Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de junio de 2020.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular 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 y perjuicios ocasionados como consecuencia de la suspensión parcial del contrato administrativo de obras denominado «Adecuación de la TF-65 desde Enlace TF-1 hasta p.k. 8+000, T.M. San Miguel de Abona» (EXP. 134/2020 ID)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente dictamen, solicitado por el Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, tiene por objeto la propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación en concepto de responsabilidad contractual de dicha Administración Insular, iniciado a instancia de la entidad mercantil *(...)*, en virtud del cual se solicita la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la citada empresa adjudicataria como consecuencia de la suspensión parcial del contrato administrativo de obras denominado «*Adecuación de la TF-65 desde Enlace TF-1 hasta p.k. 8+000, T.M. San Miguel de Abona*».

2. El resarcimiento de daños y perjuicios pretendido por la entidad mercantil tiene su origen en un contrato administrativo de obra. Es por esto por lo que la reclamación efectuada ha de encuadrarse dentro del ámbito de la denominada «*responsabilidad contractual*».

Pues bien, en relación con esta responsabilidad patrimonial contractual de la Administración Pública, este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse

[*] **Ponente: Sra. de León Marrero.**

repetidamente en sus dictámenes señalando cuanto se expone en las líneas subsiguientes (dictamen n.º 416/2018, de 9 de octubre):

«3. Como ya hemos manifestado en otros Dictámenes (por todos, Dictámenes 227/2018 y 525/2009), 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, ambas de 1 de octubre. A propósito de esta cuestión, aun cuando 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 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.

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. El escrito de reclamación de la contratista plantea su exigencia de responsabilidad contractual por daños y perjuicios al amparo del art. 102 (ha de entenderse 202 y 203) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y la Propuesta de Resolución no se pronuncia sobre la preceptividad del parecer de este Consejo.

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 Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes para solicitarlo, como resulta de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC».

Así pues, a la vista de las circunstancias concurrentes, y teniendo en cuenta la doctrina sentada por este Organismo consultivo, se entiende acreditada la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación del Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife para solicitarlo [arts. 11.1.D, letra e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC)].

3. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

3.1. Siguiendo la doctrina sentada por este Organismo Consultivo (entre otros, dictamen n.º 375/2019, de 17 de octubre), al supuesto analizado le resulta de aplicación, desde el punto de vista jurídico-sustantivo o material, la legislación vigente al tiempo de la adjudicación del contrato.

De esta manera, y teniendo en cuenta que el contrato del que trae causa la presente reclamación patrimonial se adjudicó por el Cabildo Insular de Tenerife el día 19 de julio de 2016, resulta de aplicación la normativa sustantiva vigente en ese momento, esto es, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 220) y el 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 -arts. 97 y 103- [*vid.*, Disposición Transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCAP) en sus apartados primero y segundo, en relación con los arts. 6 y 19.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y la

cláusula 3.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares]. Asimismo, resulta de aplicación lo dispuesto específicamente en la cláusula 30ª del pliego de cláusulas administrativas particulares.

3.2. En lo que se refiere al aspecto jurídico-formal, cabe efectuar las siguientes observaciones:

3.2.1. Desde el punto de vista procedimental, y aplicando la tesis sostenida por este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores (por todos, dictamen n.º 524/2018, de 27 de noviembre de 2018), resultan de aplicación las normas de procedimiento vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a sustanciar la reclamación de responsabilidad patrimonial contractual. Afirmación que se sustenta en lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP): «*A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*», norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición final cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Así pues, teniendo en cuenta que el presente procedimiento administrativo se inicia mediante escrito de reclamación con registro de entrada ante el Cabildo Insular de Tenerife el día 6 de junio de 2019, se colige que son de aplicación las previsiones normativas que, en materia procedimental, se establecen, tanto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como en el 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.

Todo ello sin perjuicio -como ya se ha indicado anteriormente-, de la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (apartado primero de la Disposición final cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

3.2.2. Por otra parte, y como ha venido sosteniendo de manera reiterada el Consejo de Estado en numerosos dictámenes relacionados con la reclamación de daños y perjuicios formulada por los contratistas de la Administración, y derivadas de la paralización temporal parcial de los contratos, «*dicha reclamación ha de reputarse una incidencia surgida entre la Administración y el contratista durante la ejecución del contrato y ha de encauzarse a través del procedimiento específico previsto en el*

artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (...)» (véanse, entre otros, los dictámenes n.º 1041/2014, de 6 de noviembre, o el n.º 55/2015, de 26 de febrero).

