



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 20/2022

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 19 de enero de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Transportes y Vivienda del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la (...), integrada por (...), (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia de la ejecución del contrato de obras denominado «Obras complementarias n.º 1 de la duplicación de la carretera GC-2. Tramo: Santa María de Guía-El Pagador. Isla de Gran Canaria. Clave 01-GC-293» (EXP. 588/2021 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El presente dictamen -solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Transportes y Vivienda del Gobierno de Canarias- tiene por objeto la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación en concepto de responsabilidad contractual de dicha Administración autonómica, iniciado a instancias de la (...) -en adelante, la UTE- [integrada por las empresas (...), (...) y (...)], y en cuya virtud se solicita la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la citada UTE como consecuencia de las diversas vicisitudes ocurridas -«*reajuste de anualidades, prórrogas y suspensiones*»- durante la ejecución del contrato administrativo de obras denominado «*Obras Complementarias n.º 1 de la duplicación de la carretera GC-2. Tramo: Santa María de Guía-El Pagador. Isla de Gran Canaria. Clave: 01-GC-293.1*».

2. El resarcimiento de daños y perjuicios pretendido por la contratista tiene su origen en un contrato administrativo de obras. Es por esto por lo que la reclamación

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

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 repetidamente en sus dictámenes señalando cuanto se expone en las líneas subsiguientes (v.gr., Dictamen 416/2018, de 9 de octubre, 207/2020, de 3 de junio, o 337/2021, de 17 de junio):

“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 Consultivo para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Transportes y Vivienda 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 -en adelante, 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 (v.gr., Dictámenes 375/2019, de 17 de octubre, 207/2020, de 3 de junio, o 337/2021, de 17 de junio, entre otros), 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 la Administración autonómica el día 17 de junio de 2013 (Orden Departamental n.º 251/2013, de 17 de junio), 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 (en adelante, TRLCSP) 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 -en adelante, RGLCAP- [vid. Disposición Transitoria primera en relación con la Disposición final decimosexta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP); y la cláusula 3.1 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, Dictámenes 524/2018, de 27 de noviembre de 2018, y 207/2020, de 3 de junio), 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 -en adelante, LPACAP-: «a) 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 LCSP.

Así pues, teniendo en cuenta que el presente procedimiento administrativo se inicia mediante escrito de reclamación con registro de entrada en la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Vivienda del Gobierno de Canarias el día 12 de noviembre de 2019, se colige que son de aplicación las previsiones normativas que, en materia procedimental, se establecen, tanto en la LCSP, 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 LCSP).

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 de los contratos, « (...) dicha reclamación ha de 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 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, n.º 55/2015, de 26 de febrero o n.º 223/2015, de 9 de abril).

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

A este respecto, se ha de indicar que en el supuesto analizado aparecen debidamente cumplimentadas las exigencias procedimentales derivadas de la aplicación del art. 97 RGLCAP.

4. La competencia para resolver el presente expediente administrativo de responsabilidad patrimonial contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 97, apartado 4, RGLCAP).

En este caso, y de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 2.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige el presente contrato administrativo de obras, *«el órgano de contratación, que actúa en nombre de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, es el Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial»* (actual Consejero de Obras Públicas, Transportes y Vivienda). En idéntico sentido se pronuncia la Consideración Jurídica primera de la Propuesta de Resolución.

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 2.º de la Disposición final cuarta de la LCSP). 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.- Mediante Orden n.º 82/2012, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial, de 27 de febrero de 2012, se aprobó técnicamente el expediente de referencia con un presupuesto Base de Licitación -IGIC excluido-, de 24.063.449,32 euros, y un presupuesto líquido resultante de aplicar al presupuesto

base de licitación el coeficiente de adjudicación de la obra principal (0,9), excluido el IGIC, de 21.657.104,39 y un IGIC al tipo del 5%, de 1.082.855,22 euros.

2.- El pliego de cláusulas administrativas particulares fue aprobado mediante Orden Departamental n.º 221/2013, de 3 de junio de 2013, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial; disponiéndose la apertura de la adjudicación del contrato mediante procedimiento negociado sin publicidad ex art. 171, letra b) TRLCSP.

3.- Mediante Orden Departamental n.º 251/2013, de 17 junio, se acuerda la adjudicación del contrato administrativo «*Obras complementarias n.º 1 de la duplicación de la carretera GC-2. Tramo: Santa María de Guía-El Pagador. Isla de Gran Canaria. Clave: 01-GC-293.1*» a la (...) -integrada por las empresas (...), (...) y (...)-, por un importe de 21.657.103,39 euros -IGIC excluido-, con un plazo de ejecución de 40 meses.

Dicho contrato de obras se formaliza en documento administrativo el día 20 de junio de 2013.

4.- Con fecha 30 de agosto de 2013 se extiende el acta de comprobación de replanteo.

5.- Mediante Orden departamental n.º 555/2014, de 14 de noviembre, se procede a ampliar el plazo de finalización de las obras hasta el 31 de diciembre de 2017 con el consiguiente reajuste de anualidades.

6.- Con fecha de 18 de agosto de 2015 el Director General de Infraestructura Viaria autoriza la suspensión total de las obras.

Sin embargo, mediante Orden Departamental n.º 416/2015, de 23 de noviembre, se procede a dejar sin efecto la resolución de la Dirección General de Infraestructura Viaria de 18 de agosto de 2015, por la que se autorizaba la suspensión temporal de las obras.

7.- Con fecha 30 de diciembre de 2015 se dicta Orden Departamental n.º 501/2015, por la que se acuerda un nuevo reajuste de anualidades -con la distribución que figura en el cuerpo de la precitada Orden-, manteniéndose el plazo de finalización de las obras hasta el 31 de diciembre de 2017.

8.- Por medio de Orden departamental n.º 30/2016, de 2 de marzo, se autoriza la suspensión total de las obras de referencia, interesada por la representación de la

(...) el día 23 de diciembre de 2015; ordenándose « (...) *la redacción de un Proyecto Modificado de las Obras Complementarias n.º 1 de la Duplicación de la Carretera GC-2. Tramo Santa María de Guía-El Pagador (...)* ».

9.- Con fecha 9 de marzo de 2016 se firma el acta de suspensión temporal total de las obras.

10.- Mediante Orden Departamental n.º 67/2017, de 29 de mayo, se resuelve ampliar el plazo de ejecución de las obras hasta el 31 de octubre de 2020, aprobar el nuevo programa de trabajo -ajustado a las nuevas circunstancias-, y autorizar, nuevamente, un reajuste de las anualidades del contrato suscrito con la distribución que figura en la precitada Orden del Consejero.

11.- Con fecha 10 de julio de 2017 se dicta Orden departamental n.º 82/2017, por la que se autoriza el levantamiento parcial de la suspensión temporal de las obras, exclusivamente para la ejecución de los siguientes capítulos: «*Laderas de San Felipe*», «*Acondicionamiento de Caminos de obra*», «*Tratamiento de anticarbonatación de viaductos*», «*Restitución de fondos de Barrancos*» y «*Soterramiento Línea de media Tensión*»; manteniendo la suspensión del resto de capítulos que conforman el proyecto de la mencionada obra, mientras se redacta el modificado n.º 1.

A este respecto, con fecha 24 de julio de 2017 se procede a formalizar el correspondiente acta de levantamiento parcial de la suspensión decretada, reanudándose los trabajos indicados anteriormente.

12.- Mediante Orden departamental n.º 98/2018 de 18 de julio, se aprueba técnicamente el proyecto modificado n.º 1 de las obras de referencia, con un presupuesto líquido de 14.207.094,45 euros, IGIC incluido, al tipo del 7%, que, comparándolo con el presupuesto vigente de 23.173.101,70 euros, incluido el IGIC al tipo del 7%, produce un adicional negativo por importe de -8.966.007,25 euros.

13.- Con fecha 3 de diciembre de 2018 se emite Orden departamental n.º 206/2018, por la que se autoriza el reajuste de anualidades hasta el 2020 por importe de 23.173.101,70 euros, IGIC incluido; manteniendo el plazo de finalización de las obras, establecido para el día 31 de octubre de 2020.

