Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 2 2 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 19 de diciembre de 2023.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Movilidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de (...), por los daños y perjuicios derivados de los sobrecostes ocasionados por la alteración de las previsiones contractuales, en relación con el contrato de obras: "TERCER CARRIL DE LA TF 1. TRAMO SAN ISIDRO - LAS AMÉRICAS. ENLACE OROTEANDA - ENLACE LAS CHAFIRAS" (EXP. 514/2023 ID)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante Oficio de 3 de noviembre de 2023 (con registro de entrada en este Organismo el 8 de noviembre de 2023), se solicita dictamen de este Consejo Consultivo al objeto de examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Orden resolutoria (PO) formulada por el Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Movilidad del Gobierno de Canarias, tras la presentación de una reclamación de indemnización por los daños y perjuicios que se consideran derivados de los sobrecostes ocasionados por la alteración de las previsiones contractuales, en relación con el contrato de obras: «*TERCER CARRIL DE LA TF 1. TRAMO SAN ISIDRO - LAS AMÉRICAS. ENLACE OROTEANDA -ENLACE LAS CHAFIRAS*».

2. En lo que se refiere a la preceptividad del presente Dictamen, es necesario manifestar, en primer lugar, que la cuantía de la indemnización que se solicita en este procedimiento asciende a la cantidad de 3.231.904,24 euros. Esta cuantía determina la preceptividad de la solicitud del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo según el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), habiendo sido remitida por el Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Movilidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación la citada LPACAP, los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, entre otras normas.

4. Ha de recordarse igualmente, lo que ha venido manifestando este Consejo Consultivo desde hace muchos años, por ejemplo, en el Dictamen 235/2009, de 25 de mayo, acerca del ámbito de actuación de este Consejo en relación con la responsabilidad patrimonial contractual de las Administraciones Públicas, doctrina ésta que se mantiene en la actualidad, señalándose en dicho Dictamen que:

«Este asunto, al igual que se ha señalado en otros Dictámenes de este Organismo, como por ejemplo el reciente Dictamen 172/2009, de 20 de abril, concierne a una reclamación de responsabilidad de naturaleza contractual, no extracontractual. Esta naturaleza de la reclamación no es óbice para la preceptividad del Dictamen y consiguiente necesidad de solicitarlo, porque el art. 11.1.D.e) de la Ley del Consejo Consultivo dispone la preceptividad del Dictamen en las "reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa patrimonial", sin distinguir si esta responsabilidad patrimonial es de origen contractual o extracontractual.

Como donde la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, ha de considerarse que el precepto legal antes mencionado abarca tanto las reclamaciones de uno y otro origen; y así se ha entendido por el Consejo de Estado cuya Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, en su art. 12.13 dispone igualmente 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), sin distinguir entre las de origen contractual o extracontractual (véanse por todos los Dictámenes del Consejo de Estado 1093/1991, de 3 de octubre de 1991 y 3114/2002, de 30 de enero de 2003)», doctrina de aplicación al presente asunto.

5. En el procedimiento incoado, la reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo [art. 4.1.a) LPACAP], puesto que se reclama por los daños sufridos como consecuencia, presuntamente, del contrato administrativo suscrito con el Gobierno de Canarias.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, como Administración contratante de la obra, de cuya demora deriva el daño reclamado.

6. El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la interesada (art. 32.2 LRJSP).

7. El presente procedimiento tiene por objeto la reclamación de indemnización por un manifiesto daño continuado que se ha ido produciendo durante la normal ejecución del contrato, concretado en los sobrecostes derivados del retraso en la misma por causas imputables a la Administración. En este caso, la interesada presentó reclamación el día 16 de diciembre de 2022, por los daños comprendidos entre el 24 de noviembre de 2018, cuando comenzaron las obras, y el 31 de octubre de 2022.

Pues bien, todo ello permite considerar que el procedimiento se ha iniciado dentro del plazo de un año desde la determinación final del daño, tal y como exige el art. 67.1 LPACAP.

8. 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. En el presente supuesto, se ha superado con creces el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP, sin justificación alguna para tan excesiva dilación. No obstante, la Administración está obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa [arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP].