De esta manera, resulta inexcusable, desde el punto de vista procedimental, observar las formalidades legalmente requeridas por dicho precepto.

3.3. Finalmente, se ha de advertir que, a la tramitación del presente procedimiento consultivo, le es de aplicación lo establecido en la Disposición Adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En atención al mencionado Real Decreto se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución n.º 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a la tramitación de este procedimiento consultivo.

No obstante, mediante Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se ha procedido al levantamiento de la suspensión declarada por el Real Decreto 463/2020, a cuyo efecto su art. 9 dispone que «*con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas*».

4. La competencia para resolver el presente expediente administrativo de responsabilidad patrimonial contractual le corresponde al órgano de contratación. En este caso, al Consejo de Gobierno Insular [cláusula 2.1 del pliego en relación con los artículos 29.5, letra j) del Reglamento Orgánico del Cabildo Insular de Tenerife -B.O.P., n.º 74, de 19 de junio de 2019-, y el art. 97, apartado 4 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)].

5. El plazo para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses; transcurridos los cuales, si no se notificara al interesado resolución expresa, se produciría silencio en sentido desestimatorio (art. 91.3 LPACAP en relación con el apartado 2º de la Disposición final cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público). No obstante, la Administración está

obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa (art. 21 LPACAP).

En el presente supuesto, se ha superado el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP. Sin embargo, la demora producida, no impide la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1. El Pleno del Cabildo Insular de Tenerife, en sesión ordinaria celebrada el día 31 de octubre de 2014, aprobó un convenio administrativo de colaboración a suscribir con el Ilustre Ayuntamiento de San Miguel de Abona con la finalidad de establecer las obligaciones de las Administraciones implicadas al objeto de llevar a cabo la ejecución del proyecto de obra denominado «*Adecuación de la TF-65 desde enlace TF-1 hasta p.k. 8+000*».

Entre dichas obligaciones, el Ayuntamiento de San Miguel de Abona se comprometió a poner a disposición el proyecto de obra redactado por la entidad mercantil (...), y asumir la financiación de aquélla en parte de las vías urbanas en la cuantía económica de 370.547,38 €. Por su parte, la Administración Insular asumía, entre otras obligaciones, la supervisión y aprobación del proyecto, su dirección en fase de ejecución, así como aportar la cantidad de 1.061.050,50 €.

2. El proyecto de obra se tomó en consideración en el mismo acto del órgano insular reseñado en el apartado anterior (parte dispositiva 4ª) con un presupuesto de ejecución por contrata de 1.431.597,88 € (IGIC incluido) y un plazo de ejecución de 15 meses y, a su vez, se aprobó la relación previa, concreta e individualizada de los bienes y derechos cuya ocupación se consideraba necesaria para la ejecución del proyecto de obra.

Consta en el expediente, certificación emitida el día 28 de abril de 2015 por el Vicesecretario General del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife acreditando la no presentación de alegaciones al proyecto durante el citado trámite de información pública.

3. El Consejo de Gobierno Insular, en sesión ordinaria celebrada el día 11 de mayo de 2015, aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares que había de regir la ejecución del contrato de obra denominado «*Adecuación de la TF-65 desde enlace TF-1 hasta p.k. 8+000*».

A su vez, se dispuso la apertura del procedimiento de licitación mediante procedimiento abierto.

4. Una vez tramitado el correspondiente procedimiento de licitación, el órgano de contratación, en sesión ordinaria celebrada el día 19 de julio de 2016, adjudicó el citado contrato de obra a la entidad mercantil (...), por un precio de 1.343.343,27 € (IGIC incluido), estableciéndose un plazo de duración de trece meses contados a partir del día siguiente al de la formalización del acta de comprobación del replanteo.

5. Con fecha 23 de agosto de 2016, se formalizó en documento administrativo el correspondiente contrato de obra. El plazo de ejecución contractual especificado en el citado documento era de trece meses contados a partir del día siguiente al de formalización del acta de comprobación del replanteo.

Consta acta de comprobación del replanteo suscrita el día 22 de septiembre de 2016, autorizando la dirección facultativa el inicio de la ejecución de las obras a partir del día siguiente. Por tanto, el plazo contractual finalizaría, según el contrato de obra firmado, el 23 de octubre de 2017.