14.- Con fecha 25 de febrero de 2019 se dicta Orden departamental n.º 30/2019, por la que se autoriza la modificación de las anualidades del contrato como consecuencia de la modificación del tipo del gravamen general del Impuesto General

Indirecto Canario al 6,5 % con efectos desde el 1 enero de 2019, con la distribución que figura en la propia Orden departamental.

15.- Mediante Orden departamental n.º 88/2019, de 13 de mayo, se acuerda una nueva ampliación del levantamiento parcial de la suspensión temporal de las «*Obras complementarias N.º1 de la Duplicación de la Carretera GC-2. Tramo: Santa María de Guía - El Pagador*», afectando a los siguientes capítulos (en los cuales se podía seguir trabajando -manteniendo la suspensión del resto de capítulos que conforman el proyecto de las obras de referencia-): «*Rehabilitación y acondicionamiento de Estructuras (incluyendo el cambio de apoyos)*», «*Ladera de San Felipe*», «*Acondicionamiento de Caminos de Obra*», «*Restitución Fondos de Barrancos*», «*Vigilancia Ambiental*», «*Camino Histórico de San Felipe*», «*Desvíos de Tráfico*», «*Soterramiento Línea de Media Tensión*», y «*Seguridad y Salud*».

Una vez acordada la precitada ampliación, con fecha 14 de mayo de 2019 se procede a la extensión del acta de ampliación del levantamiento parcial de la suspensión de las obras de referencia.

16.- En virtud de Orden departamental n.º 282/2019, de 26 de diciembre, se aprueba la revisión de precios provisional de las obras del contrato suscrito por importe de 145.467,15 euros, incluido -IGIC 6,5%-.

17.- Con fecha 11 de febrero de 2020 se dicta Orden departamental n.º 40/2020, por la que se resuelve modificar las anualidades del contrato administrativo para la ejecución de la mencionada obra por modificación del tipo de gravamen general del Impuesto General Indirecto Canario al 7% con efectos desde el 1 de enero de 2020, incrementando 32.167,43 euros en la anualidad 2020. En consecuencia, el importe total del contrato, IGIC incluido, pasa a ser de 23.135.251,23 euros.

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 12 de noviembre de 2019 en el que, como ya se ha indicado anteriormente, la UTE adjudicataria del contrato de obra reclama a la Administración autonómica la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la citada entidad como consecuencia de las diversas vicisitudes contractuales acaecidas durante la ejecución del contrato administrativo de referencia.

En este sentido, la empresa contratista fundamenta su pretensión resarcitoria en los siguientes términos:

«**TERCERO.**- *Que ante los continuos reajustes de anualidades, prórrogas y suspensiones, la UTE ha manifestado los perjuicios que se le estaban causando, solicitando de manera reiterada al Órgano de Contratación que fijara las compensaciones que procedieran por el exceso de plazo, haciendo reserva expresa a reclamar en un futuro, conforme al marco legal que rige el contrato, si no fuera estimada la petición.*

CUARTO.- *Que ante la inacción de la Administración para restablecer el equilibrio contractual, se formula la presente Reclamación Administrativa Previa referente a la totalidad de los sobrecostes soportados por la UTE en relación al aumento de costes indirectos y gastos generales, como consecuencia de las alteración del tiempo contractual, al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

(...)

SEGUNDO. - OBJETO DE LA RECLAMACIÓN. INTRODUCCIÓN.

El objeto de la presente reclamación es restablecer el equilibrio económico contractual perdido, como consecuencia de las suspensiones temporales totales y parciales, por causas no imputables a mi representada, que han provocado un aumento de los costes indirectos y gastos generales, que han sido soportados por la UTE durante el desarrollo de las Obras Complementarias nº 1 de la Duplicación de la Carretera GC-2. Tramo Santa María de Guía-el Pagador, Isla de Gran Canaria.

Los periodos de suspensión temporal de la ejecución, junto con sus causas, son los siguientes:

(a) Suspensión total. Desde mayo 2014 hasta Octubre 2014, ambos meses incluidos, ya que tal y como el Director General de Infraestructura Viaria manifiesta por escrito el 29 de octubre de 2014, hubo indisponibilidad presupuestaria por incumplimiento del Convenio de Carreteras por parte del Gobierno Central.

(b) Suspensión total. Desde Octubre 2015 hasta junio 2017, ambos incluidos, en esta ocasión no sólo por problemas de indisponibilidad presupuestaria sino también por la necesidad de modificar el proyecto, autorizándose la redacción del mismo el 4 de marzo de 2016.

(c) Suspensión parcial. Desde julio 2017 hasta fecha actual (agosto 2019), en esta ocasión, como consecuencia de que la Administración no ha finalizado con la tramitación del expediente modificado, lo que ha provocado una ejecución de las obras a menor ritmo que lo previsto y también, de manera constreñida y escalonada, conforme iba levantando la suspensión de algunas zonas.

Estas causas, han conllevado la alteración del tiempo contractual de una manera desmesurada, ya que el plazo ha pasado de los 40 meses iniciales a los 96 meses, lo que supone un incremento del 140% respecto al plazo proyectado y ofertado, por causas, insistimos, imputables a la Administración contratante.

El aumento del plazo en un 140% no se ha visto acompañado por un aumento presupuestario del expediente modificado, todo lo contrario, ya que éste supone una disminución del precio de contrato del 38,7%».

Como consecuencia de las circunstancias expuestas anteriormente (descritas más ampliamente en el escrito de reclamación: *«Parte II.- Análisis detallado de las causas de las paralizaciones - Justificación de la reclamación»*), y en aplicación de lo establecido, fundamentalmente, en el art. 220 TRLCSP y en el art. 96.1 RGLCAP, la entidad reclamante solicita una indemnización (en concepto de daños y perjuicios -sobrecostes asumidos por la UTE consistentes en el aumento de los costes indirectos y de los gastos generales- derivados de la producción de diversas vicisitudes contractuales -suspensiones de la ejecución del contrato, etc.- imputables a la Administración Pública contratante) que asciende a la cantidad total de 2.151.719,31 euros; de los cuales 1.372.143,34 euros se corresponden con el *«aumento de los costes indirectos»*, y 779.575,97 euros se refieren al *«aumento de los gastos generales»*.

2. Con fecha 30 de abril de 2020 la UTE adjudicataria del contrato de referencia amplía su escrito de reclamación inicial; pretendiendo el resarcimiento *« (...) de los sobrecostes soportados en el periodo septiembre de 2019 a febrero de 2020, en concepto de aumento de costes indirectos y gastos generales»*. En este sentido, se señala cuanto se expone a continuación:

«El 9 de marzo de 2016, se formalizó el Acta de Suspensión Temporal Total con motivo de la necesidad de redacción del modificado (...).

Durante la formalización de la suspensión, ha ido surgiendo la necesidad de acometer obras de rehabilitación de la carretera que se encuentra en servicio, que no podían dilatarse más, por lo que de manera sucesiva se han ido produciendo levantamientos parciales de la suspensión, la última, el 14 de mayo de 2019, que permitía el acondicionamiento de las estructuras (incluso cambio de apoyos) y la estabilización de taludes de Lomo de El Verdugado.

Pero una vez acabados todos los trabajos, sólo restan los que se encuentran todavía suspendidos, por lo que, desde el mes de marzo 2020, las certificaciones mensuales de obra tienen importe cero.

Incomprensiblemente, aún no ha terminado de tramitarse el expediente modificado. El 4 de marzo de 2016 el Órgano de Contratación autorizó la redacción del proyecto modificado nº1 y tras haber transcurrido ya 49 meses, aún no se encuentra aprobado.

Esto supone un amplio incumplimiento del plazo máximo de 8 meses establecido en el artículo 234.4. TRLCSP: “en el plazo de seis meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente del modificado.”

Desde los meses de septiembre 2019 a febrero de 2020, la UTE apenas ha podido realizar obra, como se puede comprobar en la siguiente tabla, el importe mensual ejecutado es de 334.025,64 €, lo que se traduce en una pérdida de rendimiento del 37,8%. (...).

