1.704.553 €.

Por tanto, las cantidades desglosadas corresponden a tres conceptos indemnizatorios diferentes que debemos de analizar.

Así, en la Propuesta de Resolución se recoge lo que indica el informe técnico del Ingeniero Director de las obras, en cuanto a los daños, presuntamente causados, por

unidades de obra ejecutadas y no incluidas en la liquidación, por importe de 187.655,70 € en concepto de sustitución de barreras (biondas), que, en su opinión, sí procedería, desestimándose en cuanto a los demás conceptos (mural de Candelaria, limpieza de jardines/medianías, pruebas de carga de pasarelas, baterías y pulsadores de paradas de guaguas, adecuación del Camino de los Peregrinos, obras recogidas en las actas de expropiación, limpieza y desbroce de la TF-61) al no estar debidamente justificados, formar parte de la prestación del contratista o haber sido encargados por otras Administraciones Públicas. En cuanto a la reclamación por falta de disponibilidad de terrenos, servicios afectados y otras causas en la ejecución de las obras valoradas en 914.808,00 euros, considera el Ingeniero Director de las obras, por diversos motivos, que no procede. En cuanto a la reclamación por daños producidos por las lluvias en diciembre de 2013, valorados en 396.316,00 euros, considera el Ingeniero Director que sí procede. Por ello, este informe reconoce a la entidad mercantil un total indemnizatorio de 583.971,70 € (sin incluir el I.G.I.C.).

4. Sin embargo, en lo que se refiere a las unidades de obra ejecutadas y no incluidas en la liquidación, en la Propuesta de Resolución también se recoge que por parte de la Secretaría General Técnica, se informó desfavorablemente respecto a la reclamación por reposición de biondas, ya que faltaba por determinar la naturaleza jurídica que se atribuía a la citada reclamación, es decir, si la considera derivada de un «contrato de emergencia», o si entiende que se trata de una «reclamación de responsabilidad extracontractual por enriquecimiento injusto de esta Administración pública», o si se le atribuye fundadamente en derecho cualquier otro carácter, se debería constatar que concurren los requisitos legales respectivamente exigibles.

En consecuencia, el Director de la Obra informa acerca de lo señalado por la Secretaría General Técnica que en cuanto a la reclamación por la reposición de barreras que se trata de una actuación que se llevó a cabo tras la recepción de las obras y la certificación final y que además no constituyó una alteración de unidades ejecutadas respecto de las previstas conforme a las mediciones del proyecto. De lo que se colige que la obra realizada está fuera de proyecto y se hizo, además, una vez culminada aquella y emitida la Certificación Final de la misma y, al parecer, y según consta en el informe emitido, «por orden del Director General» por lo que, al parecer, se ha realizado prescindiendo del procedimiento establecido y por lo tanto, esta contratación podría ser nula de pleno derecho al haberse vulnerado las reglas de la contratación administrativa en su encomienda.

De hecho, se desprende del expediente que la Administración autonómica no niega que el acuerdo existente entre la misma y la entidad mercantil se haya realizado, correspondiéndose con una prestación efectivamente realizada. Asimismo, en la propia Propuesta de Resolución, se señala que la citada reposición de barreras, «al no haberse seguido el procedimiento establecido, tiene que tramitarse en el primer supuesto, un expediente de nulidad que tras los trámites administrativos que correspondan y que una vez ultimado, es cuando procedería, en su caso, hacer frente al gasto» (Consideración Jurídica Vigésimoprimer).

Por lo tanto, la naturaleza de la reclamación por este concepto ya no es contractual, sino extracontractual, necesitando, para su eventual reconocimiento, la tramitación de un expediente de revisión de oficio de esta nueva contratación realizada, al parecer, verbalmente y al margen del contrato original, lo que implica que sea de aplicación, a este concepto concreto, lo previsto en el art. 142.4 LRJAP-PAC, que dispone que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización. Consecuentemente, hasta que no se resuelva sobre la citada nulidad, que, además, deberá ser sometida a dictamen obstativo de este Consejo, no podrá determinarse ni apreciarse la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que la Propuesta de Resolución, en su primer apartado, no se ajusta a Derecho, al estimar una solicitud de indemnización que se basa en un acto o contrato cuya nulidad no se ha declarado aún.