II

1. En cuanto a los antecedentes de hecho, se debe tener en cuenta lo manifestado al respecto en la reclamación formulada por la interesada, siendo lo siguiente:

«El enlace de Las Chafiras se encuentra en el p.k. 62+200 de la autopista TF-1 que une Santa Cruz de Tenerife con Adeje. Está formado por dos glorietas con una tipología tipo pesas. Son glorietas de poco diámetro y con hasta 6 ramales de conexión.

Este enlace es en la actualidad uno de los más saturados de la autopista TF-1. La alta ocupación de las glorietas en ambas márgenes de la autopista hace que los ramales y vías que conectan con ellas se colapsen, generando largas colas que con frecuencia llegan al tronco de la autopista.

La solución propuesta en el Proyecto consiste en:

.- Remodelación del enlace actual mediante una glorieta de 120 m de diámetro

.- Ejecución de un nuevo enlace en la zona denominada Oroteanda, en el p.k. 63+570 de la TF-1

.- Ejecución de vías colectoras que unen por ambos márgenes de la autopista los dos enlaces.

.- Ejecución de nuevos ramales de entrada y salida de la autopista.

Estas actuaciones son el desarrollo de parte del Proyecto de Trazado y Construcción del Tercer Carril de la TF-1. Tramo San Isidro – Las Américas

A continuación, se exponen los antecedentes más reseñables hasta la fecha:

1.1.- La adjudicación del contrato se produce el 17 de septiembre de 2018, formalizándose el mismo el 24 de octubre de 2018 y firmándose el acta de replanteo con fecha 23 de noviembre de 2018, dando comienzo los trabajos el 24 de noviembre de 2018. El plazo de ejecución de las obras es de 30 meses, con lo que la fecha de finalización inicial era el 23 de mayo de 2021. El importe de adjudicación es de 23.323.630,90 €, I.G.I.C. incluido. Contractualmente existían anualidades hasta el 2021.

1.2.- El 27 de diciembre de 2019 se suscribió un Convenio de colaboración interadministrativa entre la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Vivienda y el Consejo Insular de Aguas de Tenerife, para la ejecución de las obras denominadas "Proyecto de Implantación del Corredor Hidráulico de Necesaria inclusión en las obras Tercer Carril de la TF-1 Tramo San Isidro – Las Américas. Enlace Oroteanda – Enlace Las Chafiras", siendo que la ejecución de estas obras se realizará por medio de la modificación del contrato suscrito con mi representada, al dársele la tramitación de modificación por obras complementarias.

1.3.- El 30 de diciembre de 2019, por Orden nº2/2020 del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Vivienda, se prorrogó el plazo de finalización de las obras hasta el 30 de julio de 2021, reajustándose las anualidades del contrato, como consecuencia de las diversas incidencias en la obra que impidieron que los plazos de ejecución se desarrollaran adecuadamente, siendo la incidencia principal la necesidad de suscribir el mencionado Convenio de colaboración con el Consejo Insular de Aguas de Tenerife, para la inclusión de las mismas en el contrato.

1.4.- Con fecha 10 de marzo de 2020, mediante Orden 86/2020 del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Vivienda, se autoriza la redacción del Proyecto Modificado nº1 y se ordena la suspensión temporal parcial de determinadas actuaciones:

a) Vía Colectora Derecha (VCD) en toda su longitud

b) Ramal 2 de desaceleración de la TF-1 al enlace de Oroteanda

c) Ramal 3 de aceleración desde la VCD a incorporarse a la TF-1 en sentido sur

d) Obra de drenaje transversal ODT4, denominada Archile II

e) Paso inferior en el p.k. 63+550 y su galería de servicio

f) Tramo del Corredor Hidráulico Insular.

1.5.- Con fecha 11 de agosto de 2020, el Director de la Obra, con la conformidad de la Jefa de Área Técnica emite solicitud de modificación de la orden de redacción del Proyecto Modificado nº1.