Es evidente, por tanto, que la suspensión temporal parcial y la necesidad de modificar el proyecto, han provocado la paralización total de la obra, siendo ambas causas imputables a la Administración, por lo que es de justicia, que ésta tenga que resarcir a la UTE los sobrecostes que le ha ocasionado».

A la vista de lo expuesto anteriormente, la UTE extiende su reclamación por sobrecostes al periodo que abarca desde el mes de septiembre de 2019 al mes de febrero de 2020; solicitando la indemnización de los citados daños y perjuicios por un importe total de 2.392.208,26 euros. Dicha cantidad se desglosa en los siguientes términos: 1.372.143,34 euros -«Aumento de los costes indirectos reclamados hasta agosto 2019»-, 203.174,60 euros -«Aumento de los costes indirectos septiembre 2019 - febrero 2020»-, 779.575,97 euros -«Aumento de los gastos reclamados hasta agosto 2019»-, 37.314,35 euros -«Aumento de los gastos generales septiembre 2019 - febrero 2020»-.

3. Con fecha 13 de marzo de 2020 se emite informe técnico del Jefe de Proyectos y Obras -Director de Obra- respecto al contenido de la reclamación patrimonial formulada por la UTE.

4. Con fecha 29 de abril de 2021 se emite informe complementario del Director de Obra.

5. Con fecha 8 de junio de 2021 la jefatura de recursos e informes de la Dirección General de Infraestructura Viaria emite informe jurídico en el que se propone «*estimar parcialmente la reclamación presentada por la entidad mercantil “UTE (...)” por los daños y perjuicios ocasionados en la ejecución de contrato de obras denominado: “Obras Complementarias nº1 de la Duplicación de la Carretera GC-2. Tramo Santa María de Guía-El Pagador, isla de Gran Canaria, Clave 01-GC-293” que le han sido irrogados como consecuencia de los incumplimientos de la Administración que han causado el incremento de plazo de las obras sobre el inicialmente contratado por causas no imputables a la Contrata, por importe de quinientas veintiocho mil seiscientos seis euros con cuarenta*

céntimos (528.606,40 €-); y “dar trámite de audiencia a la representación de la adjudicataria del contrato a los efectos de que en el plazo de diez (10) días desde la recepción del presente informe, preste conformidad al contenido de la misma o presente las observaciones que considere convenientes adjuntando a tal efecto la documentación justificativa que les dé soporte».

6. Con fecha 9 de junio de 2021 se acuerda la apertura del trámite de audiencia al contratista (art. 82 LPACAP), concediéndole a este un plazo de diez días « (...) a fin de que en el indicado plazo preste su conformidad o formule las alegaciones que considere oportunas».

Dicho trámite procedimental consta debidamente notificado a la UTE.

7. Con fecha 29 de junio de 2021 la UTE formula escrito de alegaciones en el que, aparte de exponer las consideraciones que tiene por convenientes en defensa de sus intereses, amplía su reclamación patrimonial « (...) respecto a un cuarto periodo, desde el 1/3/2020 hasta el 31/3/2021, en el cual, la obra ha seguido suspendida totalmente. En este cuarto periodo, la UTE ha soportado también sobrecostes en concepto de costes indirectos y gastos generales», que se cifran en un importe adicional de 363.386,56 euros.

8. Con fecha 23 de septiembre de 2021 se emite informe por el Jefe de Proyectos y Obras en relación con las alegaciones formuladas por la UTE.

9. Con fecha 18 de octubre de 2021 se solicita la emisión del informe - preceptivo- de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [art. 20, letra j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias].

10. Mediante oficio librado por la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias se procede a la devolución de la solicitud de informe jurídico al amparo de los arts. 19.6 y 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero.

11. Con fecha 23 de noviembre de 2021 se formula Propuesta de Resolución del Director General de Infraestructuras Viarias por la que se plantea «*estimar parcialmente la reclamación presentada por la Unión Temporal de Empresas (...), en anagrama “UTE (...)”, por los daños y perjuicios ocasionados en la ejecución de contrato de obras denominado: “Obras Complementarias Nº1 de la Duplicación de la Carretera GC-2. Tramo Santa María de Guía-El Pagador. Isla de Gran Canaria: Clave 01-GC-293”, que le han*

sido irrogados como consecuencia de los incumplimientos de la Administración que han causado el incremento de plazo de las obras sobre el inicialmente contratado por causas no imputables a la Contrata, por importe de quinientos veintiocho mil seiscientos seis euros con cuarenta céntimos (528.606,40€-).».

12. En sesión del Pleno de este Consejo Consultivo de 13 de enero de 2022 se amplió el plazo para la emisión del presente dictamen debido a la complejidad del asunto a tratar.

IV

1. La Propuesta de Resolución sometida al análisis jurídico de este Organismo Consultivo estima parcialmente la reclamación « (...) presentada por la Unión Temporal de Empresas “(...), (...)”, en anagrama “UTE (...)”, por los daños y perjuicios ocasionados en la ejecución de contrato de obras denominado: “Obras Complementarias Nº1 de la Duplicación de la Carretera GC-2. Tramo Santa María de Guía-El Pagador. Isla de Gran Canaria: Clave 01-GC-293”, que le han sido irrogados como consecuencia de los incumplimientos de la Administración que han causado el incremento de plazo de las obras sobre el inicialmente contratado por causas no imputables a la Contrata, por importe de quinientos veintiocho mil seiscientos seis euros con cuarenta céntimos (528.606,40€-).».

2. Con carácter previo, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas referentes al régimen jurídico aplicable a la suspensión de los contratos administrativos.

2.1. De acuerdo con la cláusula 30ª del Pliego («Suspensión de las obras») «*si la Administración acordare la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 216.5 del TRLCSP y la cláusula 25.2 del presente pliego, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél. Dicha acta deberá ser firmada por el (...) representante del órgano de contratación, por el contratista y por el director de la obra, debiendo anexarse a la misma la medición de la obra ejecutada y los materiales acopiados a pie de obra utilizables exclusivamente en la parte o partes de la obra suspendida.*

Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste. (art. 220.2 TRLCSP)».

Por su parte, el art. 220 TRLCSP («Suspensión de los contratos») dispone lo siguiente:

«1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 216, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél.

2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste».

Finalmente, el art. 225.2 TRLCSP establece que «el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista».

2.2. Respecto a la suspensión de los contratos, la doctrina jurisprudencial ha tenido ocasión de señalar lo siguiente [véase, entre otras, la sentencia n.º 1343/2020, de 30 de junio de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Rec. 456/2019)]:

«Existe coincidencia entre las partes en que la paralización de las obras, parcial y total, como consecuencia de los dos Modificados, no estuvieron motivadas, en ninguna medida, ni directa ni indirectamente, por causas imputables al contratista.

El art. 102.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, Ley Contratos de las Administraciones Públicas dispone “Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste.

La suspensión de las obras por causa imputable a la Administración otorga al contratista el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios efectivamente sufridos, debiéndose procurar la indemnidad patrimonial del contratista en el caso de incumplimiento imputable a la Administración, debiendo de ser indemnizados todos los perjuicios que se acrediten como real y efectivamente producidos.

La sentencia de 1 octubre 2014 del Tribunal Supremo determina “que ha de tratarse de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa. Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la suspensión, y habrá de hacerlo así: primero, describiendo el concreto personal y demás elementos materiales que necesariamente han tenido que quedar adscritos y dedicados en exclusiva a la obra que haya sido objeto de la suspensión; segundo, ofreciendo prueba, con suficientes garantías de objetividad, que demuestre que el personal y los elementos así descritos estuvieron efectivamente adscritos a la obra suspendida y no fueron utilizados en otras obras o actividades distintas de la contratista; y tercero, aportar la documentación que, directamente referidas a tales elementos, ponga de manifiesto el montante de su costo.

La segunda es que por aplicación de las reglas de la carga de la prueba incumbe a la contratista probar y justificar debidamente todo lo anterior”».

