



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 7 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 de mayo de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes 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 (...), por la alteración de las previsiones contractuales en la ejecución del contrato de obra «duplicación de la circunvalación de Arrecife. Isla de Lanzarote, clave: 01-LZ-295» (EXP. 184/2018 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

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 mediante escrito por la alteración de las previsiones contractuales en la ejecución del contrato de obra «duplicación de la circunvalación de Arrecife isla de Lanzarote, clave: 01-LZ-295».

2. El resarcimiento, que a través del procedimiento tramitado se pretende, tiene su origen en un contrato administrativo de obras. Así, concretamente la entidad mercantil alega que «por causas ajenas al contratista e imputables a la Administración contratante, se han producido varias suspensiones parciales y reprogramaciones de las obras. En primer lugar, por una demora en la comprobación del replanteo; en segundo lugar, por la demora en el plazo de ejecución, que incluyen diversos condicionantes técnicos y administrativos, fundamentalmente reprogramaciones presupuestarias y aumentos del plazo de finalización impuestos forzosamente por la Administración, así como problemas en la disponibilidad de

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

terrenos imprescindibles para la ejecución de las obras y en la tramitación de distintas actuaciones y proyectos modificados; y en tercer lugar, por la Suspensión Temporal total de la obra causada por la tramitación del Proyecto Modificado N°2.

Dichas suspensiones parciales y reprogramaciones de las obras han afectado notablemente al ritmo de las mismas, y por consiguiente, al equilibrio de los costes previstos contractualmente. Del mismo modo, la repercusión que han tenido sobre la revisión de precios del proyecto las causas descritas, se reflejan en la pérdida del derecho a revisión que ha sufrido la obra en buena parte de su ejecución según la oferta contractual».

Por todo ello, la entidad mercantil considera que por los perjuicios soportados ha de ser indemnizada por la Administración causante del daño con la cantidad que asciende a 3.459.952,82 euros. Por lo tanto, la reclamación efectuada ha de encuadrarse en la denominada responsabilidad contractual.

3. El régimen jurídico de la responsabilidad contractual difiere del aplicable a la extracontractual, hoy regulada por las Leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), ambas de 1 de octubre. En relación con tal cuestión, si bien interpretando la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), cabe aplicar lo ya señalado por este Consejo Consultivo en el Dictamen 525/2009 donde se indicó que:

«Se ha señalado ya, al inicio de este Dictamen, que el resarcimiento al contratista se funda en un contrato administrativo de obras, por lo que no puede configurarse como un supuesto de responsabilidad extracontractual, ya que el título habilitante proviene claramente de la relación contractual que une a la Administración contratante y al contratista, dirigiéndose precisamente al otorgamiento de una compensación económica por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la ejecución de un contrato.

Establecida pues la naturaleza contractual de la indemnización, no resulta procedente la aplicación del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración, establecido en los artículos 139 y siguientes LRJAP-PAC ni, por ende, su cauce procedimental.

En este sentido, es también doctrina reiterada del citado Organismo Consultivo, que no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tiene otra vía procedimental específica, prevista en el Ordenamiento jurídico, como es el caso de las pretensiones de resarcimiento derivadas de

relaciones jurídicas específicas que ligan previamente a la Administración con el particular, como es el caso de las relaciones contractuales.

En línea similar ha señalado el Consejo de Estado que las pretensiones de resarcimiento que se formulan ante la Administración, eventualmente productora de un evento lesivo, tienen, conforme a Derecho, un cauce formal adecuado, en función del instituto jurídico del que trae causa la deuda de reparación en cuestión (Dictámenes 868/1997 y 4405/1998, entre otros).

En definitiva, el instituto de la responsabilidad patrimonial se destina, de forma específica, por el Ordenamiento jurídico, a los supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración derivada del funcionamiento de los servicios públicos».