6. Constan en el expediente administrativo las certificaciones de obra siguientes:

- Certificación n.º 1 (septiembre/2016): 6.468,37 €.

- Certificación n.º 2 (octubre/2016): 27.728,83 €.

- Certificación n.º 3 (noviembre/2016): 67.104,15 €.

- Certificación n.º 4 (diciembre/2016): 152.921,84 €.

- Certificación n.º 5 (enero/2017): 175.890,71 €.

- Certificación n.º 6 (febrero/2017): 130.584,61 €.

- Certificación n.º 7 (marzo/2017): 114.740,78 €.

- Certificación n.º 8 (abril/2017): 142.855,96 €.

- Certificación n.º 9 (mayo/2017): 123.673,13 €.

- Certificación n.º 1O (junio/2017): 101.159,14 €.

- Certificación n.º 11 (julio/2017): 73.598,78 €.

- Certificación n.º 12 (agosto/2017): 62.556,90 €.

- Certificación n.º 13 (septiembre/2017): 31.981,06 €.

- Certificación n.º 14 (octubre/2017): 10.145,57 €.

- Certificación n.º 15 (noviembre/2017): 124.927,60 €.

- Certificación n.º 16 (diciembre/2017): 59.147,20 €.

- Certificación n.º 17 (enero/2018): 13.126,23 €.

- Certificación n.º 18 (febrero/2018): 42.817,36 €.

- Certificación final (junio/2018): 133.318,00 € (de los cuales corresponden 39.196,40 € -en concepto de exceso- al Ayuntamiento de San Miguel de Abona y 94.121,60 € al Cabildo de Tenerife -78.057,85 € de exceso y 16.063,75 € al importe pendiente de certificar-. Este exceso de mediciones supuso un incremento del 8,73% sobre el presupuesto de adjudicación.

7. Con fecha 25 de mayo de 2017, se recibe en el Servicio Administrativo de Carreteras y Paisaje del Cabildo Insular de Tenerife, informe del Servicio Técnico fechado el día 17 del mismo mes y año, solicitando autorización al órgano de contratación para proceder a la redacción de un proyecto modificado cuyo tenor literal se reproduce a continuación:

«En relación con la obra "ADECUACIÓN DE LA TF-65 DESDE EL ENLACE TF- 1 HASTA p.k. 8+000" se comunica lo siguiente:

Reposición de servicios existentes

Una vez realizadas las excavaciones se han detectado una serie de servicios, que están enterrados en las zonas de las nuevas ampliaciones de plataforma. Dichos servicios no tienen la profundidad necesaria para dejarlas bajo la calzada, por lo que es necesario proceder a su traslado. Los servicios afectados son principalmente de abastecimiento, tanto redes municipales como de propietarios privados. Dichas redes de agua prestan servicio a las instalaciones del polígono, a la zona comercial y a viviendas.

Acceso a polígono (…) de vehículos pesados.

Las obras contempladas en el proyecto preveían el acceso de vehículos pesados de gran tonelaje hacia el polígono (…) por la zona comercial, C/(…) y luego por la

Calle (...). Dicha calle desemboca en una intersección a 90º en la Calle (...), en la cual es inviable la maniobra de los vehículos pesados hacia el polígono industrial. Ello requiere un cambio de diseño de la planta de proyecto, por lo que se plantea un nuevo acceso directo al polígono desde la TF-65 mediante un carril con suficiente radio de giro para las mencionadas maniobras. Se evita con esto además que los camiones accedan por la zona comercial, mejorando tanto la seguridad vial como reduciendo las retenciones. Este nuevo carril, además de las unidades inherentes a su construcción, excavaciones y capas de firme, implica el trasplante de más especies arbóreas de las previstas.

Se ha realizado una estimación del coste dichas modificaciones, estimándose en torno al 9% del presupuesto vigente.

Por los motivos expuestos anteriormente, se solicita del órgano de contratación autorización para proceder a la redacción del Proyecto "MODIFICADO DE ADECUACIÓN DE LA TF-65 DESDE EL ENLACE TF-1 HASTA p.k. 8+000"».

Como consecuencia de lo anterior, el Consejo de Gobierno Insular adoptó el correspondiente acuerdo -de 6 de junio de 2017-, autorizando el inicio del expediente de modificación del proyecto de obra denominado *«Adecuación de la TF-65 desde el enlace TF-1 hasta p.k. 8+000*, término municipal de San Miguel de Abona (C-702)» y, a su vez, autorizó la continuación de la ejecución de las obras objeto del contrato suscrito (parte dispositiva tercera).