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado reiteradamente (entre otros, dictámenes números 99/2020, de 21 de mayo, o 545/2020, de 26 de noviembre) que, *«con carácter general, el derecho del contratista a cobrar, sobre dicha base legal, los incrementos de costes directos e indirectos así como de los gastos generales en que ha incurrido por suspensiones y aumento del plazo de ejecución de las obras han de referirse a situaciones en que la Administración hubiera acordado la suspensión del contrato, siempre que la suspensión de los trabajos hubiera tenido lugar por causa imputable a ella y no al contratista. Asimismo, los conceptos indemnizables deberán ser justificados y acreditados por este, lo que implica la aportación de los correspondientes medios de prueba, a partir de los que quepa, razonablemente, deducir la producción de un daño concreto y efectivo.*

Según tiene dicho este Consejo de Estado, la justificación de las causas por las que el contratista formula su pretensión indemnizatoria debe contenerse en el escrito de reclamación presentado al efecto, en el que han de detallarse los hechos y las circunstancias que avalan su pretensión. Ha de recordarse en este punto lo señalado en la Memoria del Consejo de Estado del año 2004, en la que se decía que debía tratarse de evitar que la suspensión de los contratos fuera ocasión de lucro o beneficio para el contratista, exigiendo para ello la debida justificación de los gastos efectivamente sufridos por aquel, los cuales tendrían que guardar una relación directa con la suspensión, todo ello con la finalidad de evitar las negativas consecuencias que lo contrario puede tener para los intereses públicos.

En cuanto a los requisitos para constatar la suspensión o paralización de las obras y que esta incidencia surta los efectos previstos, el artículo 203 (“Suspensión de los contratos”) de la LCSP dispone en su apartado 1 que, “[S]i la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 200, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél”.

No obstante, el Consejo de Estado ha señalado en repetidas ocasiones (entre otros, en los dictámenes números 1.273/99, de 8 de julio, 552/2008, de 14 de mayo, 1.066/2018, de 14 de febrero de 2019 y 494/2019, de 18 de julio) que no es óbice para reconocer la correspondiente indemnización al contratista el hecho de que la Administración contratante no levantara acta de suspensión temporal de las obras, pues el derecho a la indemnización nace de la suspensión misma, siendo el acta únicamente un medio privilegiado de prueba de que dicha suspensión tuvo lugar». (dictamen n.º 630/2020, de 17 de diciembre).

Así pues, para que proceda la indemnización en estos casos es necesario que la causa de la suspensión no sea imputable, directa o indirectamente, al contratista. Y, al igual que para la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la que la carga de la prueba de los daños y de su relación con los servicios públicos corresponde al reclamante, en la responsabilidad contractual también es aplicable la regla general de la carga de la prueba del artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil. La prueba de su realidad y cuantía es esencial ya que como señala el dictamen n.º 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado, ha de prevalecer la «efectividad» en la producción de los daños y perjuicios.

Finalmente, la doctrina de este Consejo Consultivo de Canarias relativa a la responsabilidad contractual queda perfectamente delimitada, entre otros, en su Dictamen 212/2021, de 29 de abril (con cita del Dictamen 416/2018, de 9 de octubre):

“ (...) como dijimos en nuestro Dictamen 416/2018, de 9 de octubre, « (...) para que exista responsabilidad contractual es necesario que concurran los siguientes elementos: “el personal; una actividad positiva u omisiva; la producción de un resultado perjudicial para alguien, y una relación de causalidad entre la acción desarrollada y la consecuencia producida”. Es, en definitiva, una responsabilidad que supone “la preexistencia de un vínculo o relación jurídica contractual”, vertebrada sobre el elemento de la culpa y cuya aplicación “se sustenta en el hecho indubitado de que el incumplimiento de una obligación por una de las partes haya causado un daño o perjuicio a la otra” daño que ha de ser indemnizado en su integridad. Por lo que la responsabilidad exigida por la entidad mercantil está supeditada a la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Existencia de un incumplimiento por la Administración de sus obligaciones contractuales, basados en circunstancias y hechos probados.

b) Producción efectiva de daños y perjuicios al contratista, cuantificables y concretos, y

c) Relación de causalidad entre el incumplimiento y los daños y perjuicios.

El incumplimiento debe ser imputable directa y únicamente a la Administración contratante, es decir, sin interferencias extrañas, acontecimientos externos de carácter imprevisible o irresistible, que puedan anular la relación de causalidad, (...) y los daños o perjuicios causados. Los daños o perjuicios reclamados deben concretarse y comprender los “efectivamente sufridos”, entendiéndose como tales los daños efectivos o reales que hubiere sufrido el contratista, sin que proceda la compensación integral, sino de aquellos daños que realmente se hubieran producido. La certeza de la presencia de los requisitos señalados debe quedar probada en la reclamación, recayendo la carga de la prueba en el reclamante (art. 217.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)»”.

3. Partiendo de las premisas generales establecidas en el apartado precedente, resulta necesario, en primer lugar, analizar los diferentes periodos por los que formula su reclamación la contratista; y ello al objeto de determinar si procede o no su indemnización.

Pues bien, a pesar de la discordancia existente entre los periodos establecidos por la contratista en su escrito de reclamación inicial -y los añadidos posteriormente durante la tramitación del expediente administrativo- y los planteados por la Administración contratante en la Propuesta de Resolución, se entiende que procede adoptar la clasificación instaurada por el Director de Obra en sus informes técnicos de 13 de marzo de 2020 y 29 de abril de 2021, por cuanto resulta más ajustada a la realidad material que se deduce del expediente contractual.

Así, resulta oportuno analizar por separado los diferentes periodos.

3.1. En cuanto al primero de esos periodos, que abarca desde la formalización del contrato de obra -20 de junio de 2013- hasta « (...) 31 de diciembre de 2015, esto es, la parte temporal correspondiente a las TRES primeras anualidades con las que se firmó el Contrato (...) » se considera, en unión de criterio con la Propuesta de Resolución, que no procede indemnizar a la contratista. Y ello sobre la base de las consideraciones expuestas en los informes técnicos evacuados por el Director de Obra.

Así, en su informe de 13 de marzo de 2020 se señala lo siguiente:

«La anualidad 2013 se ejecutó y certificó al completo, esto es los 476.636,51 € en ejecución por contrata, lo cual supuso la cantidad de 510.000,00 € incluyendo IGIC. Pese a que como bien se expone en la documentación aportada por el Contratista “No es hasta dos meses y medio más tarde, el 2 de septiembre de 2013, cuando la Administración convoca a la UTE para proceder a firmar el Acta de Comprobación de Replanteo, haciendo especial mención en ella a que la “fecha de este Acta supera el mes, desde la fecha del Contrato que prescribe el art. 229 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, debido a demora en el nombramiento del Director de obra y por tanto no imputable al Contratista”, lo cual, como decimos no fue óbice para ejecutar la anualidad prevista y consentida por la Contrata.

Durante los primeros meses del año 2014 se ejecutó obra de forma normal aunque, evidentemente, a un ritmo bajo de acuerdo a la anualidad especificada y aceptada por el Contratista en el Contrato del 20 de junio de 2013 y aunque en la reclamación del Contratista se diga: “Tras unos primeros meses de desarrollo normal en los que se ejecuta obra conforme a la anualidad prevista para 2013, se suspende la ejecución de manera total y temporal durante los meses de mayo a octubre de 2014, en los cuales no se certifica obra alguna, debido a la indisponibilidad presupuestaria del Gobierno de Canarias por el incumplimiento del Gobierno Central del Convenio de Carreteras” y que efectivamente desde el mes de mayo de 2014 hasta el mes de octubre de 2014 (ambos inclusive), no se ejecutó obra alguna, no es menos cierto que esta Dirección de Obra no dio instrucciones para dejar

de seguir ejecutando obra, habida cuenta, además, que el volumen que se podía hacer según la anualidad de 2014 era tan sólo de 934.579,44 €.