En sentido similar el Consejo de Estado, en su Dictamen correspondiente al expediente 456/2012, de 10 de mayo de 2012, señala:

«Como punto de partida, debe recordarse la reiterada doctrina del Consejo de Estado, expuesta, por ejemplo en el dictamen 1.796/2007, de 29 de noviembre de 2007, en el que se señalaba lo siguiente:

"Es doctrina del Consejo de Estado que la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye una institución jurídica de cobertura de los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que aquéllos no dispongan de vías específicas de resarcimiento, de modo que los daños y perjuicios generados en el desenvolvimiento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible".

De este modo, cuando la reclamación se fundamenta en los daños producidos en la ejecución de un contrato su resarcimiento se inscribe en el marco de la legislación de contratos de las Administraciones públicas, y no en el régimen general de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

4. El escrito de reclamación de la contratista plantea su exigencia de responsabilidad contractual demandando la incoación del procedimiento regulado en el art. 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que no exige la previa solicitud de dictamen del Consejo de Estado o Consejo Consultivo autonómico; la Propuesta de Resolución, en cambio, sí lo considera preceptivo (Consideración Jurídica 31ª), y la instrucción lo demandó, al amparo del art. 11.1.D, e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Nuestros dictámenes vienen considerando que en lo relativo a la responsabilidad contractual la inaplicación el régimen general de la extracontractual no es óbice para la

preceptividad del dictamen del Consejo, y consiguiente necesidad de solicitarlo, porque el citado precepto de la LCC así lo dispone («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, en sus Dictámenes 206/2005, 4/2006, 6/2007, 437/2008, 206/2008, 172/2009 y 235/2009, 181/2010, 424/2017 y 179/2018, 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, el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en la redacción dada por Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, 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, actualmente en vigor sin determinar cantidad alguna, modificado. En la misma línea, no distinguiéndose a estos fines entre las de origen contractual o extracontractual (Véanse, por todos, los Dictámenes del Consejo de Estado 1093/1991, de 3 de octubre; 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, como resulta de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC.

5. En el análisis a efectuar, son de aplicación la LPACAP, la LCSP y el RGLCAP.

II

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

- Con fecha 16 de febrero de 2011, fue formalizado contrato administrativo para la ejecución de las obras «DUPLICACIÓN DE LA CIRCUNVALACIÓN DE ARRECIFE. ISLA DE LANZAROTE. CLAVE: 01-LZ-295» entre la citada Consejería y la empresa (...), integrada por las empresas (...), (...) y (...), con un plazo de ejecución de 30 meses.

En la cláusula tercera del mismo se estipulaba un plazo de garantía de dos desde la fecha en que se realice la recepción de obras.

* El presupuesto de este contrato con el incremento del I.G.I.C. del 5 al 7% asciende a 30.866.969,54 €, I.G.I.C. incluido, y tras sendos reajustes de anualidades y la aprobación de un Modificado nº 1 de adicional con 0% de incremento, tiene como

plazo vigente de finalización el 31 de marzo de 2015, de conformidad con la Adenda al contrato suscrita el 30 de diciembre de 2014.

* Por la Dirección Facultativa de las obras, con fecha 19 de diciembre de 2014, se solicitó autorización para redactar el Modificado nº 2, con un presupuesto adicional de 1.001.635,38 Euros, que fue informado favorablemente por la Jefatura del Área de Carreteras.

* En virtud de Orden Departamental nº 3, de 14 de enero de 2015, y previa propuesta del Director General de Infraestructura Viaria, fue autorizada la redacción del Proyecto Modificado nº 2 de las obras «DUPLICACIÓN DE LA CIRCUNVALACIÓN DE ARRECIFE». ISLA DE LANZAROTE. CLAVE: 01-LZ-295.

* La Dirección Facultativa de las obras, con fecha 9 de febrero de 2015, solicitó, con el visto bueno del Jefe del Área de Carreteras, la continuación provisional de las obras tal y como están previstas en su Propuesta técnica, con la conformidad expresa del contratista adjudicatario, al amparo de lo establecido en el art. 217.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, considerando el grave perjuicio al interés público que produciría la suspensión de las mismas.