1.6.- Orden nº 323/2020 de 6 de diciembre de 2020 del Consejero de Obras Públicas y Transportes por la que se autoriza la continuidad provisional del Modificado nº1. En concreto, se levanta la suspensión temporal de la obra de drenaje transversal ODT 4 Archile II y del Corredor Hidráulico.

1.7.- Mediante Orden nº125 de 1 de abril de 2020 se reajustaron las anualidades de las obras, ampliando su plazo hasta el 31 de julio de 2022.

1.8.- Mediante Orden nº213 de 12 de agosto de 2021 se modifica el alcance del proyecto Modificado nº1, y se levanta la suspensión temporal parcial en el paso inferior del p.k. 63+550 y sus galerías, manteniendo la suspensión del resto de las obras afectadas por el Modificado nº1, en concreto:

a) Vía Colectora Derecha (VCD) en toda su longitud

b) Ramal 2 de desaceleración de la TF-1 al enlace de Oroteanda

c) Ramal 3 de aceleración desde la VCD a incorporarse a la TF-1 en sentido sur.

1.9.- Con fecha 16 de septiembre de 2022 el Director de la Obra emite informe, mediante el cual insta ampliar el plazo de ejecución hasta el 31 de octubre de 2023, señalando que dicha ampliación no es imputable al contratista.

1.10.- Con fecha 30 de diciembre de 2021, se realiza un nuevo reajuste de anualidades, ampliándose el plazo de finalización de las obras hasta el 31 de octubre de 2022.

1.11.- Por Orden del Consejero nº316 de 22 de noviembre de 2022 se amplía el plazo de finalización de las obras hasta el 31 de octubre de 2023 con un nuevo reajuste de anualidades.

1.12.- A día de hoy, el proyecto Modificado nº1 sigue sin estar aprobado, se mantienen los tramos suspendidos y se sigue sin poder acceder a la zona del parking del centro comercial».

2. En cuanto a los motivos en los que se fundamenta la reclamación, en el referido escrito se afirma que:

«Que una vez iniciados los trabajos correspondientes a las obras "TERCER CARRIL DE LA TF-1. TRAMO SAN ISIDRO – LAS AMÉRICAS. ENLACE OROTEANDA – ENLACE LAS CHAFIRAS.", se han producido diversas alteraciones importantes sobre las previsiones contractuales, que han tenido como consecuencia la afección grave al equilibrio del contrato suscrito por mi representada, y que deben ser soportadas por la Administración, al derivar del incumplimiento de sus obligaciones.

A la vista de ello y de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto se presenta solicitud de la debida indemnización.

La reclamación de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a mi representada por causas ajenas al contratista e imputables a la Administración contratante está motivada:

1. Por la demora por parte del Órgano de Contratación en la tramitación y aprobación del proyecto modificado.

2. Por los continuos reajustes de las anualidades establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares integrados en el contrato.

3. Por la demora en las fechas de ocupación de las expropiaciones.

4. Por el retraso en las autorizaciones para la reposición de servicios afectados.

5. Por suspensión temporal-total o suspensiones de facto.

Así de esta forma, los trabajos durante la ejecución de la obra adjudicada se han llevado a cabo de manera discontinua en el tiempo y fraccionada espacialmente por los motivos que se expondrán posteriormente, lo que pondrá de manifiesto que durante el desarrollo de la obra se ha producido una alteración de una condición esencial del Contrato como es el plazo. El incremento del mismo ha sido totalmente desproporcionado pues se ha pasado de los 30 meses contractuales inicialmente establecidos a un plazo actualmente previsto de 60 meses, es decir 30 meses de aumento de plazo por causas no imputables al Contratista.

No obstante, en el presente escrito, únicamente se reclaman los sobrecostes incurridos entre el inicio de las obras y el 31 de octubre de 2022, y exclusivamente por los conceptos de Gastos generales y costes indirectos soportados, haciendo expresa reserva de cualesquiera otros conceptos, que se reclamaran cuando puedan ser debidamente cuantificados.

Este incremento es más desproporcionado si tenemos en cuenta que, a 31 de octubre de 2022, tras 48 meses desde que se iniciaron los trabajos, la obra certificada es 12.170.662,17 € + IGIC, es decir un 55,8% del total presupuestado. En condiciones normales ese porcentaje de obra debería haberse ejecutado en algo menos de 17 meses, por lo que el incremento de plazo soportado actualmente es de 31 meses».