Todo ello, sin perjuicio que la reclamación de indemnización por este motivo pueda tramitarse simultáneamente al procedimiento de revisión de oficio, por cuanto que el art. 102.4 LRJAP-PAC permite que las administraciones públicas, al declarar la nulidad de un acto, puedan establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 de esta Ley.

En este mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado en el Dictamen nº 1724/2011, al manifestar que «Ello no obstante, nada impide, por economía procesal, acumular en el futuro expediente de revisión de oficio tanto la declaración de nulidad como la compensación o indemnización según los propios criterios antes descritos que constan listados explícitamente en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual), de manera que se puedan tramitar simultáneamente el

procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

Será pues, en el seno de este procedimiento de revisión de oficio donde podrá abordarse la indemnización que, en su caso, corresponda, o una vez concluido éste y declarada la nulidad que se pretende.

Hasta tanto, este Consejo no puede pronunciarse sobre la indemnización pretendida por este concepto, ya que, de hacerlo, se estaría condicionando el sentido del dictamen preceptivo que se ha de solicitar y emitir para permitir la citada declaración de nulidad.

Este Consejo ya se ha manifestado de igual forma ante solicitudes de dictámenes que pretenden un pronunciamiento apriorístico sobre un asunto que implica la previa revisión de oficio y declaración de nulidad de un acto. Así, hemos mantenido este criterio en nuestro Dictamen 175/2007, de 19 de abril, reiterado en el más reciente 440/2017, de 23 de noviembre, donde hemos señalado lo siguiente:

«En cuanto a la exigencia de intervención de este Consejo en el citado procedimiento de revisión de oficio, la misma se producirá independientemente de cuál sea la legalidad material aplicable, pues este Consejo interviene por prescripción de la legislación básica del Estado (Ley 30/1992) y de lo dispuesto en su ley constitutiva (Ley 5/2002), por lo que, si concurren los presupuestos necesarios, deberá emitir Dictamen, siempre que el procedimiento concluya en la forma ordinaria prevista en la Ley, pues podría ser que la solicitud incurriera en alguna causa de inadmisión (art. 102.3 LRJAP-PAC) o, finalmente, si concurre alguno de los límites de la revisión (art. 106 LRJAP-PAC). Nada de ello puede ser objeto de este Dictamen -tampoco si concurre o no la causa alegada de revisión [carecer la titular de la farmacia autorizada de los "requisitos esenciales" para la adquisición del derecho, art. 62.1.f) LRJAP-PAC].

Corresponde por tanto pronunciarse al respecto en el curso del procedimiento de revisión de oficio, y procede por lo mismo dejar esta cuestión sin prejuzgar, sin que con motivo de esta consulta pueda anticiparse juicio alguno sobre el fondo de este asunto».

5. En cuanto a la parte de la reclamación relativa a la falta de disponibilidad de terrenos, servicios afectados y otras causas en la ejecución de las obras, valoradas en 914.808,00 euros, el informe del Ingeniero director de las obras, de 16 de marzo de 2017, indica lo siguiente:

«En cuanto al segundo punto, indican como primer problema, la imposibilidad de utilización de los desvíos propuestos en el proyecto por exigencias necesarias tanto de geometría como de capacidad para el tráfico existente.

En este punto, indicar que el contrato adjudicado era de proyecto y obra, siendo la solución referida una propuesta, mejorable o no por el adjudicatario y presentando alternativa, si la hubiese. Por tanto, al no presentar alternativa alguna en su oferta, y a la vista de los inconvenientes que podría haber, se optó por la solución de cortes alternativos y desvíos dentro de misma obra sin que el contratista presentara inconveniente alguno en su momento.

Se hace referencia igualmente a la no disponibilidad de los terrenos para la ejecución de las obras de la TF-61, que si bien es cierto que no se dispuso formalmente de la totalidad de los terrenos hasta octubre del 2013, sí que se pudo trabajar en el 95% aproximadamente de la obra, ya que se llegaron a acuerdos con los propietarios de manera que se pudieran ocupar y así no obstaculizar el proceso de la obra.