* Tras los trámites administrativos pertinentes, por Orden Departamental nº 41, de 24 de febrero de 2015, fue autorizada la continuación provisional de las obras de este Modificado.

* En virtud de Orden del entonces Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial nº 115 de 30 de marzo de 2015, y al existir parte de la obra que podía ponerse en servicio al uso público y conforme a lo establecido en el artículo 218 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de aplicación al presente contrato, se declaró de interés Público la puesta en servicio del tramo de la obra de «Duplicación de la Circunvalación de Arrecife», que se encontraba apta para su apertura al tráfico.

* Con fecha 29 de marzo de 2015, se formalizó el Acta de Reconocimiento de las Obras de «Duplicación de la Circunvalación de Arrecife». Isla de Lanzarote, poniéndose en servicio al uso público la obra mencionada, lo que implicaba, por tratarse de un tramo de carretera de titularidad de la Comunidad Autónoma de Canarias, la asunción por el Cabildo Insular de Lanzarote del ejercicio de las funciones de gestión del dominio público, conservación y mantenimiento, previstas

en la Disposición Adicional Tercera, apartado 1, del citado Decreto 112/2002, de 9 de agosto.

* El 13 de octubre de 2015, se formaliza el Acta de Recepción de las obras de Duplicación de la Circunvalación de Arrecife. Isla de Lanzarote.Clave.01.-LZ-295.

* Con fecha 3 de noviembre de 2015, el Director de las obras emite informe en la que se expone que con motivo de una reclamación patrimonial presentada ante el Ayuntamiento de Arrecife e iniciada por éste, se ha detectado una situación de inseguridad y peligro para la circulación que existe en la vía lateral de la calle José Antonio, que conecta la glorieta de la Rambla Medular, en el término municipal de Arrecife y que ha sido recientemente remodelada por las obras de referencia. En el informe emitido, se expone la situación actual de la señalización deficiente que no fue detectada en la recepción de las obras y sus causas, así como la responsabilidad del contratista adjudicatario de las mismas y en consecuencia.

* A la vista del contenido del referido informe, por el Director General de Infraestructura Viaria se eleva Propuesta a la titular del Departamento para que se autorice la suspensión de los plazos para la medición general y para la aprobación de la certificación final de la obra.

* En virtud de Orden de la titular del Departamento, de fecha 18 de noviembre de 2015, se autoriza la suspensión de los plazos para la medición general y para la aprobación de la certificación final de las obras de la «Duplicación de la Circunvalación de Arrecife “Isla de Lanzarote. Clave:01-LZ-295». Esta Orden se notificó por escrito² de fecha 20 de noviembre de 2015, registrados de salida el 24 siguiente, tanto a la adjudicataria del servicio de Control y Vigilancia, UTE (...) y a la UTE (...).

*Por Orden de 11 de abril de 2016, del Departamento fue aprobada la Certificación Final de la obra por importe de tres millones ochenta y dos mil quinientos ochenta y un euro con cincuenta y un céntimos. Se contabilizó el documento contable de abono de la citada cuantía el 25 de abril siguiente.

* Por tanto, el plazo de garantía de 2 años desde la fecha en que se realice la recepción de obras, y como quiera que el 13 de octubre de 2015 fue formalizada la recepción citada, el plazo de garantía expira el 13 de octubre de 2017 sin que conste que haya sido devuelta la misma; por lo tanto, el contrato continuaría vigente.

2. El presente procedimiento se inició a través de la presentación, con fecha 20 de diciembre de 2016, del escrito de reclamación de la entidad mercantil (...), por

daños y perjuicios ocasionados en la ejecución de la obra "Duplicación de la Circunvalación de Arrecife. Isla de Lanzarote, Clave: 01-LZ-295".

Con fecha 3 de abril de 2017, el Centro Directivo dirigió escrito al director de la Obra interesando la emisión de informe acerca de lo puesto de manifiesto por la entidad mercantil.

Con fecha 31 de mayo de 2017, se dirigió nueva comunicación al director de las Obras interesando la emisión del correspondiente informe y ampliando las cuestiones que se debían contestar a la vista del contenido del escrito de reclamación.