Es posible que el Contratista supiera por otras fuentes ajenas a esta Dirección de Obra, la intención de la Administración de alargar el Contrato más allá del año 2016, teniendo en cuenta los problemas presupuestarios y las dudas sobre el propio Contrato de las Obras Complementarias, pero podemos dar fe que durante aquel año 2014, esta Dirección de Obra no recibió órdenes al respecto y, en consecuencia, tampoco las transmitió al Contratista para no hacer la corta anualidad prevista. Sin embargo, igual que no ordenamos la no ejecución de obra durante esos meses, tampoco ordenamos que se reanudaran y en los meses de noviembre y diciembre de ese año 2014 se ejecutaran 70.597,23 y 129.803,53 (IGIC inclusive) respectivamente, para cumplir, la anualidad tal como les informó el Director General y así dice la reclamación del Contratista en su punto VIII en su parte primera: “el Director General de Infraestructura Viaria concluye que es necesario una prórroga y un reajuste de las anualidades del contrato, para lo cual le remite a la UTE un escrito el 30 de octubre de 2014, mediante el cual le concede trámite de audiencia, para que manifieste su conformidad o presente las alegaciones que considere oportunas”. Es claro para esta Dirección de Obra que durante esta anualidad de 2014 se podrían haber realizado los 934.579,44 € previstos en vez de los 467.289,72 € (sin IGIC) ejecutados, si durante los meses de mayo a octubre se hubiera hecho algo de obra para cumplir con la anualidad de 2014 tal como estaba previsto en el Contrato. Y aunque la diferencia entre hacer un volumen de obra de 467.289,72 € y 934.579,44 € no es sustancial a efectos de “desperdiciar” costes indirectos, repetimos de nuevo, no podemos aceptar reclamación de los mismos ya que se podría haber cumplido la anualidad y la prueba es que las anualidades que se proponen para los años 2014 y 2015 son: 467.289,72 € (lo que se podría hacer después de desaprovechar los meses de mayo a octubre) y 1.339.385,13 € (que es la misma prevista en el Contrato de junio de 2013).

Lo que dice el Contratista en su reclamación: “el Director General de Infraestructura Viaria concluye que es necesario una prórroga y un reajuste de las anualidades del contrato, para lo cual le remite a la UTE un escrito el 30 de octubre de 2014, mediante el cual le concede trámite de audiencia, para que manifieste su conformidad o presente las alegaciones que considere oportunas. El 5 de noviembre de 2014, la UTE presenta un escrito manifestando su “expresa disconformidad con el reajuste de anualidades planteado, sin perjuicio de la potestad de la administración de aprobarlo pese a la oposición del contratista”, señalando además que “dicho reajuste de anualidades ocasiona a mi mandante perjuicios económicos que no tiene obligación de soportar, por lo que por medio de este escrito hago reserva expresa de su voluntad de reclamarlos”.

Y sigue: “A pesar de la disconformidad de la UTE, el Órgano de Contratación resuelve unilateralmente postergar 12 meses la fecha de finalización, del 2 de enero de 2017 al 31 de diciembre del mismo año, y reajustar las anualidades como muestra la siguiente tabla”

Es claro que el Contratista no está de acuerdo con las nuevas anualidades previstas para 2016 y 2017 pues la mayor parte del Contrato que en principio se iba a ejecutar en 2016 ahora pasa a ejecutarse entre 2016 y 2017, pero para el año 2015 la anualidad que se deja es la misma que la del contrato de junio de 2013, esto es 1.339.385,13 € (sin IGIC) que incluyendo IGIC es 1.433.142,09 € por lo que la tabla que aporta el Contratista en su reclamación no es correcta al comparar anualidades pues la segunda columna contiene el IGIC y la primera no (...) : (...).

En resumen, nos encontramos que a finales de 2014, tenemos para los años 2013, 2014 y 2015 las mismas anualidades previstas en el Contrato de junio de 2013 con la única particularidad que en el año 2014 se dejan los 467.289,72 € (sin IGIC) en vez de los 934.579,44 € iniciales porque el Contratista no hizo obra desde el mes de mayo al mes de octubre de 2014, pero, repetimos, se sigue dejando para 2015 la misma anualidad prevista en principio. Eso sí, se prorroga el contrato porque ya aparece anualidad en 2017 por decisión unilateral de la Administración.

Durante el año 2015 se ejecuta obra a un ritmo tal que en agosto de 2015 ya estaba gran parte de la anualidad prevista ejecutada.

El 17 de agosto de 2015 el Jefe del Área de Carreteras solicita al Director General de Infraestructura Viaria la Suspensión Temporal Total de la Obras.

El 18 de agosto el Director General comunica al Jefe del Área de Carreteras la Autorización de la Suspensión Temporal Total de las Obras y ordena que por el Director de Obra se levante la correspondiente Acta.

El mismo 18 de agosto de 2015 el Jefe de Área de Carreteras informa a esta Dirección de Obra de la antedicha resolución del Ilmo. Sr. Director General de Infraestructura Viaria- es recibido por esta Dirección de Obra el 20 de agosto de 2015-.

Por tal motivo esta Dirección de Obra, tal como dice el Contratista en su reclamación, el 25 de agosto de 2015, ordena a la UTE la "no iniciación de Ejecución de unidad alguna nueva del citado Complementario y por tanto, teniendo en cuenta el estado tan avanzado de la limpieza y pintura cerámica que en estos momentos se está realizando en los túneles, y restando pocos días para terminar con los equipos trabajando y el material en obra, se concluirá esta unidad en ejecución y en próximos días se levantará el correspondiente Acta de Suspensión con la definición de las Mediciones como prescribe la Cláusula 64 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado."

El Contratista puede terminar los trabajos que se estaban realizando en esos momentos y que, como puede verse en la Certificaciones de obra, es muy cercano a lo previsto para la anualidad 2015, en espera de que esta Dirección de Obra fuera informada sobre si debía levantar Acta de Suspensión inmediata o esperaba por la Orden del Consejero que es el órgano sustantivo de la Contratación. Al requerimiento de información solicitada por esta

Dirección de Obra no se contestó durante el año 2015, por lo que el Acta no sólo no se levantó, sino que con motivo de las grandes lluvias de noviembre de 2015, esta Dirección de Obra ordenó se ejecutara obra (pues todavía quedaba algo de anualidad) para paliar los efectos nocivos que se produjeron en la obra y que se podrían minimizar con unidades existentes en el Complementario, a lo cual el Contratista se negó aduciendo que no estaban suficientemente definidas en el Proyecto Complementario, pero que años después ejecuta con la misma definición porque no se ha llegado a aprobar el Modificado. Esto significa la nula colaboración ante una situación de riesgo en las Obras de Proyecto Principal que a nuestro entender constituía un motivo más para la resolución del Contrato que, evidentemente, por aquella época no se produjo.

El resumen de prácticamente todo lo expuesto hasta ahora nos lleva a concluir de forma CATEGÓRICA que durante los años 2013, 2014 y 2015 la empresa adjudicataria ejecutó prácticamente el volumen de obra estipulado en el Contrato de junio de 2013 y la pequeña cantidad no consumida fue exclusivamente responsabilidad del Contratista y por tanto estamos seguros que la cantidad reclamada por el Contratista en este periodo de tiempo no debe ser atendida (...)».

Por su parte, el informe suscrito con fecha 29 de abril de 2021 viene a reiterar lo ya manifestado anteriormente, expresándose en los siguientes términos:

«Referente a la “Primera parte, desde el inicio hasta el 1/1/2016” esta Dirección de Obra se mantiene en el relato plasmado en nuestro último informe de 29 de abril de 2021 (...) y que, en resumen, se puede concluir en lo siguiente:

a) Anualidad año 2013.- Se ejecutó la exigua anualidad prevista desde el principio.

b) Anualidad año 2014.- La también pequeña anualidad prevista en principio (sin IGIC) de 934,579,44 € se redujo a 467.289,72 € (sin IGIC) porque durante los meses de mayo a Octubre de ese año 2014, el Contratista paró unilateralmente la ejecución.

c) Anualidad 2015.- Se ejecutó prácticamente toda la anualidad prevista inicialmente. Tan solo una pequeña cantidad no se ejecutó pese a la Orden dada por esta Dirección de Obra (se adjunta hoja nº5 del Libro de Órdenes de fecha 7 de diciembre de 2015) que, dicho sea de paso, el Contratista no llevó a cabo.

Por lo dicho, esta Dirección de Obra está convencida que el Contratista no debe ser resarcido por concepto alguno».

