



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 2 4 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 27 de noviembre de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la entidad mercantil (...), por daños ocasionados por el desequilibrio de las prestaciones en contrato de arrendamiento de parcela municipal (EXP. 501/2018 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la representación de la entidad mercantil (...), por daños ocasionados, presuntamente, por el desequilibrio de las prestaciones en el contrato de arrendamiento de parcela municipal.

2. El resarcimiento, que a través del procedimiento tramitado se pretende, tiene su origen en un contrato administrativo de arrendamiento de parcela de titularidad municipal para instalar tres terrazas de verano durante el periodo de tres años.

La entidad mercantil considera que por los perjuicios soportados ha de ser indemnizada por la Administración causante del daño, por lo que la reclamación efectuada ha de encuadrarse dentro del ámbito de la denominada responsabilidad contractual.

3. Como ya hemos manifestado en otros Dictámenes (por todos, Dictámenes 416/2018, 227/2018 o 525/2009), el régimen jurídico de la responsabilidad contractual difiere del aplicable a la extracontractual, hoy regulada por las Leyes

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, ambas de 1 de octubre. A propósito de esta cuestión, en ese momento, 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), razonábamos 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 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 la naturaleza contractual de la indemnización, no resulta procedente, por consiguiente, 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.

En este sentido, es también doctrina reiterada 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 sucede en 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 405/1998, 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.

Insiste el Consejo de Estado, en su Dictamen correspondiente al expediente 456/2012, recaído en fecha de 10 de mayo de 2012 en que:

«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. En cuanto a la preceptividad de dictamen del Consejo Consultivo, nuestros dictámenes vienen considerando que en lo relativo a la responsabilidad contractual la inaplicación del régimen general de la extracontractual no es óbice para la preceptividad del dictamen del Consejo, y la 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) 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, no distinguiéndose a estos fines entre las de origen contractual o extracontractual (Véanse, por todos, los Dictámenes del Consejo de Estado correspondientes a los expedientes 1093/1991, recaído en fecha de 3 de octubre de 1991; y 3114/2002, recaído en fecha de 30 de enero de 2003).

Por consiguiente, queda acreditada la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación del Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife 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 citada Ley 30/1992, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la citada Ley 39/2015, ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última Ley; la Ley 30/2011, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

6. No se aprecia la existencia de deficiencias procedimentales que, por producir indefensión al interesado, impidan un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

II

Los antecedentes relevantes que han dado origen al procedimiento que nos ocupa son los siguientes:

- El 27 de julio de 2011 el Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo aprobó el expediente administrativo de contratación para el arrendamiento de una parcela de propiedad municipal al objeto de instalar tres terrazas de verano para el período 2011-2013 de conformidad con lo dispuesto en el art. 94 de la LCSP, así como del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Técnicas que habrán de regir en el procedimiento, publicándose anuncio de licitación en el Boletín Oficial de la Provincia, número 133, del viernes 5 de agosto de 2011, en el Boletín Oficial de Canarias, número 163, del viernes 19 de agosto de 2011, en los tres diarios de mayor difusión de la provincia (El Día, Diario de Avisos, y La Opinión de Tenerife), el 19 de agosto de 2011. Igualmente se publicó igualmente toda la información de la licitación, así como los Pliegos que rigen el procedimiento de licitación, en el Perfil del Contratante de la página Web del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

- El 11 de octubre de 2011 los representantes de las Comunidades de Propietarios de los Edificios (...) y Comunidad de Propietarios Edificio (...), situados en los números (...), respectivamente, de la Calle (...), como afectados por las actividades de la terraza de verano, solicitan que se tenga a ambas comunidades como interesadas en el expediente de contratación.

Posteriormente, el 26 de octubre de 2011 presentan escrito en el que, si bien los califican como Recurso de Reposición, referencian el art. 310.5.2º LCSP, que regula el Recurso Especial en materia de contratación, impugnando el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, así como del acto de convocatoria, actos sucesivos, resolución de adjudicación y formalización del contrato, pidiendo la declaración de nulidad de los mismos, así como la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

Por Resolución del Consejo Rector, de 4 de noviembre de 2011, se acuerda la inadmisión del referido recurso por falta de legitimación activa y por ser extemporáneo, lo que se recurre en alzada el 23 de diciembre de 2012. El 18 de enero de 2012 el Consejero Director de la Gerencia de Urbanismo desestima aquellos recursos, lo que se notifica debidamente a los interesados.

- Mediante Acuerdo del Consejo Rector, de 4 de noviembre de 2011, se aprueba la adjudicación, conforme a la propuesta formulada por la Mesa de Contratación el 2 de noviembre, estableciendo como proyecto ganador el presentado por la empresa (...) (7,38 puntos), seguido en segundo lugar del presentado por la empresa (...) (7,20 puntos), y por último el presentado por las empresas (...) y (...) (3,68 puntos), lo que se notifica a tales entidades.