8. Posteriormente, el órgano de contratación -en sesión extraordinaria celebrada el día 4 de agosto de 2017-, acordó suspender parcial y temporalmente el plazo de ejecución de la obra en el tramo remarcado por el Servicio Técnico de Carreteras y Paisaje en el informe fechado el día 2 de agosto de 2017 y hasta tanto tuviera lugar la ejecución del correspondiente proyecto modificado actualmente en redacción. El tenor del citado informe técnico era el siguiente:

«En vista del escrito presentado, por (...) referente a obra "ADECUACIÓN DE LA TF-65 DESDE EL ENLACE TF-1 HASTA p.k. 8+000" solicitando que se mantenga el acceso a la zona urbana tal y como estaba contemplado en el proyecto original, y dado que la redacción del futuro proyecto modificado prevé la modificación de este acceso, esta dirección propone la paralización parcial y temporal de la zona hasta la aprobación del citado modificado».

Consta en el expediente acta de suspensión parcial y temporal, firmada por ambas partes -Administración Insular y adjudicatario del contrato-, el día 7 de agosto de 2017 adjuntando a dicha acta el plano indicativo de la zona a paralizar.

9. Con fecha 12 de septiembre de 2017, se recibe en el Servicio Administrativo de Carreteras y Paisaje del Cabildo Insular de Tenerife, informe del Servicio Técnico -rubricado el día 30 de agosto de 2017- al que se adjunta para su aprobación por el órgano correspondiente, el proyecto modificado n.º 1 de actuación de la TF-65 desde el enlace TF-1 hasta el p.k. 8+000, con la conformidad expresa de la adjudicataria del contrato de obra, y cuyo tenor literal es el siguiente:

«Adjunto remito, para su aprobación por el órgano correspondiente, el proyecto "MODIFICADO Nº1 DEL DE ACTUACIÓN DE LA TF-65 DESDE EL ENLACE TF.1 HASTA p.k. 8+000", redactado por el Ingeniero de Caminos (...) y con la conformidad de la empresa adjudicataria (…), por un importe de (...) (1.477.491,97€) lo que supone un incremento de (...) (134.148,70€), representando el 9,9% respecto del presupuesto vigente.

La necesidad de la redacción de este documento modificado está basada principalmente en dos hechos:

Reposición de servicios existentes

Una vez realizadas las excavaciones se detectó una serie de servicios, que están enterrados en las zonas de las nuevas ampliaciones de plataforma. Dichos servicios no tienen la profundidad necesaria para dejarlas bajo la calzada, por lo que es necesario proceder a su traslado. Los servicios afectados son principalmente de abastecimiento, tanto redes municipales como de propietarios privados. Dichas redes de agua prestan servicio a las instalaciones del polígono, a la zona comercial y a viviendas. Se ha redactado un anejo correspondiente a estos servicios afectados, y supone un aumento presupuestario del 5,65%.

Acceso al polígono (...) de vehículos pesados. Nuevo Acceso.

Las obras contempladas en el proyecto preveían el acceso de vehículos pesados de gran tonelaje hacia el polígono (...) por la zona comercial, C/(...) y luego por la Calle (...). Dicha calle desemboca en una intersección a 90° en la Calle (...), en la cual es inviable la maniobra de los vehículos pesados hacia el polígono industrial. Ello requiere un cambio de diseño de la planta de proyecto, por lo que se plantea un nuevo acceso directo al polígono desde la TF-65 mediante un carril con suficiente

radio de giro para las mencionadas maniobras, además de permitir el almacenamiento de vehículos sin interferir en el tronco principal. Se evita con esto, además, que los camiones accedan por la zona comercial, mejorando tanto la seguridad vial como reduciendo las retenciones. Las modificaciones cumplen además con el futuro proyecto que para el enlace de la TF-1 tiene previsto desarrollar el Gobierno de Canarias. Este nuevo carril, además de las unidades inherentes a su construcción, excavaciones y capas de firme, implica el trasplante de más especies arbóreas de las previstas. Dichas obras suponen un aumento presupuestario del 2,67%.

El 1,38% restante es debido a reajuste de las mediciones.

En cuanto a la justificación legal de las modificaciones planteadas en el documento modificado, tenemos que decir que no alteran las condiciones esenciales de la licitación y que son las indispensables para el cumplimiento del objeto del proyecto original.