3. La interesada reclama una indemnización total de 3.231.904,24 euros, siendo los dos conceptos por los que se reclama los costes indirectos y los gastos generales, ambos por aumento de los plazos de ejecución. En dicha reclamación, de forma pormenorizada, se detallan los mismos de la siguiente manera:

- En relación con los costes indirectos se afirma que:

«Como consecuencia de las causas que motivan esta reclamación el plazo inicial ofertado y contractual de treinta (30) meses ha aumentado, provisionalmente según el último reajuste de anualidades, hasta un plazo final de sesenta (60) meses, es decir, treinta (30) meses más de lo inicialmente ofertado, lo que ha implicado que los medios humanos y materiales que integran los costes indirectos, cuyo coste es función del tiempo, hayan permanecido en la obra un tiempo adicional respecto al que correspondía con la ejecución de la obra en las condiciones inicialmente contratadas.

Si analizamos a 30 de octubre de 2022, tras 48 meses desde que se iniciaron los trabajos, la obra certificada es 12.170.662,17 € + IGIC, es decir un 55,8% del total presupuestado. En condiciones normales ese porcentaje de obra debería haberse ejecutado en menos de 17 meses, por lo que el incremento de plazo soportado actualmente es de 31 meses.

El incremento de costes indirectos proporcionales al tiempo y relativos a personal, maquinaria, instalaciones, consumos, medios auxiliares, seguros, fianza, etc., que esta UTE contratista lleva soportando durante la obra, se adjunta en los anexos que más adelante se especifican, así como la justificación de cada uno de los costes.

Para la determinación de los costes indirectos se aplica lo prescrito en el artículo 130 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 dicho artículo se especifica cómo se debe realizar el cálculo de los precios de las distintas unidades de obra que se basarán en la determinación de los costes directos e indirectos precisos para la ejecución de esta. Tendrán la consideración de 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 el Proyecto de la Administración, el coeficiente de costes indirectos aplicado es el de cinco por ciento (5%) considerando este valor, se obtiene que los costes indirectos abonados a 31 de octubre de 2022 han sido 475.045,39€.

(...)

Así las cosas, entiende esta constructora que debería percibir el desfase producido entre el coste incurrido debido al mayor período de permanencia soportado hasta la fecha (31 meses), 3.084.759,82 € y lo abonado por la obra ejecutada, 475.045,39 €, esto es 2.609.714,43 € (DOS MILLONES SEISCIENTOS NUEVE MIL SETECIENTOS CATORCE EUROS CON CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS) al ser el sobrecoste incurrido pendiente de compensar y que mediante la presente se formula como reclamación de los sufridos hasta el 31 de octubre de 2022, quedado a expensas de los sobrecostes que se produzcan hasta la finalización de la ejecución del contrato, y que serán evaluados cuando proceda».

Además, se detallan dichos costes indirectos incluyendo personal técnico y administrativo adscrito de forma exclusiva la obra, alquileres, gastos corrientes (combustibles, telecomunicaciones) y servicios externos (topografía).

- En cuanto a los gastos generales se afirma que:

«Los gastos generales de la empresa son todos los que no están asignados a ninguna obra concreta y corresponden al coste efectivo y necesario que las sociedades constructoras tienen debido a la labor de representación, apoyo, dirección, gestión y control que los centros directivos ejercen, sueldos del presidente, oficinas centrales o de las delegaciones, publicidad corporativa, etc (...) Estos gastos han de repercutirse a las obras que son los centros de producción y de generación de ingresos y es habitual que se sufraguen con un porcentaje de la facturación independientemente del plazo o los retrasos de obra. Cuando la obra se demora o se paraliza, los gastos generales de la empresa siguen existiendo ya que se prolonga la dedicación de los medios que lo integran.