Respecto a la referencia que se hace del Acta de Comprobación de Replanteo sobre la existencia de terrenos disponibles para el comienzo de las obras, hay que recordar al contratista que la obra no solo implicaba la TF-61, sino que abarcaba mucho más y dentro del ámbito de la TF-1, tajos en los que no se acabaron los trabajos hasta finales de 2013 por malas ejecuciones del contratista como la pasarela de Tabaiba, que hubo que desmontar para colocar los neoprenos.

Dentro del primer punto arriba indicado, señalan los retrasos en los desvíos de líneas de (...).

Al respecto indicar, que si bien las conversaciones se iniciaron por parte de la empresa contratista en 2012, debido a sus problemas financieros, que más adelante haré referencia a ellos, y de las exigencias para/con el contratista por parte de (...), fue la propia dirección de obra la que se encargó de realizar todos los tramites a fin de agilizar el asunto y poder continuar con los trabajos, no impidiendo en ningún momento que la obra se ejecutara en el resto de tajos que había abiertos.

Por último y para finalizar el segundo apartado de reclamaciones, se enumeran una serie de motivos por los cuales consideran oportuno ser indemnizados por perjuicios ajenos a ellos. Estos son:

a. Retrasos en extensión de suelo cemento por la no disponibilidad de terrenos. Si hubo retrasos desde luego no tuvo que ver nada la administración en ello, debido a que para la extensión de dicha capa lo único necesario son los materiales y medios, los cuales no estaban en disposición de la contrata, y una capa previa que si estaba ejecutada, por lo que no tiene sentido disponibilidad de los terrenos que era evidente que si se tenían.

b. Retrasos en la extensión de aglomerado. Ídem a lo anterior.

c .Costes indirectos por el retraso generalizado de las obras. En este punto creo que es oportuno indicar que la empresa entre los años 2012 y 2013 se encontraba en concurso de acreedores y estaba bajo la supervisión de un administrador concursal que impidió cualquier operación que implicara gasto para la contrata [compra de materiales, disponibilidad de maquinaria por falta de combustible, etc (...)] teniendo lugar en aquel momento despidos de personal y paralización total de la obra en dicho periodo.

Como ya se ha referido anteriormente, en el periodo comprendido entre el 2012 y parte del 2013, la empresa contratista adjudicataria se declaró en concurso de acreedores, designándose judicialmente un administrador que fiscalizaba cualquier movimiento en la obra, imposibilitando prácticamente en su totalidad cualquier actuación. Por tanto cualquier reclamación en dichos periodos no es procedente. Esta situación se ha obviado por completo en el informe presentado por la contrata, cuestión que si se considera por el que suscribe procedente mencionar como motivos de rechazo en lo que este apartado se refiere.

Por tanto, dicho todo esto respecto al primer apartado de reclamaciones, se considera que NO PROCEDE el abono de la reclamación solicitada por el contratista en este punto y que asciende a la cantidad de 914.808,00 € ».

En consecuencia, los motivos por los que se reclama en este apartado han sido rebatidos detalladamente en este informe, que se incorpora a la fundamentación jurídica de la Propuesta de Resolución (Consideración Jurídica Décima), por lo que es correcta, en este sentido, la Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación por estos motivos, debiendo resaltarse que los supuestos daños por los que se reclama se deben en algunos casos a la propia oferta efectuada por la contratista en la licitación, en otros se debe a una incorrecta ejecución de las obras, también debiendo destacarse que se pudo trabajar aproximadamente en el 95 por ciento de la obra por los acuerdos de ocupación a los que se llegó con los propietarios de los terrenos afectados, a lo que hay que añadir que, precisamente, la duración de los expedientes de expropiación es lo que ha justificado algunas de las prórrogas del Modificado y ampliación del plazo de ejecución de la obra.

6. También la Secretaría General Técnica informó desfavorablemente la propuesta de estimación de la reclamación por los daños supuestamente ocasionados por las lluvias de diciembre de 2013, que formuló la Dirección General de Infraestructura Viaria, debido a que no se acreditaba en el expediente el carácter «catastrófico» o extraordinario de las lluvias, y, además, no consta que (...) comunicara lo sucedido al Director de Obras en el plazo de veinte días desde que terminaron las citadas lluvias, ni que el Director de Obras comprobara sobre el

terreno los daños. Tampoco consta informe técnico de la Dirección General de Infraestructura Viaria sobre la naturaleza, entidad y valoración de los daños. Ni se explica cómo es que no estaban incluidas esas obras de reparación de daños ya ejecutadas en la liquidación final (acta de recepción de 29 de mayo de 2014 y certificación final de 2 de junio de 2014), ya que las obras recibidas hay que entender que integran las reparaciones efectuadas.