- El 16 de febrero de 2012, se formaliza el contrato de arrendamiento de parcela de titularidad municipal con la entidad (...), formalizándose, tras diferentes requerimientos, con las empresas (...) y (...) el 6 de marzo de 2012.

- El 9 abril de 2012 se emite informe por el Jefe de Sección de Gestión de Recursos, en el que se formula Propuesta de Resolución de inicio de expediente administrativo de resolución del contrato suscrito con la empresa (...), por el incumplimiento del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en sus cláusulas 15ª, 16ª, 17ª y 18ª, así como de la cláusula quinta del documento de formalización del contrato de arrendamiento, con incautación de las garantías depositadas por la adjudicataria.

- En la misma fecha se emite informe por el Jefe de Sección de Gestión de Recursos, en el que se formula Propuesta de Resolución de inicio de expediente administrativo de resolución de mutuo acuerdo del contrato suscrito con la empresa (...), ante la falta de depósito provisional del coste de las obras de urbanización provisional tasado en el pliego de prescripciones técnicas.

- El 11 de abril de 2012, mediante escrito de fecha 10 de abril, se solicita por la entidad (...), retrasar el ingreso de los 70.075 euros correspondientes a los costes de urbanización que debían asumir, dada «la peculiar situación que nos ata a los demás concesionarios de las terrazas de verano».

- En igual fecha, por la entidad (...) se presentó escrito en el que tras exponer la imposibilidad sobrevenida de asumir su parte en el contrato en los términos suscritos, solicita determinados cambios en sus condiciones y, de no accederse a ello, su renuncia.

- En los mismos términos se presentó escrito por la empresa (...) el 17 de abril de 2012. Asimismo, el 25 de abril de 2012, presenta escrito en el que se expone los diversos motivos, principalmente de índole económica, que la llevan a desistir del contrato, presentando renuncia al mismo y solicitando, asimismo, la devolución de la garantía definitiva, siendo aprobada por Acuerdo del Consejo Rector la Resolución del Contrato de mutuo acuerdo.

- Asimismo, el 8 de mayo de 2012 el Consejo Rector aprueba la resolución del contrato suscrito con la empresa (...), por el incumplimiento del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en sus cláusulas 15ª, 16ª, 17ª y 18ª, así como de la cláusula quinta del documento de formalización del contrato de arrendamiento por parte de la arrendataria, con incautación de las garantías depositadas por la misma.

- Así pues, sólo se ha llevado a término una de las tres terrazas previstas, por lo que procede la licitación de las dos restantes, mediante el mismo procedimiento abierto de libre competencia. Así, el 25 de febrero de 2013 por Acuerdo por el Consejo Rector se aprueba expediente de contratación para la instalación de las dos terrazas restantes, mas, anunciada debidamente la licitación, transcurrido el plazo para la presentación de proposiciones, no se presentó ningún licitador a la misma, por lo que, mediante Acuerdo del Consejo Rector de 21 de junio de 2013, se declara desierto el procedimiento, en los términos del art. 170.c) del TRLCSP.

III

Como consecuencia de lo expuesto, la entidad (...), mediante escritos presentados el 14 de septiembre de 2012 y 27 de septiembre de 2012, alega que ha debido soportar un coste superior al establecido en el pliego para las obras de urbanización exterior de la terraza, que se fijaban en el mismo en 70.000,00 €, en tanto que la citada sostiene haber realizado una inversión de 137.343,00 € en su primer escrito, y de 148.340,60 € en el segundo.

Así, el fundamento fáctico de la pretensión indemnizatoria descansa en los citados escritos de reclamación en los que manifiesta:

«Comunica que terminadas las obras de acondicionamiento de parcela e instalaciones a efectos de este concurso, ha asumido unas cuantías relacionadas con la urbanización excediendo lo que le correspondía para la correcta apertura de su espacio y asumiendo en el desembolso de urbanización de los demás ocupantes por exigencia de los suministradores y la propia administración pública.

Urbanización del total de las tres terrazas a concurso doscientos diez mil (21.000 €) la parte proporcional que le corresponde a (...) setenta mil (70.000 €), por ello alegamos que la empresa que suscribe este comunicado ha efectuado una inversión de ciento treinta y siete mil trescientos cuarenta y tres euros (137.343 €) y requiere a que esta diferencia sea reintegrada por parte del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife o deducido de nuestras obligaciones de pago del inquilinato del espacio».