3.2. En cuanto al segundo y tercer periodo (que abarca desde la fecha de suspensión temporal total de las obras -9 marzo de 2016; aunque el Director de Obra lo sitúa desde el 1 de enero de 2016, por las razones que describe en su informe de 13 de marzo de 2020- hasta el 24 de julio de 2017 -fecha en la que se extiende el

acta de levantamiento parcial de la suspensión temporal de las obras-; y desde esta fecha hasta el 29 de febrero de 2020 -«*fecha en la que se deja de hacer obra alguna*»-), no cabe dudar del derecho de la contratista a que le sean resarcidos los daños y perjuicios irrogados durante la vida del contrato, máxime si se tiene en cuenta que es la propia Administración Pública contratante la que reconoce expresamente -tanto en la Propuesta de Resolución como en los informes técnicos en los que se apoya ex art. 88.6 LPACAP- que su actuación ha generado un perjuicio -sobrecostes- para la UTE.

En este sentido, y como expone el Director de obra en su informe de 13 de marzo de 2020, *«igual que para la PRIMERA PARTE tenemos la certeza que el Contratista no debe ser indemnizado por concepto alguno, para las otras dos partes en las que ya no están sujetas, por así decirlo, al Contrato firmado en junio de 2013 y la evolución de la obra o situación de la misma es fruto, fundamentalmente, de las disposiciones y actos de la Administración, es claro, el Contratista tiene derecho a indemnización»*.

De esta manera, *« (...) se puede inferir que efectivamente, en la ejecución de las obras que nos ocupan han existido demoras. Se ha ocasionado una alteración contractual en virtud de acciones u omisiones por parte de la Administración, afectando a su ejecución. Tales circunstancias suponen, que en el presente caso el principio general de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato quiebra y ello se produce cuando la Administración contratante contraviene, de alguna manera, el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución, en términos de suspensión de las obras o en los demás casos de incumplimiento contractual, entre los que han de acogerse los supuestos en los que las obras han sido ejecutadas mediando dilación en el plazo previsto por culpa de la Administración.*

Por consiguiente, quedando acreditada la existencia de daños por los incumplimientos o defectuosos cumplimientos de la Administración en la ejecución del contrato llevan a esta Administración a estimar parcialmente la pretensión de la contratista de ser indemnizada por los perjuicios económicos resultantes (...) ».

Dilaciones e incumplimientos entre los que cabe resaltar, sobremanera, la tardía aprobación técnica del proyecto y la falta -aún- de aprobación definitiva de la modificación contractual pretendida (art. 234.4 TRLCSP), tal y como expone la contratista en su reclamación.

3.3. Por último, habría que añadir un cuarto periodo: el introducido por la UTE en su escrito de alegaciones durante el trámite de audiencia; y que abarcaría *« (...) desde el 1/3/2020 hasta el 31/3/2021, en el cuál, la obra ha seguido suspendida totalmente»*.

En relación con este cuarto periodo reclamado, se advierte que la Propuesta de Resolución deberá pronunciarse expresamente sobre la procedencia o no de su resarcimiento, aplicando, en caso afirmativo, para el cálculo de la indemnización, los criterios que se señalan en el presente Dictamen para los periodos aquí analizados, sin que sea necesaria la emisión de nuevo dictamen de este Organismo consultivo, y ello de conformidad con las exigencias derivadas de los principios de motivación, congruencia y exhaustividad consagrados en el art. 88 LPACAP.

4. Una vez fijada la procedencia del resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a la contratista (sobrecostes generados a la UTE durante la vida del contrato a raíz de la producción de diversas vicisitudes contractuales -especialmente, las suspensiones de la ejecución del contrato- imputables a la Administración Pública contratante) en los términos descritos anteriormente -y sin perjuicio de las advertencias formuladas en el apartado 3.3 anterior-, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones respecto a la determinación del *quantum* indemnizatorio.

Como han tenido ocasión de señalar los tribunales de justicia, « (...) *esta situación de suspensión temporal de las obras, en principio de todas las obras, y luego de solo parte de las mismas, determina una situación de incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato, que en aplicación de lo dispuesto en los arts. 220.2 y 225.2 del TRLCSP determina que tenga que abonar al contratista los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista y que efectivamente sean sufridos por este, debiendo tratarse de perjuicios reales y derivados de la suspensión acordada y que, como reseña la Jurisprudencia trascrita, sean acreditados por el contratista, comprendiendo la normativa aplicable y la jurisprudencia que la interpreta dentro de esos daños y perjuicios susceptibles de ser indemnizados los sufridos tanto por costes directos, como por costes indirectos y por gastos generales dimanantes de la suspensión*» (sentencia n.º 149/2020, de 30 de julio, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos -Rec. 33/2020-).

En primer lugar, y en atención a las razones expuestas en el apartado 3.1 del Fundamento I de este Dictamen, se ha de advertir que no resulta aplicable a la fijación de la cuantía indemnizatoria lo dispuesto en el actual art. 208 LCSP, sino la regulación jurídica establecida en el art. 220 TRLCSP.

En segundo lugar, la contratista solicita en concepto de daños y perjuicios el abono de los costes indirectos y de los gastos generales devengados durante los periodos de suspensión. A los efectos de una mejor exposición de la cuestión planteada, analizaremos por separado estos conceptos.

A) COSTES INDIRECTOS

En relación con los costes indirectos el art. 130.3 RGLCAP dispone que:

«3. Se considerarán costes indirectos:

Los gastos de instalación de oficinas a pie de obra, comunicaciones, edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obreros, laboratorio, etc., los del personal técnico y administrativo adscrito exclusivamente a la obra y los imprevistos. Todos estos gastos, excepto aquéllos que se reflejen en el presupuesto valorados en unidades de obra o en partidas alzadas, se cifrarán en un porcentaje de los costes directos, igual para todas las unidades de obra, que adoptará, en cada caso, el autor del proyecto a la vista de la naturaleza de la obra proyectada, de la importancia de su presupuesto y de su previsible plazo de ejecución».

En lo que se refiere a la valoración de los costes indirectos, debemos señalar que el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de octubre de 2014, ha señalado: *«En el análisis de la pretensión indemnizatoria basada en ese principio de no indemnidad para el contratista que establece el tan repetido artículo 102.2 del TR/LCSP en las suspensiones acordadas por la Administración, son convenientes unas consideraciones previas sobre los requisitos que han de concurrir para que haya lugar al abono indemnizatorio que en él se contempla. La primera es que la expresión "daños y perjuicios efectivamente sufridos" que utiliza el precepto legal es que ha de tratarse de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa. Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la suspensión, y habrá de hacerlo así: primero, describiendo el concreto personal y demás elementos materiales que necesariamente han tenido que quedar adscritos y dedicados en exclusiva a la obra que haya sido objeto de la suspensión; segundo, ofreciendo prueba, con suficientes garantías de objetividad, que demuestre que el personal y los elementos así descritos estuvieron efectivamente adscritos a la obra suspendida y no fueron utilizados en otras obras o actividades distintas de la contratista; y tercero, aportar la documentación que, directamente referidas a tales elementos, ponga de manifiesto el montante de su costo.*

La segunda es que por aplicación de las reglas de la carga de la prueba incumbe a la contratista probar y justificar debidamente todo lo anterior» (FD cuarto). En el mismo sentido, sentencias de 29 de junio de 2016 (recurso de casación 1701/2015) y de 3 de octubre de 2016 (recurso de casación 4071/2014)».

Pues bien, sentado lo anterior, y para facilitar la mejor exposición y comprensión de los indicados costes, analizaremos en primer lugar el periodo de suspensión total de la obra producida desde el 1 de enero de 2016 al 24 de julio de 2017; y a

continuación el periodo de suspensión parcial que tuvo lugar desde el 24 de julio de 2017 al 29 de febrero de 2020.

