



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 7 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 6 de febrero de 2024.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Presidenta del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), actuando en nombre y representación de la empresa UTE (...) - (...), por los daños ocasionados como consecuencia de las lluvias caídas en la madrugada del 11 de febrero de 2023 (EXP. 619/2023 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Cabildo de Fuerteventura, iniciado el 3 de marzo de 2023 a instancia de la representación de la empresa UTE (...) -(...), por los daños sufridos como consecuencia de las lluvias caídas en la madrugada del 11/02/2023.

2. Se reclama una indemnización superior a 6.000 euros, cantidad que determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Presidente insular para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto, con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). También le es de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

3. En el presente procedimiento se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de la empresa interesada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32.1 LRJSP, puesto que sufrió daños patrimoniales derivados de

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

un hecho lesivo. Por lo tanto, la reclamante tiene legitimación activa para presentar la reclamación e iniciar este procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 4.1.a) LPACAP.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Corporación insular, titular de la obra durante cuya ejecución se produjo el daño por el que se reclama.

La reclamación se presenta dentro del año que establece el art. 67 LPACAP.

4. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado éste, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración aun pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

5. Es competente para resolver el procedimiento el Consejo de Gobierno Insular, en virtud del art. 28 del Reglamento Orgánico del Cabildo.

II

1. La empresa interesada basa su relato fáctico en lo que sigue:

Efectúa una reclamación de daños por los desperfectos ocasionados por las lluvias que tuvieron lugar la madrugada del 11 de febrero de 2023, concretando los siguientes puntos:

- Definición de conceptos meteorológicos por los que se han visto afectados y exponer los datos e interpretación de la información suministrada por la AEMET.

- Descripción del estado previo al día 10 de febrero de 2023 y el estado actual de la obra, esto es, de los diferentes tramos de la canalización, a consecuencia de las lluvias producidas la madrugada del 11 de febrero de 2023, describiendo para cada tramo afectado, incluyendo reportaje fotográfico, los daños producidos, los trabajos de subsanación particulares, los trabajos de subsanaciones comunes a todos los tramos y se concluye el presupuesto y plazo estimado de lo que supondría subsanar los desperfectos e incluye datos de precipitaciones del día en el que se produjeron los daños.

- Conclusión: en la que expone que tal y como se ha descrito, los tramos han sido notablemente afectados por las lluvias de carácter anómalo en esta isla y caídas en la madrugada del 11 de febrero 2023. Esto afecta gravemente los ritmos de producción previstos y cumplimiento del plazo comprometido. Se estima un presupuesto de reparación de 269.236,02 € y un plazo de ejecución de 14 semanas para acometer los tajos, teniendo que hacer una nueva planificación conjunta de los

trabajos pendientes para solventar este imprevisto y los de la propia obra contemplados en el proyecto adjudicado.

2. Los antecedentes de dicha obra son los siguientes:

- Mediante Decreto del Sr. Presidente del Cabildo n.º CAB/2022/2118 de fecha 11 de abril de 2022, se adjudicó a favor de la empresa UTE (...).

- (...), con C.I.F. (...), el contrato de obras denominado «CANALIZACIÓN DE IMPULSIÓN EDAM PUERTO DEL ROSARIO - DEPÓSITOS DE LA HERRADURA», T.M. de Puerto del Rosario, mediante procedimiento abierto y tramitación urgente, por un precio de 3.232.405,90 €, siendo el tipo del IGIC que debe soportar la administración del 0 %, en virtud de lo establecido en el apartado j) del art. 52 de la Ley 4/2012, de 25 de junio, de medidas administrativas y fiscales. El citado contrato se formalizó el día 13 de mayo de 2022.

- Mediante Decreto del Sr. Presidente del Cabildo n.º CAB/2022/3343 de fecha 19 de mayo de 2022 se designó a (...), Ingeniero Industrial del Servicio de Infraestructuras, director facultativo y coordinador de seguridad y salud de la obra denominada «CANALIZACIÓN DE IMPULSIÓN EDAM PUERTO DEL ROSARIO - DEPÓSITOS DE LA HERRADURA», hasta el día del inicio del contrato de servicio de dirección facultativa, responsable del contrato y coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de las obras citadas (expediente n.º 2022/8180W).

- Mediante decreto del Sr. Presidente del Cabildo número CAB/2022/3968 de fecha 8 de junio de 2022, se aprobó el plan de seguridad y salud de la obra correspondiente al proyecto denominado «CANALIZACIÓN DE IMPULSIÓN EDAM PUERTO DEL ROSARIO - DEPÓSITOS DE LA HERRADURA», T.M. de Puerto del Rosario, redactado por (...) (Representante/Administrador legal de la empresa), presentado por la UTE (...) - (...) el día 8 de junio de 2022 con registro de entrada en este Cabildo n.º 2022019769.

- Mediante Decreto n.º CAB/2022/5455 de fecha 27 de julio de 2022, se adjudicó el contrato denominado «Servicio de dirección facultativa, responsable del contrato y coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra "canalización de impulsión EDAM Puerto del Rosario - Depósitos de La Herradura"», mediante procedimiento abierto tramitación de urgencia, a la empresa (...). El citado contrato se formalizó el día 28 de julio de 2022.