Posteriormente, mediante escrito presentado en aquella misma fecha, y complementado por posterior de 27 de septiembre de 2012, amén de solicitar, «a efectos de una discriminación positiva, frente a otros negocios de similar actividad», cambio de la actividad a grupo 4 y cambio en la apertura de la concesión, a efectos indemnizatorios manifiesta:

«Reclama y aporta documentación legal de licencia de obra donde se estipula que "(...) se describe que la parcela está dotada de las instalaciones correspondientes de saneamiento y pluviales, abastecimiento y riego, alumbrado público, baja tensión y telecomunicaciones (...)»

(...).

Por ello y después de la exigencia de esta concejalía pasamos a presentar facturas de la intervención y reclamación al efecto reiterando que terminadas las obras de acondicionamiento de parcela e instalaciones a efectos de este concurso, se han asumido unas cuantías relacionadas con la urbanización excediendo de lo que le correspondía (...).

Reunida la documentación solicitada la empresa que suscribe este comunicado ha efectuado una inversión superior a las anteriores reclamaciones, sumando este -ciento cuarenta y ocho mil trescientos cuarenta con sesenta euros- (148.340,60 €).

Arquetas, apertura de zanjas, casetas, capas de rodadura, bordillos, demoliciones. Certificación de (...). (factura adjunta): 108.408,03 €

Factura de arquitecto: 25.200 €

Certificación ingeniero: 8.125 €

Dirección de ejecución: 2.500 €

Coordinación de seguridad y salud laboral: 1.500 €

Dirección de urbanización: 1.800 €

Señalización cortes y desvíos: 807,57 €

Requiere que esta diferencia sea reintegrada por parte del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife o deducido de nuestras obligaciones de pago del inquilinato del espacio».

IV

Constan en el procedimiento que nos ocupa los siguientes trámites:

- El 28 de diciembre de 2012, a la vista de la reclamación presentada, se emite informe por el Director Técnico de Urbanismo, señalando que se ha ejecutado la primera fase un total de 139.240,91 €, de los cuales 37.925 € corresponden a honorarios profesionales por redacción y dirección de las obras, señalando que los mismos no estaban previstos en el pliego.

- A la vista del citado informe, el 2 de enero de 2013 se formula por el Gerente de Urbanismo propuesta de bonificación o compensación del canon arrendaticio en la cantidad de 43.220,10 €, a favor de la entidad reclamante.

- Remitida aquella propuesta a la Intervención Delegada, ésta emite informe el 19 de abril de 2013 por el que se concluye que, tal y como se informa por la Dirección Técnica de Urbanismo, si se han ejecutado un total de 139.240,91 € en las obras de urbanización provisional de la parcela en los términos fijados en los Pliegos Administrativo y Técnico, de los cuales 37.925 € corresponden a honorarios profesionales por redacción y dirección de las obras, señalando que, éstos últimos, no estaban previstos en el Pliego, concluye que el coste total de urbanización efectivamente realizado asciende a la cantidad de 101.315,91 €, por lo que el exceso de obra ascendería a la cantidad de 31.315,91 €. Asimismo, se señala que, conforme a dicho criterio no sería compensable la cantidad de 69.165,91 € al incluir la misma los costes de honorarios profesionales por la redacción y dirección, así como tampoco es compensable importe superior al de la anualidad, tal y como figura en la propuesta.

- El 14 de junio de 2013 se emite nuevo informe por el Director Técnico Urbanístico al objeto de aclarar los costes reflejados en su primer informe.

- El 5 de septiembre de 2013 se emite nuevo informe por la Intervención Delegada por el que, a la vista del nuevo informe del Director Técnico de Urbanismo, se ratifica en lo ya informado anteriormente.

- El 10 de octubre de 2013, 24 de octubre de 2013 y 23 de diciembre de 2013, la entidad reclamante presenta copias de las facturas justificativas de los gastos realizados en las obras de urbanización, así como copias de los documentos justificativos de los pagos realizados.

- El 16 de diciembre de 2016 desde el Servicio de Régimen General se solicita al Servicio de Licencias la emisión de informe por técnico competente, en orden a determinar el coste de ejecución material de las obras de urbanización, conforme a la justificación aportada por la reclamante, con respecto a las previsiones que, con respecto a dicho coste, se establecían en el Pliego de Prescripciones Técnicas que regían en la licitación.

- Así, el 26 de enero de 2017 se emite informe por el Servicio de Licencias de la Gerencia Municipal de Urbanismo en el que consta que se ha realizado visita de inspección a los efectos de comprobar las obras de urbanización llevadas a cabo en la parcela en la que se ubica la Terraza de Verano (...), concluyendo:

«(...) del análisis del expediente aportado y de la visita de inspección realizada, se infiere que el coste de ejecución material de las obras de urbanización ejecutadas por la empresa (...) para el acondicionamiento de la parcela, y que no estaban previstas en el Pliego de Contratación, ascienden a la cantidad de CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE CON CATORCE (44.977,14 €) euros (115.052,14€-70.075€), justificándose debidamente en la documentación aportada».