Por lo que se refiere a esta observación formulada por la Secretaría General Técnica, debemos analizar el concepto de fuerza mayor por las lluvias acaecidas en el supuesto planteado. Así, cabría comenzar indicando la cláusula 27.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la presente contratación, la cual estipula que el contrato se ejecutará a riesgo y ventura del contratista sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 214 de la LCSP. En el mismo sentido se pronuncia el art. 199 LCSP, al establecer que el contrato se ejecuta a riesgo y ventura del contratista sin perjuicio de lo que para el contrato de obras establece el art. 214 LCSP. Concretamente, tal precepto señala:

«En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.

Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

(...) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos (...).

Tal previsión responde a la finalidad de mantener el equilibrio económico del contrato, es decir, que el contratista no tenga que soportar las consecuencias de los daños provocados por aquellas causas extraordinarias de fuerza mayor. Por tanto, siempre que no exista una actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que tales causas le hubieren producido.

Sin embargo, la Secretaria General Técnica, indica que no consta, entre la documental obrante en el expediente que los daños ocasionados por las lluvias fueran comunicados dentro del plazo concedido al efecto -veinte días-, por el contratista al Director de Obra, ni que éste comprobara lo sucedido sobre el terreno. Como tampoco se explica que llegada la recepción y certificación final de las obras no hubiesen sido incluidas las reparaciones de los daños ocasionados por aquellas lluvias supuestamente catastróficas, ya que hay que entender que aquellas obras de reparación quedaban integradas en las que se recibían. El Director de la Obra acerca de esta observación indica que consta en los documentaos obrantes en el expediente

la acreditación del carácter catastrófico o extraordinario de las lluvias, si bien es cierto que no se siguió el procedimiento establecido en la norma contractual para poder ser indemnizado.

Resulta de aplicación, por tanto, como señala la Propuesta de Resolución, el art. 146 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que dispone lo siguiente:

«1. El contratista que estimare que concurre la aplicación de alguno de los casos de fuerza mayor enumerados en el artículo 144.2 de la Ley presentará la oportuna comunicación al director de la obra en el plazo de veinte días, contados desde la fecha final del acontecimiento, manifestando los fundamentos en que se apoya, los medios que haya empleado para contrarrestar sus efectos y la naturaleza, entidad e importe estimado de los daños sufridos.

2. El director de la obra comprobará seguidamente sobre el terreno la realidad de los hechos, y previa toma de los datos necesarios y de las informaciones pertinentes, procederá a la valoración de los daños causados, efectuando propuesta sobre la existencia de la causa alegada, de su relación con los perjuicios ocasionados y, en definitiva, sobre la procedencia o no de indemnización.

3. La resolución del expediente corresponderá al órgano de contratación, previa audiencia del contratista e informe de la Asesoría Jurídica».

En este caso, el carácter catastrófico de la tormenta, con vientos y lluvias torrenciales que produjeron los supuestos daños resulta acreditado por la documentación obrante en el expediente (diversas declaraciones de alertas por tormentas, viento y lluvia, de la Dirección General de Seguridad y Emergencias del Gobierno de Canarias, así como fotografías de las lluvias), en el sentido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado permiten tal apreciación, siendo preciso que, en todo momento, junto con el presupuesto del fenómeno del art. 214 LCSP, concorra el elemento de una alteración grave de la realidad ordinaria en la zona que determine la concurrencia de las notas de imprevisibilidad, inalterabilidad o insuperabilidad, siendo un elemento determinante en el caso de las lluvias copiosas las circunstancias cualitativas y la importancia cuantitativa de las mismas (Dictamen del Consejo de Estado 1414/2002, de 11 de julio).