- Consta en el expediente el acta de comprobación del replanteo, de fecha 10 de junio de 2022, autorizando el inicio de las obras, y por tanto, empezando a contar el plazo de ejecución de las obras establecido en ocho (8) meses, desde el día siguiente al de la firma del acta. Por tanto, el plazo de finalización de las obras era el 10 de febrero de 2023.

- Mediante Decreto del Sr. Presidente del Cabildo número CAB/2022/6865 de fecha 30 de septiembre de 2022, se resolvió, entre otros a) Aprobar el Plan de Obras correspondiente al proyecto denominado «CANALIZACIÓN DE IMPULSIÓN EDAM PUERTO DEL ROSARIO - DEPÓSITOS DE LA HERRADURA», T.M. de Puerto del Rosario, firmado por (...) (Gerente), presentado por la UTE (...) - (...) el día 21 de septiembre de 2022 con registro de entrada en este Cabildo n.º 2022032856 e informado favorablemente por el director facultativo de la obra (...), el día 26 de septiembre de 2022.

- Mediante Decreto del Sr. Presidente del Cabildo de fecha 6 de febrero de 2023, se resolvió:

a) Conceder una ampliación del plazo de ejecución de las obras correspondientes proyecto identificado como «CANALIZACIÓN DE IMPULSIÓN EDAM PUERTO DEL ROSARIO - DEPÓSITOS DE LA HERRADURA», T.M. de Puerto del Rosario, que está siendo ejecutado por la UTE (...) - (...), de TRES (3) MESES, es decir, hasta el 10 de mayo de 2023.

b) Requerir a la UTE (...) - (...) un plan de obra actualizado conforme al nuevo plazo de ejecución concedido en el apartado a).

c) Notificar el decreto a la UTE (...) - (...), c y a la empresa (...).

3. Consta en el expediente, informe del director facultativo, responsable del contrato y coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra denominada «CANALIZACIÓN DE IMPULSIÓN EDAM PUERTO DEL ROSARIO - DEPÓSITOS DE LA HERRADURA», relativo a la reclamación por los daños ocasionados por las lluvias realizada por la UTE (...) - (...), cuyo contenido se expone a continuación de manera sucinta:

«En el Anejo de Climatología e Hidrología del proyecto de construcción de la Autovía Aeropuerto-Caldereta, redactado por el Gobierno de Canarias, se recoge los datos de la estación pluviométrica 027 La Herradura. Según información aportada por el Consejo Insular de Aguas de Fuerteventura, el valor medio de la serie es de 29,5 mm. Las precipitaciones máximas (en mm) para los diferentes periodos de retorno (en años) es: Para $T = 2$, $P = 27,3$; para $T = 5$, $P = 39,1$; para $T = 10$, $P = 46,9$; para $T = 25$, $P = 56,7$.

De acuerdo con los valores anteriores, no se puede concluir que las lluvias del 11 de febrero de 2023 alcancen la condición de “excepcionalidad del episodio de lluvias”.

Por otra parte, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 239. Fuerza mayor, de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público de Contratos del Sector Público.

No obstante, al tratarse de un texto jurídico, esta Dirección de Obra considera que la interpretación de la Ley debe ser realizada por personas con mayor cualificación.

Respecto a la reclamación expone literalmente

(...)

- Respecto a la cuantía reclamada de 239.000 €, el escrito de la UTE contratista no expone la justificación pormenorizada de esa cantidad, por lo que esta Dirección de Obra no puede pronunciarse al respecto, salvo que el Cabildo de Fuerteventura nos requiera que hagamos la valoración. La realidad es que los trabajos de reparación supondrán un coste adicional a la UTE contratista, pero este coste no puede establecerse hasta que se conozca el estado en el que ha quedado la tubería. En el momento de la redacción del presente Informe, aún no se ha realizado la inspección interna de la tubería.

- Respecto al plazo de los trabajos, el escrito de la UTE contratista expone la necesidad de un plazo de 14 semanas para reparar los daños acontecidos por las lluvias, sin aportar ningún programa de trabajos.

Esta Dirección de Obra no puede pronunciarse al respecto hasta la entrega del Programa de Trabajos. En este sentido, debemos advertir que la UTE contratista aún no ha entregado el programa de trabajos que se le ha requerido en el momento del otorgamiento de una ampliación de plazo de 3 meses (6 de febrero).

(...) ».

Con la siguiente conclusión:

«Es criterio de esta Dirección de Obra que no es de aplicación el artículo 239 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. Las lluvias del 11 de febrero de 2023 no ocasionaron inundaciones más allá de esta obra. No obstante, al tratarse de un texto jurídico, esta Dirección de Obra considera que la interpretación de la Ley debe ser realizada por personas con mayor cualificación.

En cuanto a la cuantía de la reclamación económica y a la necesidad de un plazo de 14 semanas para la reparación de los daños ocasionados por las lluvias en la obra, esta Dirección de Obra no puede pronunciarse y recomienda el requerimiento de la justificación de la partida de 239.000 € y de un programa de trabajos actualizado».