- El 8 de marzo de 2017 se emite informe por el Servicio de Régimen General en el que se formula propuesta de Resolución de autorización y disposición del gasto por importe de 44.977,14 € a favor de la entidad reclamante en concepto de responsabilidad patrimonial contractual, por exceso de coste en las obras de urbanización con relación a los costes de urbanización fijados en el Pliego que regía en la licitación, ordenando a la Tesorería Delegada de la Gerencia Municipal de Urbanismo, inicio de expediente administrativo de compensación, a los efectos de compensar la cantidad señalada a favor de la entidad interesada con respecto al canon de arrendamiento de parcela que, a día de la fecha, se encuentre pendiente de abonar por la adjudicataria.

- El 26 de octubre de 2017 se emite informe por la Sección de Gestión Económica y Presupuestaria por el que se señala la aplicación presupuestaria indicada para atender el gasto propuesto, generándose el 27 de octubre de 2017 documento contable de retención de crédito, que se firma el 30 de octubre de 2017.

- El 30 de octubre de 2017 el expediente se remite a Intervención General, que emite informe de reparo el 6 de febrero de 2018, señalando que la aplicación presupuestaria no es la adecuada al gasto ya que no se trata de un expediente de Responsabilidad Patrimonial, no siendo el procedimiento propuesto el adecuado, ya que el caso que nos ocupa deriva de una relación contractual y por lo tanto no se aprecia un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

- El 9 de febrero de 2018 se emite nuevo informe por el Servicio de Régimen General por el que se formula propuesta de Resolución en la que se señala que se autoriza y dispone el gasto de 44.977,14 € a favor de la interesada, si bien en concepto de desequilibrio de las prestaciones en la relación contractual, por exceso de coste en las obras de urbanización con relación a los costes de urbanización fijados en el Pliego que regía en la licitación, ordenando el pago en este concepto y ordenado a la Tesorería Delegada de la Gerencia Municipal de Urbanismo, inicio de expediente administrativo de compensación, a los efectos de compensar aquella cantidad, lo que es informado favorablemente el 27 de abril de 2018 por la Secretaría Delegada del Organismo Autónomo, generándose el 26 de abril de 2018 documento contable de Retención de Crédito por importe señalado.

- Sometido nuevamente el expediente a fiscalización de la Intervención General, ésta emite informe el 1 de junio de 2018 en el concluye una vez más su desacuerdo con el abono propuesto basado en el concepto de desequilibrio de las prestaciones en la relación contractual por exceso de coste en las obras de urbanización en relación a los costes de urbanización fijados en el Pliego que regía en la licitación. Al efecto argumenta:

«En una relación contractual, cierto es, la Administración es responsable del mantenimiento del equilibrio económico, contrapartida del principio de riesgo y ventura, para los de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos, por lo dispuesto en el artículo 258.1 y 282 de la RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de tal forma que cuando se produce uno de los supuestos que establece la legislación sobre contratos públicos y que no son imputables al contratista, es la administración la que en este caso debe indemnizar. Es decir, cuando la administración provoca, por acción u omisión, pero de forma directa, que el contrato quede alterado en su economía, con claro perjuicio del contratista o concesionario, rompe el

equilibrio económico y debe indemnizar por los citados perjuicios. En este caso, se trata de un contrato de arrendamiento y no de un contrato de concesión de obra pública ni de gestión de servicios públicos, por lo que no corresponde indemnización por desequilibrio de las prestaciones en la relación contractual.

Si bien es cierto que la empresa adjudicataria ha asumido unos costes de obras de urbanización superiores a los contemplados en el Pliego de Prescripciones Técnicas, se trata de obligaciones de esta Administración que quedan fuera del contrato de arrendamiento, por lo que no puede fundamentarse como desequilibrio, pero sí como responsabilidad patrimonial extracontractual.

2.- Esta intervención no está de acuerdo con el importe de 44.977,14 € propuesto por el Servicio de Régimen General. Al respecto se realizan las siguientes observaciones:

En la reclamación presentada por la empresa (...) con fecha 27 de septiembre de 2012, se hacía alusión a que los gastos derivados de arquetas, apertura de zanjas, casetas, capas de rodadura, bordillos, demoliciones, según certificación de (...) era de 108.408,03 € (Pág. 763).

Respecto al coste de ejecución del proyecto, valorado en 266.637,15 €, cabe señalar que el concesionario sólo ha ejecutado la primera fase por importe de 101.315,91 € según se desprende del propio informe técnico de fecha 28 de diciembre de 2012 (página 764).

Con fecha 23 de diciembre de 2013 Explotaciones (...) presenta solicitud donde presenta justificantes de pago de urbanización, donde cita textualmente lo siguiente:

“la Terraza (...) presenta justificantes de pago de urbanización correspondientes a Ingeniero (...), (...) aparejador y Constructora (...) por importe total de 71.860,78 €. Todo esto correspondiente al importe que el ayuntamiento nos obliga a invertir en la urbanización del terreno.