Con fecha 7 de junio siguiente el ingeniero director de las obras emitió el informe interesado.

Con fecha 13 de junio de 2017, se solicita informe a la Jefe de Proyectos y Obras, emitiéndolo el 17 de octubre.

Con fecha 19 de octubre de 2017, el Director General de Infraestructura Viaria dictó la Propuesta de Resolución en relación con la citada reclamación con objeto de proceder a efectuar el trámite de audiencia a la entidad mercantil. El 8 de noviembre de 2017, tiene entrada escrito del representante de la (...), en virtud del cual formula alegaciones a la Propuesta remitida.

Con fecha 1 de marzo de 2018, la Jefatura de Área de Carreteras conjuntamente con la Jefe de Proyectos y Obras, emite informe en relación con las alegaciones formuladas por la representación de la adjudicataria del contrato.

Con fecha 2 de abril de 2018 ha sido confeccionado el documento contable de retención de crédito por importe de 875.478,13 € existiendo por lo tanto, consignación presupuestaria adecuada y suficiente.

Finalmente, el día 11 de abril de 2018, consta descargada electrónicamente la Orden del Consejero de Obras Públicas y Transportes por la que se resuelve la reclamación por los daños y perjuicios ocasionados por la alteración de las previsiones contractuales en la ejecución del contrato de las referidas Obras.

III

1. En la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen se plantea estimar parcialmente la reclamación presentada por la entidad mercantil reclamante por los daños y perjuicios ocasionados por la alteración de las previsiones

contractuales en la ejecución del contrato, por la cantidad de 875.478,13 euros. Se desestima el resto de los conceptos de la reclamación presentada.

2. 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 entidad mercantil fundamenta la valoración de las cantidades reclamadas en concepto de indemnización por daños y perjuicios en la demora en la comprobación del replanteo; la infrutilización de los recursos materiales y personales durante el desarrollo de las obras; la demora por la Suspensión Temporal Total de las obras, motivada por la Aprobación definitiva del Proyecto Modificado nº 2.

a) Con respecto a la demora en la comprobación del replanteo, se ha podido constatar según la documentación obrante en el expediente que la firma del Acta de Comprobación de replanteo tuvo lugar el 31 de mayo de 2011, la fecha de inicio de las obras tenía que haber sido el 1 de junio de 2011. De lo que se desprende que se produjo una demora de dos meses y medio desde la fecha límite en la que hubiere debido proceder la comprobación del replanteo hasta aquella en la que finalmente tuvo lugar, por lo que, salvo se hubiere justificado dicha demora -que no ha sido el caso- el retraso en el comienzo de las obras sería por tanto, motivado por causas imputables a la Administración, por lo que, se entiende justificada la reclamación de indemnización de daños y perjuicios por dicha demora sufrida, no imputable al contratista.

Habida cuenta de lo que antecede, se entiende que el problema sobrevino durante el transcurso de la ejecución de la obra tal y como se pone de manifiesto en el informe técnico emitido y ello por cuanto que no existió disponibilidad de terrenos para la ejecución de la obra ocasionando con ello una ralentización del ritmo de la obra reconocido por la propia Administración, es obvio que los retrasos producidos, que motivó la prórroga temporal, causó al contratista un mayor desembolso en los costos de la obra, tanto en el aumento salarial de los trabajadores empleados durante más días de los previstos como en el empleo del material o maquinaria originando una suspensión temporal de la ejecución de la misma. Tal menoscabo patrimonial debe integrarse en la indemnización de perjuicios en materia de contratación administrativa, dado que ha sido acordada la suspensión de la obra. Asimismo, se considera que el aumento en el coste de la obra para el contratista ha provocado un desequilibrio patrimonial en el esquema global de las contraprestaciones de las partes, debiendo ser restablecido dicho equilibrio con base

en el principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa, y reconocer al contratista el derecho al cobro de los gastos producidos.

b) En relación a la infrutilización de los recursos personales y materiales durante el desarrollo de las obras, el informe emitido por el ingeniero director de las obras nos indica que no se puede afirmar que las obras hubieran estado suspendidas durante 17 meses, «no habiendo existido formalizaciones de suspensiones temporales parciales algunas, si bien han existido hechos que han incidido en la normal ejecución de las obras, como imposibilidad de ocupar diversos terrenos o partes de obras sujetas a modificaciones».