4. Con fecha 9 de marzo de 2023, se emite informe del Servicio Insular de Carreteras suscrito por la Ingeniera de Caminos, Canales y Puertos, del siguiente tenor literal:

« (...)

a) Titularidad de la vía donde se ha producido el incidente, la catalogación que la misma tiene, y si es competencia de esta Institución el mantenimiento de la misma.

El incidente, según lo reflejado por la peticionaria aconteció tal que:

“Que el pasado domingo día 25 de diciembre de 2022, mientras circulaba mi representada con su vehículo matrícula (...) por la HI-1, se encontró una piedra en la carretera sin poder esquivarla y ocasionando daños en su vehículo (adjunto fotos)”.

De lo que se deduce por la documentación gráfica aportada, el incidente se produjo en la carretera de interés regional HI-1 (Valverde-Frontera), aproximadamente en el p.k. 32+000. Las labores de mantenimiento y conservación de la carretera HI-1 son competencia del Servicio Insular de Carreteras de esta Institución insular.

b) Si por el servicio correspondiente se tuvo conocimiento del incidente objeto de la instrucción, y cuantos extremos puedan contribuir a esclarecer la relación causa efecto, entre el funcionamiento del servicio y el daño sufrido.

Este Servicio Insular de Carreteras no tuvo conocimiento del incidente.

Es todo lo que tiene a bien informar la técnico que suscribe».

5. Con fecha 21 de abril de 2023, se dio trámite de audiencia al contratista, constando escrito de alegaciones cuyo contenido, en lo esencial, es el que sigue:

«1.- Sobre la condición de no "excepcionalidad del episodio de lluvias" declaramos no estar conforme.

Reiteramos tal y como se indica en nuestra reclamación que "Aunque en la fecha no hubo ningún aviso de fenómeno meteorológico adverso, los daños que se ocasionaron a la obra fueron graves, de hecho si profundizamos en la descripción de los umbrales que define la AEMET "Anexo 1-Umbrales y niveles de avisos", apartado 3, Umbrales y niveles de aviso por zonas para temperaturas máximas, temperaturas mínimas, racha máxima de viento, precipitación en 12 h, precipitación en 1 h y acumulación de nieve en 24 h. según la tabla 3.5, código 659201 de la isla de Fuerteventura", interpretamos que ese día se produjo un fenómeno meteorológico adverso y que en nuestro caso ocasionó daños materiales. Considerándolo un aviso amarillo que según la AEMET (...) " Valga como ejemplo las noticias y datos de la AEMET (anexo 1) de las lluvias que se produjeron una semana más tarde, más concretamente el día 16 de febrero, donde se dieron avisos de alerta por tormentas en las islas occidentales. Si comparamos los datos de las fechas en las que se ocasionaron los daños

con los de una semana más tarde podemos observar que el acumulado en 24 horas es muy superior.

En este punto también se hace referencia al artículo 239 Fuerza mayor de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

Dadas las circunstancias, entendemos que lo sucedido en esta obra podría entrar en dentro de " (...) inundaciones u otros semejantes" por ser daños ocasionados por la naturaleza y donde no interviene la mano del hombre. En tal sentido solicitamos se considere esta situación un caso de fuerza mayor.

Nos lo dice la STS 15 de marzo de 2005, en los casos de fuerza mayor, se incluye "los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos de terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes», lo que supone centrar la concurrencia de fuerza mayor en la existencia de un fenómeno natural y su carácter catastrófico, sin que la modalidad o forma de manifestación sea determinantes, pues la Ley enuncia unos supuestos concretos pero sin excluir otros semejantes, según expresión literal de la misma".

Señala el Consejo de Estado:

"La determinación del carácter catastrófico ha de hacerse en cada caso concreto, al no poderse admitir una teoría unitaria sobre su alcance y contenido, atendiéndose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, bien a su importancia cuantitativa, bien a las circunstancias cualitativas del caso, tales como torrencialidad de las lluvias causantes de las inundaciones lo que ha de apreciarse en atención a las circunstancias del lugar -como señalara ya la sentencia del TS 22-10-71-; la duración y permanencia de las precipitaciones, la descarga con carácter de tromba, la cantidad de agua caída en un corto período o incluso la afección de los bienes. En el caso que se plantea concluye que las inundaciones derivadas de las lluvias habidas bien pueden calificarse de catastróficas a causa de su caudal, pues su importancia superó los límites normales, excediendo lo que comúnmente puede ser el resultado de lluvias copiosas o abundantes, según se deduce de los datos facilitados por el Instituto Nacional de Meteorología (CEst Dict 986/2004, 27 de mayo de 2004).

Igualmente señala en el dictamen 1333/2008: "debe tenerse presente que, según se expone en el dictamen mencionado, la referencia al carácter catastrófico contenida en la ley ha de entenderse "en el sentido ordinario y común del adjetivo empleado por el legislador, lo que supone, en el plano de los hechos, una alteración grave del orden regular de las cosas". A este respecto, poco importa si las lluvias torrenciales provocaron o no inundaciones, toda vez que, como señalara la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, el artículo 144 citado centra "la concurrencia de fuerza mayor en la existencia de un fenómeno natural y su carácter catastrófico, sin que la modalidad o forma de manifestación sea

determinante, pues la Ley enuncia unos supuestos concretos pero sin excluir otros semejantes, según la expresión literal de la misma" (Sentencias de 15 de marzo y 12 de julio de 2005 y 27 de febrero de 2008).