La inexactitud de los servicios existentes no deja de ser un tema recurrente en la mayoría de las obras. Debemos decir que ni los propios ayuntamientos tienen conocimiento exacto de los servicios existentes y menos de su ubicación, entre otras cosas porque muchos son privados. Este hecho se ve agravado en Canarias por la particularidad de la gestión de las aguas, muchas en manos de particulares. Esta causa, junto con la precariedad de los presupuestos para la redacción de proyectos, sin la previsión de realización de catas o de equipos que permitan la detección de servicios ocultos, hace que una vez realizadas las excavaciones en las obras afloren servicios no previstos. Entendemos por tanto que es una omisión del proyecto por las causas aquí expuestas.

En cuanto al nuevo acceso, si bien es cierto que podría estar recogido en el apartado a) del artículo 107 TRLCSP, puesto que la falta de radio de giro para vehículos pesados debe entenderse como un error de proyecto, también lo es que el proyecto ENLACE DE LAS CHAFIRAS-ENLACE DE OROTEANDA desarrollado por la Consejería de Obras Públicas del Gobierno de Canarias hubiese requerido un nuevo diseño del acceso del proyecto original licitado, por cuanto no cumplía normativa y creaba un conflicto desde el punto de vista de la seguridad vial.

Dicho esto, entendemos que está recogido por tanto en el apartado e) del citado artículo 107, por cuanto hubo que ajustar la prestación a nuevas circunstancias con posterioridad a la adjudicación.

Lo que le comunico a los efectos oportunos».

10. Tras los trámites procedimentales pertinentes, el Consejo de Gobierno Insular, en sesión celebrada el día 24 de octubre de 2017, aprobó el proyecto modificado n.º 1 de la referida obra por importe de 134.148,70 €, ampliando el plazo de ejecución contractual en un mes para la ejecución del modificado. El incremento presupuestario supuso un incremento del 9,9% respecto al presupuesto inicial.

Al hilo de lo anterior, se ha de indicar que el día 15 de noviembre de 2017 se formalizó en documento contractual la modificación del referido contrato de obra y el día 16 del mismo mes y año, se levantó la suspensión parcial y temporal de contrato de obra.

Asimismo, consta informe técnico de 4 de diciembre de 2017 en el que se expresa como plazo final para ejecutar la obra el 2 de marzo de 2018, computando el mes de ampliación para llevar a cabo las unidades comprendidas en el proyecto modificado y los 100 días de paralización parcial y temporal (del 7 de agosto al 15 de noviembre de 2017, fecha de firma del contrato de obra del modificado).

11. El 28 de febrero de 2018, el jefe de obra designado por la entidad mercantil (...), comunica que la obra finalizó el día 27 del mismo mes y año, e interesa su recepción.

Una vez remitido el citado escrito al Servicio Técnico de Carreteras y Paisaje del Cabildo, éste emite informe con fecha 19 de marzo de 2018 en el que se indica lo siguiente:

«(...) En visita realizada a la obra el día 2 de marzo de 2018 se constató las siguientes incidencias:

• Falta el mortero en la placa de la banderola.

• Existe un cartel de orientación de dimensiones erróneas.

• Limpieza general de la obra y concretamente retirar las malas hierbas de los jardines.

Por todo ello, se dio un plazo de 15 días a la empresa para la reparación de dichas incidencias».

12. Con fecha 2 de abril de 2018 se emitió la preceptiva acta de recepción de la obra al comprobar que éstas se hallaban en buen estado y ejecutadas con arreglo a las prescripciones previstas, dando por recibidas las obras y autorizándose su entrega

al uso público (comenzando, a partir de dicho día, a trascurrir el plazo de garantía de las mismas previsto en el contrato).

13. Mediante acuerdo de 4 de diciembre de 2018, adoptado por el órgano de contratación, éste quedó enterado de la recepción de la obra y aprobó la certificación final emitida por la dirección facultativa, por un importe total de 133.318,00 €. En consecuencia, el importe total ejecutado ascendió a la cantidad de 1.594.746,22 €.

Dicha certificación final fue objeto de reclamación por el contratista, solicitando el interés de demora por retraso en el pago de aquélla. Como consecuencia de dicha reclamación, se emite Resolución administrativa n.º 2335, del Director Insular de Carreteras, por la que se estima parcialmente la reclamación presentada por la empresa contratista.