Con respecto a las expropiaciones, excitado ingeniero nos recuerda que, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, art. 110 «en la tramitación de los expedientes de contratación referentes a obras de infraestructuras hidráulicas, de transporte y de carreteras, se dispensará del requisito previo de disponibilidad de los terrenos, si bien la ocupación efectiva de aquellos deberá ir precedida de la formalización del acta de ocupación».

Por otro lado, se observa que existe una demora en la tramitación del expediente de aprobación del Proyecto Modificado n.º 1, atribuible a la Administración en relación con el cumplimiento de los plazos establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público.

No obstante, se señala al respecto que se acordó que las obras continuasen provisionalmente durante la tramitación del mismo [art. 217.4: «Cuando la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, (...) podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas (...)]», por lo que no se produjo ninguna suspensión temporal derivada como consecuencia de dicha tramitación del referido Modificado.

Por lo tanto, se concluye que, a la vista de los reajustes de anualidades operados en el contrato, como consecuencia del escenario presupuestario y la falta de disponibilidad presupuestaria, motivo éste no imputable a la contratista, se considera que a ésta le ampara el derecho de ser indemnizado en el período de demora sobre el plazo original del contrato (17 meses de demora, desde enero de 2014 a mitad de abril de 2015 más el mes de agosto de 2015) que dichos reajustes de anualidades hubieran tenido como consecuencia.

c) En atención a la demora por la aprobación definitiva del Proyecto Modificado n.º 2 y consecuente suspensión temporal total de las obras, al haber estado suspendidas a la espera de la aprobación del Proyecto Modificado n.º 2 durante un período de 3 meses y medio, se considera que la entidad mercantil tiene derecho a ser indemnizada por los sobrecostes que haya debido soportar durante el tiempo de tres meses y medio en los que las obras estuvieron suspendidas totalmente. Por tanto, se desprende de lo anterior, que en la ejecución de la obra surgió una circunstancia que ocasionó una ralentización del ritmo de trabajo reconocido por la propia Administración; por lo que es obvio que tal prórroga temporal causó al contratista un mayor desembolso en los costes de la obra, tanto en el aumento salarial de los trabajadores empleados durante más días de los previstos como en el empleo del material o maquinaria.

3. Ante tales argumentos de la contratista a favor de su reclamación, procede valorar el juego del principio de riesgo y ventura en este concreto supuesto. Tal principio, citado en la misma Propuesta de Resolución, debe ser interpretado en el sentido de que aquélla no tendrá derecho a indemnización por causas de pérdidas, averías, o perjuicios ocasionados en dichas obras sino en caso de fuerza mayor; es decir, que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (e incluso perder) cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato de obra. Esta interpretación es consecuente con el significado que una y otra locución «riesgo y ventura» ofrece tanto en el lenguaje jurídico como gramatical, de tal modo que «riesgo» equivale a contingencia o proximidad de un daño y «ventura» es palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien. De lo que se infiere que el contratista al contratar con las Administraciones públicas, asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en la ejecución de la obra, ya que la obligación del contratista es una obligación de resultados, como contrapuesta a la obligación de actividad o medial.

A este respecto procede señalar que la regla general en la contratación administrativa es que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista. Ello significa que el contratista asume con carácter general las consecuencias derivadas de todos los riesgos, salvo en aquellos casos que el ordenamiento jurídico prevea la cooperación, a estos efectos, de la propia Administración contratante (causa por ejemplo de la fuerza mayor, de la revisión de precios o de la doctrina del riesgo imprevisible) con objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual. Por tanto, la mayor onerosidad de las obras, por causas

imprevisibles no imputables a la Administración debe soportarlas, en principio y con carácter general, el contratista cuando no opera ninguno de los límites al principio del riesgo y ventura enunciados.