En el asunto sometido a consulta, a la vista del estudio de las precipitaciones elaborado por la Dirección de las obras v de las certificaciones de/Instituto Nacional de Meteorología, el Consejo de Obras Públicas entiende que las llluvias caídas entre el 30 de septiembre y el 3 de octubre de 2007 (especialmente, las de esta primera fecha) fueron excepcionales, en atención a su intensidad y al período de retomo, y ocasionaron daños catastróficos, por lo que este fenómeno natural merece la calificación de fuerza mayor. Al igual que la Abogacía del Estado, este cuerpo Consultivo asume dicha valoración atendiendo al conjunto del expediente. Conviene remarcar, en este sentido, que el volumen de las precipitaciones registradas en el supuesto examinado es mucho mayor que el de las llluvias caídas en las mismas fechas sobre las obras correspondientes al tramo de la autovía A-66 entre Calzada de Valdunciel y Salamanca, cuya contratista formuló una petición con fundamento jurídico similar, que fue examinada por este Consejo en su dictamen 97412008, de 24 de julio."

Pues bien, para apreciar la fuerza mayor del precepto se atiende, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, lo que se ha puesto de relieve, bien a las circunstancias cualitativas del caso, lo que ha de apreciarse en atención a las circunstancias del lugar -; la duración y permanencia de las precipitaciones, la descarga con carácter de tromba, la cantidad de agua caída en un corto período o incluso. la afección de los bienes. Pudiendo calificarse de catastróficas a causa de su caudal y carácter de tromba, pues su importancia superó los límites normales, excediendo lo que comúnmente puede ser el resultado de llluvias copiosas o abundantes en la zona según se deduce de los datos aportados.

Y por otra parte se subraya la importancia de conocer los datos facilitados por el Instituto Nacional de Meteorología y en general de los organismos sobre la materia, instando esta empresa su intervención como elemento de prueba, que no ha sido acordada ni menos practicada. Sobre ello se vuelve al final del escrito.

2. - Sobre la diligencia del contratista.

También, en uno de los apartados se expresa lo siguiente "Para la realización del análisis de causa-efecto, debe advertirse que la UTE contratista no ha presentado el Programa de Trabajos requerido el Decreto del Cabildo de Fuerteventura de 6 de febrero", confirmamos la imposibilidad de atender dicho requerimiento debido a que cinco (5) días más tarde de su recepción, se produjeron las llluvias anómalas que produjeron los daños mencionados alterando por completo el plan de obra que hasta esa fecha se había previsto y, en base al cual, el Órgano de Contratación autorizó una ampliación de plazo de tres (3) meses por causas no imputables a la UTE contratista. Desde esas fechas hasta el día de hoy continuamos haciendo labores de reparación en los tramos afectados por las llluvias, no pudiendo avanzar en los tramos nuevos para evitar realizar uniones especiales que condicionen negativamente

el futuro funcionamiento de la conducción de impulsión en construcción. Debemos tener en cuenta que, debido al propio sistema de montaje de la tubería a base de uniones manguitadas, ésta debe mantener una linealidad continua en el avance de su colocación para evitar uniones in situ a base de laminación sucesiva de fibra de vidrio y resina de poliéster. Los condicionantes del propio fabricante para la ejecución de estas uniones, así como las recomendaciones de la guía CEDEX, conlleva a que, para la tubería prescrita en este Proyecto con diámetro nominal 800 mm y timbraje mayor o igual PN25, se tengan que realizar dichas uniones con laminación tanto por el exterior, como por el interior de las tuberías. Ello supondría hacer bocas de acceso para hombre en cada una de estas uniones para que los operarios especializados puedan trabajar en las tareas de este tipo de soldadura.

En el escrito se hace referencia a los retrasos acumulados en los hitos programados. Hay que reiterar que las lluvias anormales nos han llevado a tener que reorganizar los equipos de trabajo, tanto humanos como de maquinaria, para reasignarlos a las zonas afectadas y recomponerlas para poder dar un orden de continuidad a las obras. Si estos daños no se hubieran producido podemos manifestar con seguridad que estaríamos cumpliendo los plazos comprometidos acorde a la planificación vigente en el momento del siniestro por lluvias anormales.

El plan de trabajos obligaba a avanzar con la actividad de movimiento de tierras y colocación de tubería. La excavación lineal realizada a lo largo de la traza de la tubería secciona el territorio de una amplia zona de una cuenca hidráulica receptora existente (varios kilómetros cuadrados) creando una franja de intersección con las aguas de escorrentía natural. La entrada de dichas aguas procedentes de la abundante lluvia precipitada el día 11 de febrero de 2022 en el interior de la zanja excavada ocasionó que se encontrara con la tubería PRFV0800 mm instalada pero sin cubrir con el material de relleno; el embalsamiento hizo que la tubería flotase, ocasionando el movimiento y desconexión de la misma, así como el arrastre del material de arena fina empleado como asiento de los tubos y la introducción de tierra y piedras acarreadas por el agua en el interior de la tubería instalada.