Explotaciones (...) también presenta justificantes de pago de la constructora (...), de las instalaciones de saneamiento, pluviales, abastecimiento, baja tensión y telecomunicaciones por un importe de 76.740,74 €. Estos importes corrían a cargo del ayuntamiento ya que a Explotaciones (...) le tenían que entregar la parcela acondicionada.”

Entre la documentación justificativa, presentan la siguiente:

Certificación 1 (...), de fecha 4/8/2012 por importe de 76.740,74€.

Certificación 2 (...), de fecha 4/8/2012 por importe de 54.587,26€.

Factura nº 18 (...) (honorarios), de fecha 20/7/2012 por importe de 6.600€.

4.-Factura (...) (honorarios redacción del proyecto), de fecha 22/06/2012 por importe de 5.775,00€.

5.- Factura (...) (Redacción del proyecto), de fecha 7/8/2012 por importe de 25.200,00€.

Esta intervención comprueba que las facturas presentadas no corresponden con los importes expuestos en la solicitud. La diferencia se encuentra en la Certificación 2 (...). De acuerdo con la solicitud de la empresa (...), el importe de la certificación 2 debería ser por importe de 34.285,78€ y no por importe de 54.587,26€. También se hace constar que, entre la documentación de trabajo de esta intervención, consta que la Certificación 2 fue emitida en su momento por importe de 34.285,78€. Se requiere sea aclarado dicho extremo, para poder determinar la cuantía de los costes de urbanización.

3.- Tanto en el informe propuesta como en el informe del Servicio de Licencias, se hace mención a que el coste de obras de urbanización del contrato ascendía a 70.075,00€. No se tiene en cuenta lo estipulado en el apartado sexto del contrato de arrendamiento donde se contemplada el hecho de que en el caso de que uno de los licitadores desistiera o se resolviera el contrato, el coste de urbanización del contrato ascendería a 177.572,00€. Tanto en el contrato como en el Pliego de Prescripciones Técnicas no se contempla el caso de que sólo se adjudicara una de las Terrazas, que es el caso que nos ocupa. No obstante, teniendo en cuenta el apartado sexto del contrato los costes de obras de urbanización que deben asumir (...) son de 88.786.00€ y no de 70.075,00 €».

- El 2 de octubre de 2018 se dicta Propuesta de Resolución que se remite a este Consejo Consultivo.

V

1. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la pretensión resarcitoria de la entidad reclamante, reconociendo el derecho a ser indemnizada en la cuantía de 26.266,14 € en concepto de indemnización por exceso de coste en las obras de urbanización con relación a los costes de urbanización fijados en el contrato.

2. Pues bien, en cuanto al objeto del procedimiento, tal y como señala en sus informes la Intervención Delegada, nos hallamos ante una responsabilidad contractual de la Administración, como se fundamentó ya en el presente informe, requiriéndose, igualmente, el preceptivo dictamen de este Consejo.

3. Por lo que se refiere al fondo del asunto, debemos señalar, en primer lugar, que, en cuanto a la naturaleza del contrato de arrendamiento de parcela de propiedad municipal al objeto de instalar tres terrazas de verano, el punto 2º del Pliego de Prescripciones Técnicas señala que «la relación que vinculará a los adjudicatarios con la Gerencia será de arrendamiento de un bien patrimonial, conforme a los artículos 107 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y 92 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio».

Así pues, resulta aplicable el art. 20.2 LCSP, conforme al cual «Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado».

Por su parte, el art. 192 LCSP establece que los contratos administrativos se regirán además de por la normativa de aplicación, por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares, disponiendo el art. 193 que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.

En el presente caso, el Pliego de Prescripciones Técnicas contiene como Anexo II «Presupuesto de Urbanización Exterior de las Terrazas», en el que se establecían los costes de ejecución material de las obras de urbanización provisional, cuyo coste debían asumir los licitadores y que era necesario realizar a su costa para poder utilizar la parcela al fin pretendido, siendo la cuantía total de 210.225 €. Por lo que, cada adjudicatario debería asumir su tercera parte, esto es 70.075,00 €.

En virtud de ello se previó en la cláusula quinta del documento de formalización del contrato de arrendamiento, que se debía constituir por cada adjudicatario una garantía por aquella cantidad, para garantizar el cumplimiento del contrato de arrendamiento, en los términos de los arts. 1274 y siguientes del Código Civil.

Tal cláusula, que se estableció de mutuo acuerdo de las partes contratantes, subvenía la posibilidad de que se diera un desistimiento o incumplimiento por alguno de los otros dos adjudicatarios de las parcelas, tal y como ocurrió posteriormente con el desistimiento por imposibilidad económica de la entidad (...), y con el incumplimiento culposo por parte de la entidad (...), con resolución del contrato e incautación de la garantía.