Los gastos que corresponden a los trabajos que son previos a la ejecución como son los de estudio de las obras y la tramitación de la licitación no varían por la demora de la obra, dependiendo su cuantía del tipo de empresa. El resto de los gastos corresponden a servicios ligados directa o indirectamente a la ejecución de la obra por lo que aumentan al incrementarse el tiempo de ejecución de la misma.

El abono de los gastos generales por parte de la Administración corresponde a un coste efectivo y necesario que las empresas constructoras tienen y que han de repercutir necesariamente en las obras que constituyen su actividad y a través de las cuales obtienen sus ingresos.

Al producirse un retraso en la ejecución de la obra al aumentar el tiempo de ejecución sin que el volumen de obra aumente en la misma proporción, se produce un incremento de los gastos generales aplicados por las empresas a la obra, proporcional a ese aumento

adicional, que no tiene compensación, ya que ese abono se hace, en nuestro caso, a través del coeficiente del 16% (sic) a aplicar al presupuesto de ejecución material.

No se trata por tanto de que se mantengan los mismos gastos generales, desplazándose su abono en el tiempo, sino que realmente lo que ocurre es que, al haber un incremento de plazo para realizar el mismo volumen de obra, ese incremento da lugar a una mayor incidencia de los gastos generales de la empresa en la obra, con el consiguiente sobrecoste, que es lo que se solicita.

El Consejo de Estado reconoce ese incremento de coste y la indemnización que en consecuencia corresponde a la Administración, tal y como se pone de manifiesto en el Dictamen del Consejo de Estado nº 44.522, de 26 de noviembre de 1982, donde literalmente dice:

"El Consejo de Estado coincide con el Contratista en cuanto al argumento que, al aumentar el plazo de una obra y no su importe, viene a desaparecer el hipotético equilibrio. Por eso, ciñéndose únicamente a la consideración de los gastos generales de estructura y sin tener en cuenta los costes fiscales, estima que se debe indemnizar este concepto en la cuantía que matemáticamente resulte".

Esta obligación compensatoria está recogida asimismo en el Acta del Consejo de Obras Públicas de 12 de junio de 2003 (incluido en ANEXO 9), en el que se acepta la reclamación presentada que incluye la indemnización en concepto de incremento de gastos generales.

El Pleno del Consejo de Obras Públicas considera que las reclamaciones de daños que formulen las empresas contratistas con motivo de suspensiones de las obras contratadas y en las que reglamentariamente tengan derecho a indemnización, la cuantía de los gastos generales de estructura de la empresa a tener en cuenta deberá valorarse mediante una razonada justificación de los daños sufridos.

Se considera y mayoritariamente se admite reconocer que existen algunos de estos Gastos Generales, que se soportan por el contratista durante la suspensión de las obras, como adicionales a los ya contratados y distintos de los que serán retribuidos posteriormente, cuando en su caso se reanude la ejecución de la obra y se ejecuten y certifiquen las unidades de obra paralizadas. Así, desde el punto de vista técnico, acepta 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 (Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre) al determinar los mismos como un porcentaje del presupuesto de ejecución material.

Este criterio se ha venido aplicando en casos de suspensiones de obras, si bien limitando razonadamente los porcentajes de cálculo de los gastos generales a un abanico que va 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 (ANEXO 9), publicado y contenido expresamente en su Memoria de dicho ejercicio).

Por consiguiente, si se emplea el criterio utilizado por el Consejo de Obras Públicas, se admitirá el concepto reclamado por la empresa contratista.

Los costes de estructura de la Dirección Central de Ferrovial Construcción están acreditados mediante auditorías anuales. Se presentan las de los años 2018, 2019, 2020 y 2021 (ANEXO 10). Del año 2022 no se disponen al estar el año en curso.

Respecto de los costes de estructura de los otros dos socios de la UTE, (...), no se encuentran auditados, por lo que se adopta el mínimo de 1,5% del presupuesto de ejecución material.

(...) Obteniéndose una cantidad a compensar en concepto de gastos generales por retrasos en tramitación de expedientes, cambios en las anualidades, falta de disponibilidad de terrenos, etc. que asciende, a 31 de octubre de 2022, a 622.189,81 € (SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMOS)».