La causa principal por la que se produjeron los daños descritos es que la tubería no estaba tapada con los materiales de relleno que el proyecto preveía para ello. Analicemos su justificación:

El proyecto adjudicado contempla tapar la tubería con material procedente de la propia excavación, pero seleccionándolo de forma que el tamaño máximo de árido no supere los diez (10) mm. La falta de un estudio geológico previo a la redacción del proyecto ocasionó que no se detectara que en la mayor parte (60%-80%) de la excavación de la zanja de obra se encontrara roca. La consecuencia de ello es que no existe material suficiente en obra para realizar ese primer relleno envolvente alrededor de la tubería ya instalada.

Para resolver esta necesidad se ha propuesto emplear un material de relleno que cumpla con las exigencias del pliego de prescripciones técnicas conseguido a través del procesado en cantera de un suelo específico. Dicha nueva partida forma parte de la Propuesta técnica de Modificado de Contrato que se encuentra actualmente en trámite de aprobación (el 10 de abril de 2023 se traslada audiencia a la UTE Contratista de la misma), motivo por el cual no ha podido empezar a ejecutarse. La autorización del Órgano de Contratación se hace indispensable para poder acometerla. Se copia aquí la partida señalada contenida en dicho documento:

Reflejamos también la justificación incluida en la mencionada Propuesta técnica de Modificado de Contrato en trámite: Si bien la paralización de las obras hubiera sido la medida adecuada para evitar los riesgos de la naturaleza que aquí se está tratando, se optó por dar continuidad a las mismas debido a la grave situación de emergencia hídrica decretada en la isla de Fuerteventura. En base a dicha situación, en el actual trámite en curso de aprobación de la Propuesta técnica de Modificado de Contrato, según el artículo 242 de la LCSP 9/2017, se justifica la continuidad de las obras mientras se redacta el proyecto modificado definitivo.

Dicho todo lo anterior, esta UTE Contratista no puede hacerse responsable de que importantes tramos de tubería ya instalada en su ubicación definitiva en zanja no se encontraran tapados y protegidos frente a riesgos como el que les ha afectado catastróficamente.

En definitiva, no es dable la falta de diligencia que se insinúa en los informes respecto de la actuación de esta UTE Contratista.

(...)».

Incluye en el escrito un apartado con la justificación de la valoración económica de los daños y programación de los trabajos de reconstrucción, con un importe de 266.622,03 € y una duración de los trabajos de 14 semanas.

Por último, incluye una Anexo I, con una tabla de datos AEMET del día 16 de febrero de 2023 y un recorte del diario digital de La Provincia relativo a un Aviso de Prealerta por tormentas en Gran Canaria, Fuerteventura y Lanzarote.

6. La Propuesta de Resolución procede a efectuar determinadas consideraciones respecto al escrito de alegaciones presentado por el contratista el 28 de abril de 2023, pero añadiendo como se verá nuevos datos y valoraciones esenciales que sirvieron para fundamentar la conclusión que avanza:

«En el escrito, tal y como lo menciona, responde principalmente los siguientes puntos:

1.- Sobre la condición de no "excepcionalidad del episodio de Iluvias".

Con respecto a este punto el contratista expone que “reiteramos, tal y como se indica en nuestra reclamación que aunque en la fecha no hubo ningún aviso de fenómeno meteorológico adverso, los daños que se ocasionaron a la obra fueron graves, de hecho sí profundizamos en la descripción de los umbrales que define la AEMET, (...), interpretamos que ese día se produjo un fenómeno adverso y que, en nuestro caso ocasionó daños materiales, considerándolo un aviso amarillo según la AEMET”.

Hace referencia al artículo 239, Fuerza mayor, de la ley 9/2017, de Contratos del Sector público, exponiendo su contenido y exponiendo que dadas las circunstancias, entienden que los sucedido en esta obra podría entrar en dentro de “ (...) inundaciones u otros semejantes” por ser daños ocasionados por la naturaleza y donde no interviene la mano del hombre.

Hace mención a Jurisprudencia, la STS 15 de marzo de 2005, a aspectos señalados por el Consejo de Estado, dictamen 1333/2008, acerca de la determinación la fuerza mayor y del carácter catastrófico, y que se ha expuesto en el apartado duodécimo del presente informe, y exponiendo que “ (...) para apreciar la fuerza mayor del precepto se atiende, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, lo que se ha puesto en relieve, bien a las circunstancias cualitativas del caso, lo que ha de apreciarse en atención a las circunstancias del lugar-; la duración y permanencia de las precipitaciones, la descarga con carácter de tromba, la cantidad de agua caída en un corto período o incluso, la afección de bienes.

Pudiendo calificarse de catastróficas a causa de su caudal y carácter de tromba, pues su importancia superó los límites normales, excediendo lo que comúnmente puede ser el resultado de lluvias copiosas o abundantes en la zona según se deduce de los datos aportados.