Finalmente, cabe significar que la cancelación y devolución de las garantías definitivas ingresadas en las arcas insulares se produjo mediante Resolución administrativa n.º 2532 del Consejero Insular de Carreteras, Movilidad e Innovación de fecha 11 de septiembre de 2019.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. El procedimiento de responsabilidad patrimonial contractual se inicia mediante escrito de 28 de marzo de 2019 (con registro de entrada en el Cabildo Insular de Tenerife el día 6 de junio de 2019) en el que, como ya se ha indicado anteriormente, la empresa (...) (adjudicataria del contrato de obras precitado) reclama al Cabildo Insular de Tenerife la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la citada entidad mercantil durante la ejecución del contrato administrativo de referencia como consecuencia de la suspensión parcial de las obras.

En este sentido, la empresa contratista fundamenta su pretensión resarcitoria en la paralización parcial de los trabajos y en el retraso en el plazo final de conclusión de las obras (en ambos casos por causa imputable a la Administración Pública), solicitando una indemnización -en concepto de daños y perjuicios- que asciende a la cantidad total de 259.223,74 € más los intereses que se devenguen desde la reclamación. Dicho importe se desglosa en los siguientes conceptos: a) Gastos

generales por retraso, 34.086,85 €; b) Costes directos por paralización parcial, 82.130,52 €; y c) Costes indirectos por paralización parcial, 143.006,37 €.

Asimismo, la reclamación parte, para el cálculo de los costes resarcibles al contratista, de un periodo de noventa y siete días, que resultan de la diferencia entre la fecha de terminación real de la obra (27 de febrero de 2018) y la fecha en que debieron finalizar según el contrato inicial y el modificado aprobado (22 de noviembre de 2017).

Finalmente, se ha de indicar que la reclamación del contratista se acompaña -a los efectos de justificar los conceptos indemnizatorios reclamados- de informe técnico emitido por el departamento de calidad de la empresa, fechado el 20 de marzo de 2019, así como de los correspondientes anexos documentales (que incluyen la documentación administrativa, nóminas de personal y facturas varias).

2. Con fecha 18 de junio de 2019 se requiere a la entidad mercantil (...) para que subsane los defectos advertidos en su reclamación, otorgándole un plazo de diez días para que aporte la documentación requerida.

Dicho requerimiento consta debidamente notificado a la entidad mercantil el día 19 de junio de 2019.

3. El día 20 de junio de 2019, el contratista presenta escrito de subsanación.

4. Con fecha 25 de junio de 2019 se da traslado de la reclamación presentada por el contratista al Servicio Técnico de Carreteras y Paisaje del Cabildo Insular de Tenerife, al objeto de que se emitiera el correspondiente informe técnico.

5. El día 12 de agosto de 2019 se emite informe técnico por el precitado Servicio administrativo, valorando la reclamación de daños y perjuicios presentada por (...). En dicho documento, tras analizar de forma pormenorizada las alegaciones vertidas por el reclamante, se formulan las siguientes conclusiones:

«4.- CONCLUSIONES

- Se ha demostrado que el área motivo de la suspensión es muy inferior a la que alega la reclamante.

- Dicha área se encuentra en un extremo de la obra y no impidió la ejecución del resto de unidades de obra del proyecto.

- La zona suspendida coincidía con un desvío planteado por (...) para ejecutar las obras y debía mantenerse, y así se hizo, abierto hasta el final de las mismas. Es

decir, que independientemente que se haya suspendido esa zona (...) no la podía ejecutar hasta el final de las obras, Fase 3 de su plan de obras.

- (...) incumplió su plan de obras de 9 meses, y a la vista del estado de las obras en julio de 2017, foto aérea PLANO nº2, tampoco hubiese cumplido con la fecha de finalización del contrato, 22 de noviembre de 2017.

- Durante los meses de paralización de dicha zona, (...) continuó ejecutando obra en el resto de zonas. Tras el levantamiento de la suspensión (...) continuaba ejecutando obra en las otras zonas. (...) utilizó el tiempo concedido de 3 meses por la paralización para la continuación de los trabajos en TODA la obra, no exclusivamente en la zona suspendida.

- Durante la ejecución de la obra, hubo 3 jefes de obra diferentes, hecho que sin duda tuvo influencia en el ritmo de las obras.