4. Pues bien, a partir del análisis de la reclamación presentada la Propuesta de Resolución reconoce que, efectivamente, ha existido un retraso en la ejecución de la obra por causas ajenas a la contratista e imputable a la Administración. Coincide la Propuesta de Resolución con la contratista en que ello ha ocasionado una alteración contractual en virtud de acciones u omisiones por parte de la Administración implicada habiendo contravenido el tenor del contrato, afectando a su ejecución. Tales circunstancias suponen, y así lo reconoce la Propuesta de Resolución, que en el presente caso el principio general de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato quiebra y ello se produce cuando la Administración contratante contraviene, de alguna manera, el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución, en términos de suspensión de las obras o en los demás casos de incumplimiento contractual, entre los que han de acogerse los supuestos en los que las obras han sido ejecutadas mediando dilación en el plazo previsto por culpa de la Administración.

Esta es la doctrina jurisprudencial dominante del Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 17 de noviembre de 2011, que en su FJ 7º sostiene que «cuando la propia administración se ha visto en la necesidad de conceder prórrogas sucesivas del plazo de finalización de las obras por no haber puesto a disposición del contratista, y a su debido tiempo, los medios necesarios y precisos para que pudieran iniciarse dichas obras y ello unido a la necesidad técnica de modificar un proyecto que, posteriormente, devino deficiente para que pudiera ser adaptado a la realidad existente, las circunstancias concurrentes determinan la presencia de una excepción al principio de riesgo y ventura del contratista y la ulterior responsabilidad de la Administración por incumplimiento del contrato». Asimismo, la Sentencia 211/2018, de 13 de febrero, después de recoger pronunciamientos varios del TS en esta misma línea, concluye en su FJ 4º: «En definitiva, como sostiene la recurrente, cuando es la propia Administración la que incumple las obligaciones derivadas del contrato, no estamos ante el riesgo y ventura imputable al contratista por circunstancias ajenas a las partes, sino ante un incumplimiento contractual por parte de la Administración».

5. Esta coincidencia de ambas partes en reconocer la existencia de daños por los incumplimientos o defectuosos cumplimientos de la Administración en la ejecución

del contrato llevan a la Administración de la Comunidad Autónoma a estimar la pretensión de la contratista de ser indemnizada por los perjuicios económicos resultantes.

Por ello, puede afirmarse que el principal disenso de la Administración y la reclamante no es de carácter jurídico, sino que se desplaza al campo del cálculo económico de los importes indemnizatorios que pretende recibir la UTE, a partir de discrepancias sobre criterios aplicables. Y llegado este punto debe reconocerse la dificultad que enfrenta un Organismo de consulta jurídica como el Consejo para discernir sobre la controversia. No obstante, se procede a continuación a un análisis de las posiciones enfrentadas al respecto, para finalmente fijar nuestra posición.

6. Según la Administración, se desprende de la documentación obrante en el expediente sobre la indemnización referida a costes indirectos soportados por la entidad mercantil que los importes que se estiman correctos como indemnización de sobrecostes soportados en concepto de costes indirectos serían los siguientes por demora, infrautilización y suspensión temporal total con la cantidad de 547.860,89 euros, a falta de aportar las facturas correspondientes al alquiler de vehículos durante los meses de mayo y junio de 2015, así como los TC2 para el personal de HORINSA durante los meses de enero, febrero y mayo de 2014 y los del personal contratado por la (...) durante los meses de junio y noviembre de 2014.

7. En cuanto a los gastos generales (GG) reclamados por la interesada, de acuerdo con el criterio utilizado por el Consejo de Obras Públicas, la Administración entiende que la cantidad a abonar a la reclamante en este concepto, con motivo de la demora en la firma del Acta de Comprobación de Replanteo que ocasionó el consiguiente retraso en el inicio de las obras, debería ascender a un importe de 29.576,75 €. Por otra parte, la cantidad a abonar a la afectada en el comentado concepto de G.G., por la infrautilización de medios personales y materiales, debería ascender a un importe de 201.121,93 €. Finalmente, se considera correcto establecer que la cantidad a abonar a la contrata por la suspensión temporal total con motivo de la tramitación del expediente del Proyecto Modificado n.º 2, debería ascender a un importe de 41.407,45 €.