Y por otra parte se subraya la importancia de conocer los resultados facilitados por el Instituto Nacional de Meteorología y en general de los organismos sobre la materia, instando estar empresa su intervención como elemento de prueba, que no ha sido acordada ni menos practicada (...)”.

Incluye al final del escrito la solicitud de REITERACIÓN DE PRUEBA, exponiendo:

“En los casos relativos a sentencias mencionadas en el escrito del contratista, el facultativo director de la obra había informado que se estaba ante un supuesto de fuerza mayor, mientras que, en el informe emitido por el Director de obra referente a la “Reclamación de daños por las lluvias caídas en la madrugada del 11 de febrero de 2023 el director de obra, (...), en informe suscrito el 13 de marzo de 2023, hace un análisis teniendo en cuenta los valores de precipitaciones caídos, expuestos en la reclamación (lluvias de 18 l/m², con intensidad máxima horaria de 19,2 l/m²), y valores pluviométricos considerados para la realización de obras públicas, exponiendo que, no se puede concluir que las lluvias del 11 de febrero de 2023 alcancen la condición de “excepcionalidad del episodio de lluvias. El Director de obra hace mención a lo expuesto en el artículo 239.2.b) Fuerza mayor de la

LCSP “los fenómenos naturales catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos de terreno, temporales marítimos, inundaciones y otros semejantes, subrayando inundaciones, e indicando que a esta Dirección de Obra no le consta que las llluvias del 11 de febrero tuvieran consecuencias catastróficas o produjeran inundaciones más allá de esta obra, que no había habido declaración de zona catastrófica por las autoridades competentes y que había consultado al Jefe de Servicio de Carreteras del Cabildo de Fuerteventura y que podía afirmar que las llluvias del 11 de febrero no provocaron incidencias de importancia en la red de carreteras insular.

Respecto a la reiteración de prueba solicitada por el contratista en el escrito se hacen las siguientes consideraciones:

1º.- El contratista, en la reclamación de daños efectuada por registro de entrada de este Cabildo con nº de anotación 8303/2023, de 3 de marzo, expuso en su apartado 2. Desarrollo datos de la información suministrada por AEMET, en la madrugada el 11 de febrero.

Indicando los Umbrales y niveles de avisos de AEMET.

Incluyendo en el Anexo 2 de la reclamación una tabla con los datos de precipitación del día 11 de febrero de 2023, exponiendo la Clasificación de llluvia según su intensidad, aportada por el Ministerio del Interior, Dirección General de protección Civil y Emergencias.

Se exponen los datos fueron tenidos en cuenta en el informe emitido por el Director de obra (...), de fecha 13 de marzo de 2023, referente a la “Reclamación de daños por las llluvias caídas en la madrugada del 11 de febrero de 2023”, con la conclusión expuesta anteriormente.

2.- En el informe del Director de obra, referido en el párrafo anterior, incluye en su apartado 3.2.1 datos de precipitaciones máximas (en mm) para los diferentes periodos de retorno (en años) según datos de la estación pluviométrica 027 La Herradura y valor medio de la serie aportada por el Consejo Insular de Aguas de Fuerteventura.

En el escrito presentado por el contratista en la reclamación, tal y como se ha reflejado anteriormente, indica los umbrales y niveles de aviso de AEMET y, teniendo en cuenta la precipitación máxima recogida en el pluviómetro del aeropuerto de Fuerteventura estaríamos en un nivel de aviso Amarillo (19,8 l/m²/h) y atendiendo a la clasificación del Ministerio del Interior, Dirección General de protección Civil y Emergencias, las llluvias serían consideradas como fuertes (entre 15 y 30 mm/hora), en ningún modo equiparable a un fenómeno atmosférico catastrófico.

Se considera que no es necesario que el Cabildo tenga que aportar de la AEMET y/o del IGN, informe sobre el grado de anomalía e intensidad de las llluvias producidas la madrugada del 11 de febrero de 2023, en la zona de obras donde se sufrieron los daños, a la vista de las habidas en los últimos 10 años en esa zona y que, en el caso de que el contratista considerara que los datos pluviométricos recogidos y aportados en su solicitud superan la

anormalidad, los debería haber aportado a dicha solicitud o en la desestimación de la reclamación presentada en el trámite de audiencia.

2. - Sobre la diligencia del contratista.

El contratista manifiesta que la causa principal por la que se produjeron los daños descritos es que la tubería no estaba tapada con los materiales de relleno que el proyecto preveía para ello. Indica que el proyecto adjudicado contempla tapar la tubería con material procedente de la propia excavación, pero seleccionándolo de forma que el tamaño máximo de árido no supere los diez (10) mm. La falta de un estudio geológico previo a la redacción del proyecto ocasionó que no se detectara que en la mayor parte (60%-80%) de la excavación de la zanja de obra se encontrara roca. La consecuencia de ello es que no existe material suficiente en obra para realizar ese primer relleno envolvente alrededor de la tubería ya instalada. Para resolver esta necesidad se ha propuesto emplear un material de relleno que cumpla con las exigencias del pliego de prescripciones técnicas conseguido a través del procesado en cantera de un suelo específico y que dicha nueva partida está incluida en la propuesta técnica de modificado.