Pero es que, además, previa negociación, se incluyó de mutuo acuerdo una cláusula sexta en el contrato, en previsión de que se produjera el abandono de uno de los licitadores, que no de dos, como realmente ocurrió, y hubiera de ejecutarse la totalidad del contrato únicamente por dos de los licitadores. Tal cláusula alteraba

para ese caso el reparto de la cuota de las obras a asumir por cada contratista. Así señalaba:

«En el caso de que alguno de los adjudicatarios de las otras terrazas finalmente desistiera del contrato de arrendamiento o si se resolviera por cualquier motivo el contrato suscrito con alguno de ellos antes de la ejecución de las obras y, por tanto, finalmente solo se ejecutaran dos terrazas, el importe de las obras de Urbanización ascenderá al importe de CIENTO SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS (177.572,00€)

A los efectos de garantizar el cumplimiento del contrato de arrendamiento, la mitad del coste de las obras de Urbanización, OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS EUROS (88.786,00€), deberá depositarse en la Tesorería Delegada de la Gerencia Municipal de Urbanismo en un plazo de 15 días a contar desde la fecha en la que se reciba la comunicación por parte de la Gerencia Municipal de Urbanismo indicando que uno de los adjudicatarios ha desistido del contrato suscrito o, en su caso, que el contrato ha sido resuelto, por lo que únicamente hay suscritos dos contratos para la instalación de dos terrazas de verano. La cantidad depositada previamente se considerará entrega a cuenta, debiendo depositarse en ese momento únicamente la diferencia».

Ahora bien, lo que acontece en el caso que nos ocupa va más allá de las previsiones contractuales, pues la entidad ahora reclamante se queda sola, tras el desistimiento de una de las entidades adjudicatarias y el incumplimiento culposo de la otra.

Así pues, se realiza la ejecución de las obras de urbanización provisional de forma parcial en la parcela que corresponde a la entidad (...), que suponen un coste superior para dicha entidad, no previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas como tampoco en el Documento de Formalización del Contrato de Arrendamiento.

Pues bien, no se plantean dudas en el presente procedimiento acerca de la procedencia de indemnizar a la entidad perjudicada, y de que aquella indemnización se incardina en un supuesto de responsabilidad contractual de la Administración, tal y como ya hemos expresado anteriormente. En este sentido, señala adecuadamente la Propuesta de Resolución:

«Esto supone una variación de las condiciones inicialmente previstas, puesto que el arrendatario se ha visto obligado, a los efectos de dar cumplimiento a los términos del contrato a realizar un desembolso económico superior al inicialmente previsto y que supone una minoración de los beneficios previstos. Tal y como señala el artículo 1.258 del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio 1889) Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a

la buena fe, al uso y a la ley, excediendo las referidas cantidades de lo inicialmente pactado, derivándose consecuencias para el arrendatario que, de no ser compensadas las mismas, pueden considerarse contrarias a la buena fe contractual.

Dicho incremento debe ser objeto de compensación, dado que hacer pasar al arrendatario por el mismo pudiera entenderse contrario a la buena fe contractual e ir en contra del justo equilibrio de las prestaciones del contrato. Esto supone la posibilidad de la aplicación de la cláusula "Rebus Sic Stantibus" prevista por la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en relación a los contratos, por entender que concurren tales circunstancias en el presente caso, de conformidad con la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 1 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1618) , 18 de enero de 1996 (RJ 1996, 244) , 4 de febrero de 1994 (RJ 1994, 910) , 24 de junio de 1993 (RJ 1993, 5382) y 8 de julio de 1991 (RJ 1991, 5376), al concurrir una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes en el de celebración, una desproporción exorbitante de las prestaciones que ello acontezca con la sobrevenida de circunstancias imprevisibles y que se carezca de otro medio para remediar el perjuicio o ausencia de previsiones revisorías de futuro. Atendiendo a todo lo expuesto, a los efectos de paliar el incremento de costes para el arrendatario, con respecto a lo inicialmente fijado en la licitación, y minorar los perjuicios que dimanen del mismo, se entiende que procedería realizar compensación. Al tratarse de un ingreso de derecho privado (artículos 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), sujetándose al derecho privado en cuanto a su régimen jurídico, por lo que serán de aplicación a dicha compensación las reglas contenidas en los artículos 1195 a 1202 del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio 1889)».

4. Sin embargo, resulta controvertida la cuantía reclamada.

En este punto, se recuerda que se reclama la cantidad que, siendo inicialmente de 137.343,00 €, posteriormente se concreta en 148.340,60 €.