III

1. En cuanto a la tramitación del presente procedimiento, el mismo comenzó a través de la presentación del escrito de reclamación referido, lo que se produjo el día 16 de diciembre de 2022.

2. El presente procedimiento cuenta con el informe del Director Facultativo de las obras relativo a la reclamación formulada, a cuyo contenido se hará referencia en un momento posterior del presente Dictamen, y el informe del Jefe de Recursos e Informes de la Dirección General de Infraestructuras viarias emitido el día 3 de octubre de 2023.

Posteriormente, se le otorgó el trámite de vista y audiencia a la interesada, que formuló alegaciones.

3. El día 2 de noviembre se emitió la Propuesta de Orden resolutoria, a la que se adjuntó el Borrador de la Orden resolutoria, ambos con el mismo contenido.

4. Por último, en lo que se refiere al informe del Servicio Jurídico se afirma en la PO que *«No se precisa recabar informe del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, pues con arreglo al art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero (en adelante ROFSJ), según el cual resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico en los supuestos de "Reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración*

autonómica, en las que se susciten cuestiones de Derecho no resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico", siendo reiterada la doctrina asentada en materia de responsabilidad patrimonial contractual de la Administración».

IV

1. La Propuesta de Orden resolutoria estima parcialmente la reclamación formulada por la entidad interesada, puesto que el órgano instructor considera que concurren la totalidad de los requisitos legalmente exigidos para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo, si bien dicha reclamación se estima parcialmente toda vez que se valoran los daños reclamados de forma distinta a la empresa interesada, distinguiéndose en la misma, al igual que hace la interesada, entre los sobrecostes indirectos y los gastos generales, extremos estos en los que reside la disensión de la Administración.

1.1. En la PO se señala al respecto que:

«Quinta.- Por lo que se refiere a la valoración realizada de los sobrecostes indirectos, en el informe del contratista expone, según corrobora el del actual Responsable del contrato del Área Técnica, que: "se puede entender acreditable mediante el resultado de la diferencia entre los costes indirectos soportados por ella en el período de ejecución afectado, y los costes indirectos abonados por la Administración a través de las certificaciones ordinarias de obra, reflejándose así con exactitud el daño efectivamente sufrido. El procedimiento propuesto por el contratista se considera adecuado para evaluar el perjuicio ocasionado, en términos de aumento de costes indirectos, por el aumento del plazo de ejecución de las obras".

Según preceptúa el art. 130.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas "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"

Por no redundar en los extremos valorados por el responsable del contrato y que pueden ser analizados en su informe, baste decir que este Servicio concuerda en las exclusiones realizadas de los conceptos que no figuran taxativamente en el art. 130.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAAPP), como

indemnizables, ni tampoco en el anejo 24 de justificación de precios del Proyecto de construcción; considerándose como tales de entre los aportados por el contratista, los costes de personal, maquinaria y costes de instalaciones generales de obra a considerar; y así es procedente la exclusión de los de alojamiento y viajes que no son susceptibles de indemnización, pues como recalca el citado informe "abonar los mismos por parte de la empresa contratista es una decisión propia de la misma, y por tanto, se correspondería con gastos generales en cualquier caso, y no con costes indirectos".

Asimismo, se concuerda en la exclusión, por mor del 130.3 del mencionado Reglamento, del personal que no ha sido acreditado por la entidad adjudicataria como prestadores de sus servicios con exclusividad: "las personas que han desempañado funciones de gerencia de la UTE, gestión del contrato o jefaturas de grupo de obras, por cuanto, como ha podido comprobarse en sus correspondientes nóminas o por la naturaleza de sus funciones, no han prestado sus servicios de forma exclusiva a las obras, condición que indica textualmente el reseñado precepto legal para su consideración como coste efectivo".