Refieren también que, si bien la paralización de las obras hubiera sido la medida adecuada para evitar los riesgos de la naturaleza que aquí se está tratando, se optó por dar continuidad a las mismas debido a la grave situación de emergencia hídrica decretada en la isla de Fuerteventura y manifestando por último que, dicho lo anterior, esta UTE Contratista no puede hacerse responsable de que importantes tramos de tubería ya instalada en su ubicación definitiva en zanja no es encontraran tapados y protegidos frente a riesgos como el que les ha afectado catastróficamente y que en definitiva, no es dable la falta de diligencia que se insinúa en los informes respecto a la actuación de esta UTE Contratista.

Al respecto se hacen las siguientes consideraciones:

- Antes de que se produjeran los daños por las lluvias de la madrugada del 11 de febrero, el contratista presentó varios escritos relativos al cumplimiento de plazo y de solicitudes de ampliación del mismo para ejecución de la obra y en ninguno de ellos se manifestó la falta de material de relleno de materiales que el proyecto preveía para ello, como condicionantes o factores que afectarían al cumplimiento del plazo de ejecución de la obra. Se relacionan los escritos presentados por el contratista ante la Administración relativos al plazo de ejecución de la obra.

- Se observan contradicciones respecto a las consideraciones efectuadas por el contratista respecto al relleno de la tubería en la solicitud de reclamación de daños por lluvias presentada por el contratista el 3 de marzo de 2023 (RE nº 8303/2023), Apartado 2. "Desarrollo" subapartados "Estado previo" y las efectuadas en la contestación al trámite de audiencia presentada por ORVE el 28 de abril de 2023 (Registro nº REGAGE23e00027468672) ya que, en el escrito del 28 de abril de 2023 indicaba que no existía material suficiente para

realizar, sobre todo los rellenos de la envolvente, y en el escrito de 3 de marzo indicaba que la tubería estaba rellena, que se estaba procediendo a efectuar relleno de tubos para aminorar daños de lluvias según se muestra de manera más detallada a continuación:

Escrito de contestación al trámite de audiencia del 28 de abril de 2023.

Alega que la causa principal por la que se produjeron los daños descritos es que la tubería no estaba tapada con los materiales de relleno que el proyecto preveía para ello, y el que la mayor parte de la excavación se encontrara en roca tenía como consecuencia que no existiera material suficiente en la obra para realizar ese primer relleno de la envolvente alrededor de la tubería ya instalada, Escrito de reclamación de daños por lluvias del 3 de marzo de 2023.

Efectúa una descripción de situación actual (justo antes de la fecha en la que sucedieron los daños por las lluvias) indicando que:

o Tramo (p.k. 3952-3073): todo el tramo tenía relleno a excepción de codos y manguitos y que para aminorar cualquier lluvia que llevara a la acumulación y de flotación de estas se estaba haciendo el relleno de los tubos y que las lluvias se han llevado todo el relleno acumulado en la última caña que estaba previsto para su posterior extendido, una vez fueran superadas las pruebas hidráulicas.

o Tramo (p.k. 3073-2200): el tramo estaba tapado aproximadamente hasta el Pk. 2600. Sólo quedaban por tapar los manguitos hasta pasadas las pruebas hidráulicas y el codo que estaba planificado hormigonar entre esta semana y la que viene. Pasado el punto alto después del barranco (el siguiente al de (...)) la tubería estaba sin relleno y pendiente de acumular material suficiente de la envolvente para ir tapando los tubos hasta la llegada a la Galería UTE Caleta. Como medida preventiva el objetivo era rellenar los tubos para evitar su flotación en caso de lluvias.

o Tramo (p.k. 2040-1463): Pasada la Galería de la UTE Caleta (Galería de la Carretera Puerto del Rosario - La Caldereta, Variante de la FV-1, FV-2 y FV-3) los tubos de PRFV están colocados pero sin relleno. Llegando al desvío el tubo pasa por debajo del desvío de la FV3. Éste se rellenó con material fino para la envolvente y las capas sucesivas con material propio y zahorra hasta la terminación de asfalto.

- En la relación valorada de la certificación de obra nº 8 emitida por el director de obra el 16 de febrero de 2023 con la conformidad del contratista, correspondiente a los trabajos efectuados hasta el mes de enero, inclusive, se certifica el relleno de la envolvente de la tubería desde el p.k. 1993 hasta los depósitos de la Herradura (p.k. 4621):

o 01.03.02 m3 relleno principal de zanjas para instalaciones con tierra seleccionada procedente de la propia excavación (tamaño máximo partícula 10 mm). Medición certificada aproximada correspondiente a 2.668 metros lineales de relleno de envolvente de tubería,

según se muestra en la siguiente captura tomada de la relación valorada de la certificación nº 8.

En la certificación nº 8 se certifica también un volumen de 6.244,82 m³ de material de relleno seleccionado procedente de la propia excavación. (Partida 01.03.04).