Al respecto, emitido informe por parte del Director Técnico Urbanístico el 28 de diciembre de 2012, éste señala que se ha ejecutado la primera fase del proyecto con un coste asimétrico con respecto a las otras dos fases (que podrán, en el nuevo concurso, ejecutarse conjuntamente), siendo el presupuesto total estimado, incluidos los honorarios profesionales del equipo ganador en el concurso de ideas, de 413.470,15 €, lo que significa que cada concesionario debería participar con una cantidad de 137.823,38 €.

Se informa por el técnico que el concesionario de la primera fase (la entidad aquí reclamante) ha ejecutado ya 139.240,91 € del presupuesto total, frente a los 70.075,00 € inicialmente fijados en el Pliego de Prescripciones Técnicas y Documento

del Contrato como coste de ejecución material de las obras de urbanización provisional previstas, de lo que concluye que resulta un incremento de los costes en la cantidad de 69.165,91 €, respecto a los inicialmente previstos.

Ahora bien, la cantidad de 139.240,91 € queda desvirtuada tras visita de inspección a los efectos de comprobar las obras de urbanización llevadas a cabo en la parcela en la que se ubica la Terraza de Verano (...), en virtud de la que se emite, el 26 de enero de 2017, informe por el Servicio de Licencias de la Gerencia Municipal de Urbanismo (folios 1.018 a 1.021 del Legajo II). En el mismo se señala que el coste de lo realizado asciende a 115.052,14 €. Unas vez más, no obstante, se entiende que la entidad reclamante ha asumido 44.977 € más de lo que le corresponde, entendiéndose que le correspondía un gasto de 70.075 €.

Pero no es así, como correctamente ha puesto de manifiesto el último informe de Intervención.

Y es que, recordemos que, si bien inicialmente correspondía a cada uno de los adjudicatarios el gasto de 70.075 euros, se acordó por las partes contratantes, en la cláusula sexta del contrato, que en el caso de que alguno de los adjudicatarios de las otras terrazas finalmente desistiera del contrato de arrendamiento o si se resolviera por cualquier motivo el contrato suscrito con alguno de ellos antes de la ejecución de las obras y, por tanto, finalmente solo se ejecutaran dos terrazas, el importe de las obras de Urbanización ascenderá al importe de 177.572 €.

A tal fin se previó que se depositara una garantía de la mitad de aquel coste, esto es, 88.786 €.

Por ello, en contra de lo señalado en los informes técnicos, y de lo señalado por el reclamante, la cantidad de referencia del coste que habría de asumir cada adjudicatario no serían los 70.075 € iniciales, sino que, a falta de algún adjudicatario, la cantidad de referencia sería la de 88.786 €, por lo que será dicha cantidad sobre la que habrá que calcular los excesos de costes de ejecución reclamados.

Así pues, dado que conforme al informe técnico emitido el 26 de enero de 2017 por el Servicio de Licencias de la Gerencia Municipal de Urbanismo se cifra el coste de ejecución material acreditado de las obras realmente ejecutadas por la reclamante en el importe de 115.052,14 €, frente a los 88.786 € que le correspondían conforme a lo establecido en el contrato, resulta un exceso de coste de ejecución de 26.266,14 €, cantidad que procedería reconocer en concepto indemnizatorio a la

entidad reclamante, al no corresponderle asumir dichos costes de urbanización en virtud del contrato suscrito con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

Ahora bien, según consta en el informe de Intervención de 1 de junio de 2018, y sin perjuicio de haberse aclarado que la cantidad sobre la que habrá que calcular los excesos de costes de ejecución reclamados de referencia sería la de 88.786 €, el citado informe también realiza objeciones a las cantidades reclamadas por la interesada al señalar:

«En la reclamación presentada por la empresa (...) con fecha 27 de septiembre de 2012, se hacía alusión a que los gastos derivados de arquetas, apertura de zanjas, casetas, capas de rodadura, bordillos, demoliciones, según certificación de (...) era de 108.408,03 € (Pág. 763).

Respecto al coste de ejecución del proyecto, valorado en 266.637,15 €, cabe señalar que el concesionario sólo ha ejecutado la primera fase por importe de 101.315,91 € según se desprende del propio informe técnico de fecha 28 de diciembre de 2012 (página 764).

Con fecha 23 de diciembre de 2013 Explotaciones (...) presenta solicitud donde presenta justificantes de pago de urbanización, donde cita textualmente lo siguiente:

“la Terraza (...) presenta justificantes de pago de urbanización correspondientes a Ingeniero (...), (...) aparejador y Constructora (...) por importe total de 71.860,78 €. Todo esto correspondiente al importe que el ayuntamiento nos obliga a invertir en la urbanización del terreno.

Explotaciones (...) también presenta justificantes de pago de la constructora (...), de las instalaciones de saneamiento, pluviales, abastecimiento, baja tensión y telecomunicaciones por un importe de 76.740,74 €. Estos importes corrían a cargo del ayuntamiento ya que a Explotaciones (...) le tenían que entregar la parcela acondicionada.”