De este modo, la reclamante computa por costes indirectos para el PERIODO DEL 1 DE ENERO DE 2016 AL 24 DE JULIO DE 2017 los siguientes conceptos:

a) Personal: Gerente

Administrativo

b) Transportes y comunicación: Alquiler vehículos

Gasoil vehículos

c) Varios: Alquiler oficina obra

Material oficina y copistería

Teléfonos fijo y móvil

Luz y agua de oficina

Suministro de agua de obra

Programa informático Autocad y varios

Limpieza

Analizada la documentación obrante en el expediente, no procede indemnizar los conceptos que a continuación se dirán, por las razones que se expondrán:

PERSONAL: Se reclama, en concepto de costes indirectos, los gastos de personal del Gerente en los siguientes términos:

«Respecto al Gerente, señalar que ejerció su función a tiempo parcial, ya que la desempeñaba también en UTE (...). Sin embargo, en esta reclamación no sólo se pide el coste soportado por UTE (...), sino que también se solicita el coste soportado por UTE (...), ya que la misma Administración contratante, omitió abonar el gasto del Gerente en la reclamación presentada por UTE (...), tal y como constató en el informe emitido de estimación parcial».

No procede en el ámbito del procedimiento que nos ocupa reclamar los gastos generados por el Gerente en la obra adjudicada a la UTE (...), pues se trata de contratos, obras y contratistas distintos, careciendo de legitimación activa la UTE reclamante en este expediente para efectuar tal reclamación conforme al art. 4 LPACAP. De tal forma que, constando acreditado en el expediente que el Gerente ha venido desempeñando sus funciones a tiempo parcial en la obra adjudicada a la UTE (...), en la misma medida debe ser

computado el importe de las cantidades generadas por este profesional en concepto de costes de personal.

TRANSPORTES Y COMUNICACIÓN: No procede abonar cantidad alguna por este concepto en el periodo que se está analizando, toda vez que, comprobadas las facturas obrantes en el expediente, se advierte que las mismas se encuentran emitidas a nombre de UTE (...), entidad distinta a la contratista y reclamante en el presente procedimiento, no existiendo, por contra, ningún documento emitido durante el periodo que estamos analizando que acredite desembolso alguno por parte de UTE (...) por estos conceptos.

Para el PERIODO DEL 24 DE JULIO DE 2017 AL 29 DE FEBRERO DE 2020, se reclaman los siguientes conceptos:

a) Personal: Empresa (...): Gerente, Jefe de obra, Técnico seguridad, Administrativo y Topógrafo.

Empresa (...): Encargado

Personal propio UTE (...): oficiales de 1ª

b) Transportes y comunicación: Alquiler vehículos

Reparación coche

Gasoil vehículos

c) Varios: Servicio técnico informático

Alquiler oficina obra

Material oficina y copistería

Teléfonos fijo y móvil

Limpieza oficinas

Luz y agua oficinas

Suministro de agua de obra

Extracción fosa

Extintores obra

Iluminación carro corte

Estación topografía

Comidas personal obra

Fotocopiadora alquiler y copias

Caseta obra

Seguro de vigilancia de la salud

Seguro de responsabilidad civil

Analizada la documentación obrante en el expediente, no procede indemnizar los siguientes conceptos, por las razones que se expondrán:

PERSONAL: Se reclaman los costes de los trabajadores propios de la UTE (...), (...), (...) y (...), sin embargo dichos gastos deben ser excluidos toda vez que este personal se corresponde a la categoría de oficiales de obra (oficiales de 1ª), categorías propias de personal directo, no pudiendo encuadrarse dentro de personal técnico o administrativo.

TRANSPORTES Y COMUNICACIÓN: Analizadas las facturas obrantes en el expediente se comprueba que las correspondientes a alquiler de vehículos (...) de los meses de julio 2017 a enero 2018 se encuentran emitidas a nombre de UTE (...), entidad distinta a la contratista y reclamante en este procedimiento, no procediendo en consecuencia el abono de esta partida durante esos meses, debiendo computarse a partir del mes de enero de 2018, fecha a partir de la cual ya aparecen las facturas a nombre de UTE (...).

Lo mismo sucede respecto a los costes de gasoil, toda vez que la facturación a nombre de UTE (...) se constata a partir del mes de septiembre de 2017, estando las anteriores facturas de suministro emitidas a nombre de UTE (...).

VARIOS: No procede incluir el coste por los conceptos de comidas, toda vez que no se ha acreditado que estos costes se corresponden con gastos de personal indirecto, pues en las facturas obrantes en el expediente no se discrimina entre gastos de personal directo e indirecto, y a que concreto trabajador se imputan los mismos.

Sentado lo anterior, y en relación con el cálculo de la indemnización que le correspondería percibir a la contratista, se considera adecuado abonar, para el periodo en el que la obra se ha encontrado suspendida totalmente, el importe de los sobrecostes soportados y acreditados que se acaban de analizar. Para el periodo en el que la obra se ha encontrado suspendida parcialmente, el importe de la indemnización se calculará deduciendo al importe de los sobrecostes generados el importe abonado por la Administración en concepto de costes indirectos a través de las certificaciones mensuales de obra (6% del coste directo).

Este sistema de cálculo no se opone al utilizado por el Director de Obra en su informe de 29 de abril de 2021, el cual expone «Ninguno de los dos cálculos referentes a ambas partes es fácil y entenderíamos que otro criterio, distinto al que vamos a exponer, puede ser considerado a la hora de apreciar qué cantidad en justicia debe ser satisfecha por la Administración por todos los conceptos».

B) GASTOS GENERALES

En relación con estos gastos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2021 ha señalado:

«De manera constante, viene señalando la jurisprudencia (podemos citar la ya antigua STS de 27 de diciembre de 1995) que para incluir la partida de gastos generales en la reclamación de una indemnización por suspensión de obras no sirven cálculos más o menos abstractos, sino que es necesario acreditar la incidencia que la suspensión acordada ha tenido sobre tales gastos. Teniendo en cuenta que los gastos generales de una empresa no son los mismos en período normal de actividad que en situaciones en que las obras se encuentran paralizadas. Los gastos generales no tienen relación, directa ni indirecta, con las obras concretas que la empresa lleva a cabo, de ahí que si su cuantificación, en condiciones normales, se realiza aplicando un porcentaje sobre el presupuesto de ejecución material es debido a que se estima que los costes directos e indirectos de cada obra no permiten cubrir el 100% de los costes totales. Y, a partir de esa diferenciación, los gastos generales, en la medida en que constituyen cargas comunes fijas de las empresas, tienen que ser repartidos entre las distintas obras que se encuentra ejecutando el contratista en un mismo espacio de tiempo, pues no sería exacto imputar todos los gastos generales de un mismo período a una sola obra. Para lo cual habría que determinar los gastos generales de la empresa contratista en un determinado intervalo temporal, y dividirlos entre los costes totales de las obras en curso durante ese mismo período. Resultando un porcentaje de reparto de los gastos generales que, multiplicado a su vez por los costes totales de cada obra, nos permitiría conocer el importe de los gastos generales imputables a cada contrato.

Señala la jurisprudencia que, a efectos de calcular los gastos generales dentro de un determinado período, no es lo mismo que el período corresponda a un momento en que la empresa se encuentre activa o a un lapso temporal en que no exista actividad, como sucede en los períodos de suspensión de obras. Por lo tanto, y además de la correspondiente distribución de los gastos generales entre las distintas obras en curso, el cálculo de este concepto en períodos de suspensión ha de ser especialmente riguroso, dado que esos gastos no son los mismos que en un período de actividad y, en consecuencia, su determinación no puede hacerse en los mismos términos que cuando se trata de elaborar el presupuesto, ya que en este último caso se tiene en cuenta la ejecución normal de las

unidades de obra y, por ello, es factible incrementar los costes directos e indirectos que están incidiendo en ese momento sobre los gastos generales de la empresa.

Se expone en STS de 1 de octubre de 2014 y 13 de febrero de 2018, entre otras: "Entrando ya en el análisis de la pretensión indemnizatoria que fue deducida en el proceso de instancia, cuyo principal apoyo normativo está en ese principio de no indemnidad para el contratista que establece el tan repetido artículo 102.2 del TRLCSP, en las suspensiones acordadas por la Administración, son convenientes unas consideraciones previas sobre los requisitos que han de concurrir para que haya lugar al abono indemnizatorio que en él se contempla.

La primera es que la expresión "daños y perjuicios efectivamente sufridos" que utiliza el precepto legal es que ha de tratarse de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa.

Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la suspensión, y habrá de hacerlo así: primero, describiendo el concreto personal y demás elementos materiales que necesariamente han tenido que quedar adscritos y dedicados en exclusiva a la obra que haya sido objeto de la suspensión; segundo, ofreciendo prueba, con suficientes garantías de objetividad, que demuestre que el personal y los elementos así descritos estuvieron efectivamente adscritos a la obra suspendida y no fueron utilizados en otras obras o actividades distintas de la contratista; y tercero, aportar la documentación que, directamente referidas a tales elementos, ponga de manifiesto el montante de su costo.

La segunda es que por aplicación de las reglas de la carga de la prueba incumbe a la contratista probar y justificar debidamente todo lo anterior."

En la Memoria del Consejo de Obras Públicas de 2017, en referencia a la cuestión que nos ocupa, se expone:

"En cuanto a la existencia de gastos generales, en el caso de la suspensión de una obra, resulta un hecho evidente y nace de la puesta a disposición de la propia obra de bienes y servicios por parte del contratista que, al margen de los necesarios in situ para asegurar su continuidad, resultan imprescindibles de aplicar en todo el período de la suspensión. Se trata, por lo general, de gastos de estructura (personal directivo, administrativo y de otra índole, gastos de funcionamiento de oficinas centrales o delegaciones, gastos de avales y financieros, etc.), que siguen produciéndose o existiendo en la obra suspendida, ya sea total o parcialmente, aunque en menor proporción que en la misma obra en ejecución y que, consecuentemente, deberían ser compensados al contratista.

Algunos de estos gastos son proporcionales al tiempo (como los avales) y, por lo general, fácilmente determinables. Otros no lo son y resultan de más difícil cuantificación.

En todo caso se trata de gastos evidentes y cuya falta de reconocimiento daría lugar a un «enriquecimiento injusto» de la Administración, aunque su existencia y cuantificación ha de ser debidamente justificada por el reclamante, pudiendo utilizar criterios propios de la contabilidad analítica u otros análogos.

En opinión de este Consejo, y desde un punto de vista exclusivamente técnico, resultaría aceptable el uso de asignaciones porcentuales para acotar la cuantía de tales gastos, por analogía a lo que establece, en su artículo 131, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al determinar los mismos como un porcentaje del presupuesto de ejecución material. Este Consejo de Obras Públicas, siempre que no resultaba de aplicación otro procedimiento específico más adecuado a cada caso, ha venido aplicando un criterio similar en casos de suspensiones de obras, si bien limitando razonadamente los porcentajes de cálculo de los gastos generales a un abanico que iba desde el 1,5% al 3,5%, del presupuesto de ejecución material del contrato vigente, afectado por la relación entre el tiempo de paralización y el plazo contractual imperante, según las circunstancias y características de las obras (conforme al acuerdo mayoritario, incluido como anexo al acta del pleno del Consejo de Obras Públicas de 12 de junio de 2003, publicado y contenido expresamente en su memoria de dicho ejercicio).

Conviene precisar que tal procedimiento de cálculo no era excluyente de otras formas de justificación, razonadas y rigurosas y que la apreciación de los porcentajes mencionados no puede realizarse sin más, sino tras un análisis y motivación adecuados y suficientes en cada caso. En la actualidad, tras los cambios experimentados en los porcentajes de gastos generales admitidos a efectos de concurso, en las obras de construcción de los departamentos ministeriales de los que depende este órgano colegiado (del 17% se ha pasado al 16 y al 13%), dicho criterio debe ser revisado. De todas formas, siempre sería posible realizar un cálculo estimativo de la cuantía de dichos gastos generales y así, el Consejo, en el ejercicio de sus funciones y con independencia de su valor jurídico, intentará evaluarlos, en cada caso, con la mayor precisión. (...) ».

Además, en cuanto a los gastos generales, es jurisprudencia muy reiterada la que señala que los mismos deben ser objeto de cumplida acreditación, no siendo suficiente acudir a un porcentaje sobre el presupuesto de ejecución material (PEM), pues debe priorizarse su justificación puntual, sobre la cuantificación porcentual, que se admite sólo cuando acreditado que existe un mayor gasto general imputable a la administración, éste resulta de muy difícil cuantificación en las actuaciones.

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, lo que ocurre en el caso examinado, permite desestimar esta pretensión, pues se reclama el 3% del PEM en

concepto de gastos generales, siendo así que no consideramos acreditado por la reclamante, que los gastos que reclama en este concepto estén directamente relacionados con la específica obra objeto de examen. Desconocemos además las obras que se estaban ejecutando en cada periodo y, dentro de cada empresa de la UTE, así como el importe aproximado de los gastos generales que puedan imputarse a la específica obra en la que se produce la reclamación.

Y si bien es verdad que la entidad reclamante ha pretendido cuantificar los gastos generales de la empresa, sin embargo, a juicio de este Consejo Consultivo, lo que se presenta son unos documentos de revisión de costes de estructura, sin que en ninguno de estos informes se haya acreditado la relación necesaria o nexo causal entre la ralentización en la ejecución de esta obra y los gastos generales imputables a la concreta obra, de forma que se pueda discriminar qué gastos generales se hubieran producido en todo caso y cuáles son exclusivamente imputables al retraso de la obra, lo que este Órgano consultivo no puede dar por supuesto, por lo que procede desestimar la reclamación por el concepto de gastos generales.

5. De otro lado, por la parte reclamante también se incluye en el cálculo de la indemnización el 6% del beneficio industrial.

En relación con esta cuestión ya han tenido ocasión de pronunciarse los órganos judiciales, así la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de febrero de 2021 señala, a estos efectos, lo siguiente:

«En relación con el importe reclamado por beneficio industrial, hemos de tener en cuenta que la previsión que hace el artículo 131.1 b) del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, del 6 por 100 en concepto de beneficio industrial del contratista a aplicar -incrementándolo- al presupuesto de ejecución material de las obras, viene referida exclusivamente a la determinación del presupuesto base de licitación, por tanto aplicable en la elaboración de los proyectos de obra, pero ese porcentaje no es de aplicación como criterio general a la hora de valorar los posibles perjuicios sufridos por el contratista por suspensión o paralización de la obra, aun cuando la misma sea imputable a la Administración contratante, cuestión que en el presente caso no se discute. En todo caso, con carácter general, el sobre coste ha de ser acreditado para que dé lugar indemnización, es decir, tiene que acreditarse la existencia de perjuicios efectivamente sufridos. Y tal acreditación no existe en cuanto al beneficio industrial durante los periodos de paralización de la obra, pues se trata de un concepto vinculado a la ejecución de la obra, de manera que si no existe ejecución no puede haber beneficio. Solo en caso de resolución del contrato procede indemnizar al contratista en el

beneficio industrial como lucro cesante, pero nunca como un concepto indemnizatorio ligado a los costes de paralización de una obra». Doctrina que resulta de plena aplicación al caso que nos ocupa, por lo que procede desestimar la reclamación en este concreto extremo.

6. Por último, ha de advertirse que, de conformidad con lo establecido en el art. 3.2, letra b) de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, se considera que no resultan de aplicación al caso analizado las previsiones del citado texto legal, toda vez que la cantidad que se reconocería a favor de la entidad reclamante tiene carácter estrictamente indemnizatorio y por tanto no procede el incremento de dicha cantidad con intereses moratorios de la Ley 3/2004.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial contractual planteada por la (...) -adjudicataria del contrato administrativo de obra denominado «*Obras Complementarias N.º 1 de la Duplicación de la Carretera GC-2. Tramo Santa María de Guía-El Pagador. Isla de Gran Canaria: Clave 01-GC-293*»- frente a la Comunidad Autónoma de Canarias (Consejería de Obras Públicas, Transportes y Vivienda) se considera que es parcialmente conforme a Derecho, en virtud de los razonamientos contenidos en el Fundamento IV del presente Dictamen.

Asimismo, la Propuesta de Resolución deberá pronunciarse expresamente sobre la procedencia o no del resarcimiento de los sobrecostes reclamados para el periodo del 1/3/2020 hasta el 31/3/2021, aplicando, en caso afirmativo, para el cálculo de la indemnización, los criterios que se señalan en el presente Dictamen para los periodos aquí analizados, sin que sea necesaria la emisión de nuevo dictamen de este Organismo consultivo.