A efectos de documentación probatoria de los perjuicios en costes de personal efectivamente sufridos por la UTE, como señala el informe técnico, "tan solo puede considerarse como perjuicio sufrido aquellos costes que se relacionan inequívocamente con el gasto realizado, es decir, las justificaciones de coste de personal que se realizan mediante la aportación de nóminas y restante documentación laboral." De manera que se tendrán en consideración los justificados ante el Responsable del contrato en concepto de nóminas y facturas mediante la correlativa documentación laboral por el personal directamente contratado por la UTE, pero se excluye así la posible acreditación de perjuicios mediante facturas de suplidos que es fruto de un acuerdo entre las diferentes empresas que componen la UTE, que no guardan relación con la Comunidad Autónoma, pudiendo tener en su caso eficacia ad intra, pero no ad extra con el órgano de contratación. Se excluye así el personal de Ferrovial cuyo coste se justifica mediante los suplidos que esta empresa ha facturado a la UTE.

Realizado el cálculo por el contratista de la diferencia de los costes indirectos soportados y abonados a través de las certificaciones ordinarias de obra, se extrae que el importe indemnizatorio total es de 2.609.714,43€ (sin IGIC), cantidad que no es contrariada en el informe del responsable del contrato, sin perjuicio de que sobre la misma no se efectúe la minoración que resultaría de sustraer lo que a su juicio no procede indemnizar (esto es conceptos inindemnizables, personal no adscrito en exclusividad o documentos sin valor probatorio; facturas de suplidos) sino por razón de un cálculo sobre la base del proyecto de construcción (por razón del anejo nº24 ubicado en la Memoria del mismo que determina los costes indirectos de las distintas unidades) y del que se extrae, que mediante la aplicación de la fórmula allí prevista para la determinación de los costes indirectos por el tiempo transcurrido la cantidad indemnizable sería de 1.659.795,03€.

En este punto, conviene traer a colación la doctrina de nuestro máximo Órgano consultivo, el Consejo Consultivo de Canarias, en su dictamen 54/2022 relativo a la responsabilidad patrimonial por daños ocasionados como consecuencia de la ejecución del contrato de obras denominado: «LP-2. LOS LLANOS-TAZACORTE. TRAMO: (...) . ISLA DE LA PALMA. " (...) Del examen de la legislación en materia de contratación administrativa se puede extraer el siguiente principio general: el incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte de la Administración Pública contratante dará lugar al pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista (principio que, igualmente, cabría extraer de lo dispuesto en el art. 1101 del Código Civil: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas)." " (...) respecto a la identificación de los conceptos indemnizables en el ámbito de la responsabilidad patrimonial contractual, la jurisprudencia ha venido manteniendo la existencia de un numerus apertus. De tal manera que, a la hora de determinar los conceptos indemnizable («perjuicios efectivamente sufridos»), no existe limitación conceptual de los daños y perjuicios resarcibles, siempre que se acrediten como real y verdaderamente producidos y que los mismos tengan lugar a consecuencia de incumplimientos contractuales imputables a la Administración contratante".

En su dictamen 55/2022 por daños ocasionados como consecuencia de la ejecución de contrato de obras denominado: "Corredor Aeropuerto - Tarajalejo - Morro Jable. Tramo: Costa Calma - Pecenescal. ISLA DE FUERTEVENTURA, señala que " (...) 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 (...) ", así como respecto de las consideraciones para la determinación de los costes indirectos que define como " (...) gastos ajenos al normal presupuesto de ejecución material de las obras, pero accidentalmente imputables a éstas (...) ".

(...) Sin embargo, a juicio de este Servicio, esta línea jurisprudencial no puede ser estudiada de manera aislada, sino enmarcada dentro del "deber de mitigación del daño", que tiene reconocimiento en nuestro derecho patrio y comunitario, y así queda asentado en la doctrina y jurisprudencia europea y española, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1994, como indicaba S. Presas, como una carga que "contiene dos reglas básicas: una negativa, que niega el resarcimiento de aquella pérdida que pudo haberse evitado con un esfuerzo razonable, limitando la indemnización al coste de las medidas que debieron ser adoptadas; y otra positiva, que exige el resarcimiento de todos los gastos que la

adopción de medidas mitigadoras ab inicio razonables haya ocasionado, aunque hayan resultado un fracaso".