Entre la documentación justificativa, presentan la siguiente:

Certificación 1 (...), de fecha 4/8/2012 por importe de 76.740,74€.

Certificación 2 (...), de fecha 4/8/2012 por importe de 54.587,26€.

Factura nº 18 (...)(honorarios), de fecha 20/7/2012 por importe de 6.600€.

4.-Factura (...) (honorarios redacción del proyecto), de fecha 22/06/2012 por importe de 5.775,00€.

5.- Factura (...) (Redacción del proyecto), de fecha 7/8/2012 por importe de 25.200,00€.

Esta intervención comprueba que las facturas presentadas no corresponden con los importes expuestos en la solicitud. La diferencia se encuentra en la Certificación 2 (...) De acuerdo con la solicitud de la empresa (...), el importe de la certificación 2 debería ser por importe de 34.285,78€ y no por importe de 54.587,26€. También se hace constar que, entre

la documentación de trabajo de esta intervención, consta que la Certificación 2 fue emitida en su momento por importe de 34.285,78€. Se requiere sea aclarado dicho extremo, para poder determinar la cuantía de los costes de urbanización».

Pues bien, sin perjuicio de que no se ha aclarado este último punto, lo que deberá hacerse para el cálculo total de la indemnización, en primer lugar, respecto de las cuantías que corresponden a honorarios profesionales por redacción y dirección de las obras, señalando que no estaban previstos en el Pliego, debe decirse que, por su propia naturaleza, son gastos inherentes a la ejecución del contrato, por lo que, como se señala en el informe emitido por la Intervención Delegada el 19 de abril de 2013 no son compensables.

Así, en el informe técnico emitido el 14 de junio de 2013 se aclaraba, respecto del coste no incluido en el Pliego derivado de la redacción y dirección de las obras, que «al tratarse de un Concurso de ideas no se podía fijar el coste del proyecto en el Pliego. Lo que sí quedaba claro de forma implícita era que la propuesta ganadora que [lo fue (...) sería la que lo ejecutaría, y para ello es imprescindible la redacción de un proyecto y la dirección de las obras necesarias para materializar la propuesta».

Por otra parte, en relación con los gastos derivados de la construcción de un centro de transformación de energía eléctrica, reconoce el referido informe técnico que se trata de una necesidad que se desconocía en el momento de la elaboración de los Pliegos, por lo que no se contempló en ellos este gasto, que sí ha asumido la concesionaria. Por ende, habrá de ser indemnizada por ello.

En este sentido, lo que se aporta por la reclamante son justificantes de pago de la constructora (...) de los gastos de baja tensión y telecomunicaciones. A ello se añaden los de las instalaciones de saneamiento, pluviales, abastecimiento, todo ello por un importe de 76.740,74 €.

Tales importes deben asumirse también por el Ayuntamiento, pues aporta al efecto la reclamante, con fecha 10 de octubre de 2013, resolución del Ayuntamiento donde se hace constar la existencia de informe de 28 de mayo de 2012 (folio 874) emitido por el Servicio de Planeamiento y Gestión donde se señala:

«En la Memoria Descriptiva del Proyecto, concretamente en el Punto 2.2 “Información Previa”, en el apartado “Antecedentes y Condicionantes de partida”, se describe que se trata de un Proyecto de Urbanización de una parcela para implantar unas terrazas de verano durante un plazo de tres años. Asimismo, en este apartado se describe que la parcela está dotada de las instalaciones correspondientes de saneamiento y pluviales, abastecimiento y

riego, alumbrado público, baja tensión y telecomunicaciones». Lo que no se correspondía con la realidad a la que se enfrentó la ahora reclamante.

De todo lo expuesto se concluye que, además de los 26.266,14 € resultantes de descontar del coste de ejecución material de las obras por la concesionaria el que le correspondía en virtud del contrato, deberá ser indemnizada en el resto de los gastos asumidos, y no incluidos en el coste de 115.052,14 €, que, no estando contemplados en los Pliegos, no le correspondían, por deber asumirse por el Ayuntamiento, así, los relativos a baja tensión y telecomunicaciones, así como los de las instalaciones de saneamiento, pluviales, abastecimiento, lo que asciende, por estos últimos conceptos, a un importe de 76.740,74 € a sumar al anterior importe del exceso por la ejecución material de las obras.

Finalmente, la cantidad resultante deberá actualizarse a la fecha en la que culmine el procedimiento, de acuerdo con el art. 141.4 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, en cuanto estima parcialmente la reclamación presentada es conforme a Derecho, no así en la cuantía que señala, puesto que deben incorporarse los conceptos indemnizatorios señalados en el presente Dictamen.