- Durante los meses de enero y febrero de 2018 la empresa prácticamente solo ejecutó la señalización vertical de la obra, actividad que fue subcontratada. Esta unidad bien planificada se podía haber podido ejecutar con mucho tiempo de antelación

Hay un intento claro y evidente por parte de (...) de aprovechar la circunstancia de la paralización para su beneficio económico. Las cantidades económicas reclamadas además de desproporcionadas, no proceden, pues dicha paralización no afectó al ritmo de los trabajos de la empresa».

6. El informe técnico de valoración reseñado en el apartado anterior fue objeto de notificación a la entidad reclamante el día 23 de agosto de 2019, otorgándole un plazo de diez días hábiles para que alegase cuanto estimase oportuno respecto del informe emitido por el Servicio Técnico de Carreteras y Paisaje.

7. Con fecha 6 de septiembre de 2019 la entidad reclamante formula escrito de alegaciones en el que, tras indicar lo que tuvo por conveniente en defensa de sus intereses, solicita ser indemnizada en la cantidad de 261.750,07 € más los intereses que legalmente procedan.

8. Con fecha 28 de octubre de 2019 se requiere, nuevamente, al Servicio Técnico de Carreteras y Paisaje del Cabildo de Tenerife para que, al amparo de la cláusula 30 del pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige el contrato de obras, se emita informe complementario en relación con las siguientes cuestiones:

«1) Sobre si el contratista adoptó medidas, dentro del ámbito de su diligencia, para minimizar las consecuencias económicas derivadas de la suspensión parcial de la obra. En su caso, detallar dichas medidas.

2) Sobre el tope máximo de indemnización si se diera el supuesto de que a (...), le correspondiese dicha indemnización.

3) Dado que el informe técnico emitido dictamina que la obra estuvo parcialmente suspendida, sobre si la entidad mercantil adjudicataria del contrato pudo continuar ejecutando unidades de obra en otras áreas de la obra distintas al área objeto de suspensión, evitando así los perjuicios que la suspensión parcial de la obra pudiera haberle ocasionado».

9. El informe complementario del Servicio Técnico de Carreteras y Paisaje del Cabildo de Tenerife se emite el día 30 de octubre de 2019 (firmado electrónicamente el día 7 de noviembre de 2019).

10. Con fecha 7 de noviembre de 2019 se emite informe-propuesta por la que se desestima la reclamación de daños y perjuicios presentada por la empresa (...) como consecuencia de la suspensión parcial del contrato administrativo de obra denominado «*Adecuación de la TF-65 desde Enlace TF-1 hasta p.k. 8+000, T.M. San Miguel de Abona*».

11. Con fecha 8 de noviembre de 2019 se acuerda la apertura del trámite de audiencia al contratista-reclamante. Dicho trámite consta debidamente notificado a la entidad reclamante el día 11 de noviembre de 2019.

12. Una vez transcurrido el plazo legalmente otorgado a la empresa reclamante, ésta no formula escrito de alegaciones.

13. Mediante oficio de 20 de noviembre de 2019 el Servicio Administrativo de Carreteras y Paisaje solicita la evacuación del informe preceptivo de la Asesoría Jurídica del Cabildo de Tenerife (art. 97.3 RGLCAP).

14. Con fecha 25 de noviembre de 2019 la empresa reclamante -(...)- interpone recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial contractual formulada ante el Cabildo Insular de Tenerife. Dicha pretensión se sustancia en la actualidad ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Santa Cruz de Tenerife, a través del procedimiento ordinario n.º 599/2019, sin que conste resolución judicial sobre el mismo, lo que no obsta para la emisión del presente Dictamen.

15. Con fecha 12 de febrero de 2020 la Directora de la Asesoría Jurídica del Cabildo emite escrito en el que señala lo siguiente: «*(...) se procede a la devolución del expediente remitido, dado que el informe de esta Dependencia no reviste el carácter de preceptivo en el presente procedimiento, toda vez que la solicitud de indemnización de daños y perjuicios se sustancia como consecuencia de la suspensión parcial del referido contrato administrativo, no "por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales tal y como preceptúa el artículo 97 del citado Reglamento"*».

16. El día 13 de febrero de 2020 el Servicio Administrativo de Carreteras y Paisaje del Cabildo de Tenerife solicita a la Intervención General la evacuación del informe preceptivo a que se refiere el art. 97.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En dicho oficio se hace constar lo siguiente:

«Se le significa (...) que consta en el expediente oficio remitido por la Dirección de la Asesoría Jurídica devolviendo el expediente por cuanto entiende que el informe de dicha Dependencia no reviste carácter preceptivo en el presente procedimiento; no obstante lo anterior el Servicio Administrativo sigue el parecer de los Dictámenes del Consejo de Estado o de los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas (véase a título ejemplificativo n.º 1041/2014 de 6 de noviembre de 2014 o Dictamen 227/2018 del Consejo Consultivo de Canarias) que estiman que "la reclamación debe reputarse como una incidencia surgida entre la Administración y el contratista durante la ejecución del contrato y ha de encauzarse a través del procedimiento específico previsto 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"».