La obra comenzó en los depósitos de La Herradura (p.k. 4686) en sentido descendente y, teniendo en cuenta las mediciones de relleno de la relación valorada de la certificación nº 8, se certifica relleno con material de la envolvente desde el p.k. 4621 hasta el p.k. 1993, si bien, el contratista alega como la causa principal por la que se produjeron los daños entre los p.k. 3.952 y p.k. 1.463 la falta de material de relleno, en especial el de la envolvente alrededor de la tubería. Además, se observa en las fotos incluidas en el reportaje fotográfico de escrito de reclamación de daños del contratista, que la tubería estaba ya rellena en su envolvente (material tamaño hasta 10 mm) porque hay restos de ese material tras los daños ocasionados por las lluvias.

En dicha certificación nº 8 se incluye también un volumen de relleno.

Hay contradicciones al respecto entre lo recogido en la certificación nº 8 de obra y lo expuesto por el contratista en sus escritos referentes a la reclamación de daños y de trámite de audiencia ya que, el contratista alega como causa principal la falta de material de la envolvente, si bien, se puede observar en la certificación nº 8 y en las fotos que la tubería estaba cubierta con ese material».

7. Se emite informe jurídico suscrito el 22.11.2023 por técnica de la Administración Especial y Defensa en Juicio y el 05.12.2023 por la Directora de la asesoría jurídica.

8. la Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada por la representación de la empresa UTE (...) - (...), por los daños por las lluvias caídas en la madrugada del 11/02/2023, al no equipararse las lluvias de ese día a un fenómeno atmosférico catastrófico, y no darse las circunstancias establecidas en el art. 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

III

Este Consejo no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto porque la interesada no ha tenido conocimiento de toda la información obrante en el expediente, lo que lesiona su derecho a la defensa.

En efecto, tras el trámite de audiencia la Propuesta de Resolución emite una serie de consideraciones que no han sido conocidas por la empresa interesada.

En efecto, la Propuesta de Resolución basa la desestimación de la reclamación en que la empresa nunca manifestó la falta de material de relleno de materiales que el proyecto preveía para ello, como condicionantes o factores que afectarían al cumplimiento del plazo de ejecución de la obra.

También manifiesta la existencia de contradicciones respecto a las consideraciones efectuadas por el contratista respecto al relleno de la tubería en la solicitud de reclamación de daños por lluvias presentada por el contratista y las efectuadas en la contestación al trámite de audiencia, ya que en estas indicaba que no existía material suficiente para realizar, sobre todo los rellenos de la envolvente, y en el escrito anterior indicaba que la tubería estaba rellena, que se estaba procediendo a efectuar relleno de tubos para aminorar daños de lluvias.

Por su parte, en la relación valorada de la certificación de obra n.º 8 emitida por el director de obra el 16 de febrero de 2023 con la conformidad del contratista, correspondiente a los trabajos efectuados hasta el mes de enero, inclusive, se certifica el relleno de la envolvente de la tubería desde el p.k. 1993 hasta los depósitos de la Herradura (p.k. 4621).

Para la Propuesta de Resolución hay contradicciones al respecto entre lo recogido en la certificación n.º 8 de obra y lo expuesto por el contratista en sus escritos referentes a la reclamación de daños y de trámite de audiencia ya que, el contratista alega como causa principal la falta de material de la envolvente, si bien se puede observar en la certificación n.º 8 y en las fotos que la tubería estaba cubierta con ese material.

Esas presuntas contradicciones en los hechos no han sido conocidas por la interesada, por lo que, de acuerdo con el art. 82 LPACAP, procede dar nuevo trámite de audiencia, ya que, de acuerdo con su apartado 4, únicamente se podrá prescindir del mismo cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, como es el caso, pues no ha tenido oportunidad de conocer hasta el momento esas alegaciones en cuanto a que nunca manifestó la ausencia de material, así como a la existencia de contradicciones entre esa falta de materiales y el relleno de las tuberías.

Tal falta de conocimiento de los datos y valoraciones en las que se basa la Propuesta de Resolución para desestimar la pretensión de la empresa interesada es un defecto de forma que produce indefensión, cuya consecuencia es irremediablemente la nulidad de lo actuado, tal como hemos venido advirtiendo en

distintas ocasiones (ver por todos el propio Dictamen de este Consejo Consultivo 134/2021, de 25 de marzo de 2021), pues, en palabras del Tribunal Supremo, « (...) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses» (STS de 11 de noviembre de 2003)».

En el presente caso, el desconocimiento o imposibilidad de pronunciarse sobre distintos extremos no conocidos por ella provoca a la interesada una limitación de los medios de alegación y, en consecuencia, de defensa de sus derechos e intereses, lo que le produce indefensión.

En consecuencia, procede que, conservando los actos y trámites practicados, se retrotraigan las actuaciones para que se dé nuevo trámite de vista y audiencia a la interesada sobre la Propuesta de Resolución, que introduce nuevas alegaciones no conocidas por ella, tras lo cual, y a la luz, en su caso, de las alegaciones que pueda presentar, se procederá a la redacción de una nueva Propuesta de Resolución que será sometida a dictamen por este Consejo.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación patrimonial formulada por la interesada, no se ajusta a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento para dar nuevo trámite de audiencia, tal como se razona en el Fundamento III.