En resumen, de los importes en concepto de indemnización por G.G., aplicando el criterio del Consejo de Obras Públicas, como órgano cuya especialización técnica le faculta para pronunciarse al respecto, los importes que se estiman correctos como indemnización en concepto de gastos generales constituiría un total de 272.106,13 euros.

8. Teniendo en cuenta las anteriores valoraciones, el informe preceptivo técnico reconoce parcialmente el daño causado a la afectada proponiendo una indemnización que asciende en su totalidad a la cantidad de 819.967,02 euros.

9. No obstante, tras las alegaciones presentadas por la afectada con ocasión del trámite de audiencia, la Dirección General de Infraestructura Viaria concluye en su informe que:

- En cuanto al importe no revisable asumido por la contrata, por el que se solicita la indemnización de 25.263,33€, se desestima en concepto de incremento de la parte no revisable de la obra.

- En cuanto a los sobrecostes indemnizables en concepto de costes indirectos, y a tenor de la documentación aportada con el escrito de alegaciones, se estima que corresponde abonar 39.776,11 euros en concepto de C.I., con motivo de la demora en la firma del Acta de Comprobación de Replanteo por daños y perjuicios en relación con el contrato de obra «Duplicación de la Circunvalación de Arrecife», estimando que los costes de desplazamiento y viajes no deben estar considerados como ya se indicó anteriormente.

- La cantidad a abonar a la entidad mercantil en concepto de C.I. durante el período de infrautilización de medios personales y materiales, asciende a un importe de 510.857,91 euros, tras la verificación de costes indirectos del personal de HORINSA correspondientes a los meses de enero, febrero y mayo de 2014 y del personal contratado por la (...) durante los meses de junio y noviembre de 2014.

- La cantidad a abonar a la afectada en concepto de C.I., con motivo de la suspensión temporal total de las obras por la Aprobación del Proyecto Modificado n.º 2, debería ascender a un importe de 52.737,96 €, una vez debidamente justificados los gastos computados por la citada entidad correspondientes al alquiler de vehículos para los meses de mayo, junio y julio de 2015.

- En cuanto a los sobrecostes indemnizables en concepto de G.G., se estima que corresponde abonar a la reclamante con motivo de la demora en la firma del Acta de Comprobación de Replanteo (dos meses y medio) que ocasionó el consiguiente retraso en el inicio de las obras, debería ascender a un importe de 29.576,75 euros.

- Se mantiene la conclusión que la cantidad a abonar a la contrata en concepto de G.G., por la infrautilización de medios personales y materiales (período de enero

de 2014 a mitad de abril de 2015 y agosto de 2015), debería ascender a un importe de 201.121,93 euros.

- Se mantiene la conclusión que la cantidad a abonar a la contrata en concepto de G.G., por la suspensión temporal total (tres meses y medio) con motivo de la tramitación del expediente del Proyecto Modificado n.º 2, debería ascender a un importe de 41.407,45 euros.

10. En resumen, algunos de los motivos por los que se reclama han sido rebatidos detalladamente en la Propuesta de Resolución, estimando parcialmente en todo lo demás la reclamación presentada por las razones expuestas, que se consideran correctas. Por tanto, se estima fundado que la cantidad a abonar a la entidad mercantil en concepto indemnizatorio por los daños y perjuicios ascienda al importe de 875.478,13€. En consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, que ha acreditado que a la entidad adjudicataria le han sido causados unos daños que deben ser indemnizados en la indicada cantidad, la cual habrá de ser actualizada en los términos fijados por el artículo 34. 3 de la LRJSP.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones anteriormente expuestas en el Fundamento III, la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen se considera conforme a Derecho.