17. Con fecha 19 de febrero de 2020 la Intervención General informa desfavorablemente el expediente remitido:

«Tal y como consta en el expediente no se ha emitido informe por parte de Asesoría Jurídica a la presente reclamación económica por parte de (...) En este sentido y al estar en aplicación del artículo 97 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, en virtud de los Dictámenes del Consejo Consultivo y del Consejo de Estado citados en el presente informe, se ha de señalar que no consta el preceptivo informe de Asesoría Jurídica.

(...)

En virtud de lo anteriormente expuesto se informa desfavorablemente la propuesta que se eleva a la consideración del Consejo de Gobierno Insular».

18.- Mediante oficio de 10 de marzo de 2020 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 19 de ese mismo mes y año), se solicita la evacuación del dictamen de este Consejo Consultivo de Canarias [arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC].

IV

1. La propuesta de resolución sometida al parecer de este Consejo Consultivo desestima la reclamación de daños y perjuicios planteada por la entidad mercantil (...), derivada de la suspensión parcial del contrato administrativo de obras denominado «*Adecuación de la TF-65 desde Enlace TF-1 hasta p.k. 8+000, T.M., San Miguel de Abona*». Y ello «*(...) por cuanto que, como queda acreditado y probado existía un considerable retraso en la ejecución de la obra no solo a la vista del programa de trabajo obrante en el expediente (13 meses) sino del presentado, en mano, a la dirección de obra (9 meses de ejecución) ejecutando otras unidades de obra, en el plazo de suspensión parcial y temporal, no afectas por aquella y sin que a juicio de los informes técnicos se diere lugar a unos daños y perjuicios reales y efectivos para el contratista limitándose el contratista a aportar, sin probar ni justificar la efectividad del daño ni su singularidad en relación con el contrato de obra una cuantificación global de los daños en función, a su juicio, de los meses de retraso causados por la suspensión y posterior demora. Asimismo, por aplicación de lo preceptuado en la cláusula contractual n.º 30 el adjudicatario debió probar y justificar las medidas adoptadas en el ámbito de su diligencia para minimizar las consecuencias económicas de cualquier paralización de las obras significando, además, que si hubiera tenido derecho a la indemnización solo sería indemnizable en la cuantía económica total de 8.876,42 euros*» (Fundamento Jurídico decimoquinto).

2. Dadas las circunstancias concurrentes en el supuesto analizado, se entiende que no procede emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto planteado en las presentes actuaciones. Y ello por las razones que se explican a continuación:

2.1. Tal y como se ha expuesto en el apartado 3.2.2 del presente dictamen (con cita de la doctrina del Consejo de Estado), la reclamación contractual planteada se ha de sustanciar a través del cauce procedimental previsto en el art. 97 RGLCAP.

Es por ello por lo que, no habiéndose emitido el correspondiente informe de la Asesoría Jurídica del Cabildo Insular de Tenerife (art. 97.3 RGLCAP en relación con el art. 20.4 del Reglamento Orgánico del Cabildo Insular de Tenerife -B.O.P., n.º 74, de 19 de junio de 2019-), procede retrotraer las presentes actuaciones al objeto de que sea evacuado el citado pronunciamiento jurídico (tal y como postula, tanto el órgano instructor del procedimiento, como la propia Intervención General en su informe desfavorable).

2.2. Por lo demás, cabe recordar que, una vez evacuados los informes preceptivos de la Asesoría Jurídica y la Intervención, procede dar traslado de éstos al contratista, a los efectos de garantizar su derecho de audiencia (art. 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con el apartado primero de la Disposición final cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

C O N C L U S I Ó N

La propuesta de resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial contractual planteada por la entidad mercantil (...) -adjudicataria del contrato administrativo de obra denominado «Adecuación de la TF-65 desde Enlace TF-1 hasta p.k. 8+000, T.M. San Miguel de Abona»- frente al Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer las actuaciones a los fines indicados en el Fundamento IV de este borrador de proyecto de dictamen.