Sin embargo, no consta en el expediente que se haya dado cumplimiento al procedimiento establecido en la normativa de contratación administrativa (art. 146

RGLCAP), para que los supuestos daños puedan ser resarcidos mediante indemnización. Este precepto no sólo exige que por parte del contratista se comuniquen los daños ocasionados por la circunstancia de fuerza mayor al director de la obra en el plazo de 20 días. En la citada comunicación se exige también que el contratista manifieste los medios que ha empleado para contrarrestar sus efectos. Precisamente, la existencia del derecho a una compensación está condicionado a que no exista una actuación imprudente o falta de diligencia del contratista, lo que no se ha acreditado en este caso, especialmente cuando las citadas lluvias fueron avisadas con antelación por los servicios de emergencias del Gobierno de Canarias.

También, la norma exige que seguidamente por parte del director de la obra se compruebe sobre el terreno la realidad de los hechos, el cual, previa la toma de los datos necesarios y las informaciones pertinentes, procederá a la valoración de los daños causados efectuando propuesta sobre la existencia de la causa alegada, de su relación con los perjuicios ocasionados y, en definitiva, sobre la procedencia o no de indemnización. No consta en el expediente que esta comprobación sobre el terreno se haya efectuado. El informe del Ingeniero Director de la obra es posterior a la reclamación inicial de la contratista efectuada el 19 de marzo de 2014, más de tres meses después de que se produjera el fenómeno meteorológico. En esa primera reclamación se reclama un importe por tal concepto de 74.034 euros, mientras que el informe, de 14 de mayo de 2015 (casi un año y medio después de las lluvias), del Director de las obras, se valoran dichos daños en 396.316 euros «por el valor justificado en su expediente», sin que conste en el expediente remitido, entre marzo de 2014 y mayo de 2015, dato alguno acerca de cómo se justifica esa valoración, cantidad esta última que la contratista eleva a 401.011 euros en su nueva reclamación presentada el 21 de febrero de 2017 (más de 3 años después de las lluvias).

Esta contradicción de las cantidades reclamadas como consecuencia de los daños producidos por las lluvias se refleja en la propia Propuesta de Resolución (Consideración Jurídica Vigésimoséptima), que evidencia que no se ha cumplido con el procedimiento previsto para reclamar por tales daños. En supuestos similares, la jurisprudencia considera este plazo como un plazo de caducidad y desestima la reclamación indemnizatoria, entre otras razones, porque no se presentó la reclamación en el plazo de 20 días, contados desde la fecha final del acaecimiento conforme al antiguo art. 133 del Reglamento de Contratos del Estado de 1975 (SSTS de 4 de julio de 1982, RJ 1982/4194, y de 9 de marzo de 1992, RJ 1992/2137).

Pero, además, la ausencia de tal procedimiento y, por tanto, de la comprobación sobre el terreno de los hechos por parte del director de las obras, ocasiona que los daños por los que se reclama no estén debidamente acreditados. Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante acerca de la distribución de la carga de la prueba, que es al interesado a quien le corresponde demostrar la veracidad de sus alegaciones en virtud de la normativa general sobre la carga de la prueba (art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), señalándose al respecto por este Consejo que quien afirma la existencia de unos hechos en los que se basa su posición jurídica en un asunto controvertido debe probar fehacientemente su existencia. No basta, por tanto, con alegar la existencia y características de un hecho; es necesario acreditarlo, es decir, que corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y corresponde al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica pretendida por el demandante (Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero, 80/2017, de 15 de marzo, 210/2017, de 4 de julio, 11/2018, de 11 de enero y 100/2018, de 15 de marzo, entre otros muchos).

Esta doctrina, aplicable a la responsabilidad patrimonial extracontractual, también resulta aplicable a la responsabilidad contractual. En concreto, en el presente caso, la valoración efectuada por el director de las obras no consta que se haya efectuado basándose en una comprobación sobre el terreno de los daños realmente causados, además de otros datos o informes que pudieran haber sido proporcionados por la contratista. Y los daños contenidos en estos datos o informes proporcionados por el contratista, no se puede afirmar, sin ningún género de dudas, que sean consecuencia de las citadas lluvias. En consecuencia, no puede considerarse acreditado el importe de los eventuales daños producidos por las lluvias, lo que impide la estimación de la reclamación por este motivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución culminatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por (...), no se considera conforme a Derecho, debiendo desestimarse la misma íntegramente por las razones señaladas en el Fundamento III.