En el ámbito comunitario el deber de mitigación del daño se reconoce de manera expresa en el derecho positivo y se puede encontrar en el artículo 9:505 de los PECL (Principles on European Contract Law) como una carga que tiene la parte que sufre el incumplimiento y que deriva de los principios de causalidad y de buena fe contractual, y cuyo incumplimiento supone la no indemnización de las pérdidas que pudieron ser evitables o mitigadas.

Esta misma doctrina ha sido recogida en derecho civil español, observando D.-Picazo que el deber de mitigar los daños deriva de la buena fe; además, apunta, su incumplimiento rompe la relación de causalidad, «pues el aumento de los daños no es ya consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino de la inacción o de la pasividad del acreedor».

Igualmente ha sido recogida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías al establecer que "A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated." Teniendo en cuenta este principio y a efectos de determinar la diferencia entre el daño real de los perjuicios sufridos y los que hubieran podido ser mitigados, entendemos acertado considerar, que a tenor de la fórmula contemplada en el anejo 24 de la Memoria del Proyecto ("justificación de precios" que determina para cada partida presupuestaria sus costes indirectos y que se incluyen en su Presupuesto), aquellos que excedían de esta cantidad aceptada por el interesado en la formalización del contrato de obras, debieran haberse evitado. No consta en el expediente solicitud alguna en este sentido y por ende apreciamos quebrantamiento en este deber».

1.2. Además, también la PO se manifiesta acerca de los gastos generales reclamados que:

«Por lo que respecta a la valoración de los gastos generales ha de tenerse en cuenta que, pese a que en el Acta de la Sesión Ordinaria 18/2003 del Pleno del Consejo de Obras Públicas, celebrado el día 12 de junio de 2003, se señale respecto de los gastos generales que: "dada la dificultad de estas justificaciones, también se admite cifrarla aplicando el porcentaje de gastos generales del contrato sobre los costes directos e indirectos si los hubiere en la obra paralizada, conceptos además reducidos según las circunstancias y situación, de forma estimativa, pero razonada en cada caso, por su menor actividad mientras dura la suspensión, sobre el importe del presupuesto de ejecución material de la obra contratada primitiva afectada por la relación entre el tiempo de paralización y el plazo contractual primitivo (...) ", y en idéntico sentido también en la Memoria del Consejo de Obras Públicas de 2017 "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", lo cierto es que el propio órgano en la citada Memoria indica 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". la doctrina tanto del Consejo de Estado, como del Tribunal Supremo cambia radicalmente, y así el supremo Órgano Consultivo afirma que "según tiene dicho reiteradamente el 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. (...) . Asimismo, es doctrina de este Consejo que los gastos generales no pueden indemnizarse de forma genérica o mediante porcentaje a tanto alzado, sino que ha de acreditarse su realidad, efectividad e importe, sin que sea dable ni presumir su existencia ni determinar su importe mediante un porcentaje del presupuesto material de ejecución". Se extrae de lo anterior que no parece posible su estimación, considerando este Servicio acertada la interpretación del responsable del contrato».

1.3. Finalmente se concluye, señalando que:

«Del informe emitido por el Director de Obra 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 quiebre 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, reconociendo el pago de las siguientes partidas reclamadas en los siguientes términos (fundamentados en la consideración jurídica quinta de este informe) y que se cifran en un millón seiscientos cincuenta y nueve mil, setecientos noventa y cinco, y tres céntimos».

2. En este caso, no constituye una cuestión controvertida la concurrencia durante la ejecución del contrato de una serie de circunstancias, las especificadas por la interesada en su escrito de reclamación, lo que ya se reprodujo, todas ellas no imputables a la empresa contratista, que aumentaron la duración de las obras, ocasionándoles diverso perjuicios económicos, lo que implica, sin duda alguna, la existencia de relación de causalidad entre el actuar administrativo y los daños reclamados, todo lo cual resulta suficientemente probado en virtud de la documentación obrante en el expediente, incluyendo los informes emitidos.

Sin embargo, la cuestión que debe ser analizada es la correspondiente a la valoración de los daños reclamados, que se debe realizar distinguiendo los dos conceptos indemnizatorios ya mencionados.

3. En lo que se refiere a los sobrecostes indirectos, se puede concretar la postura de la Administración teniendo en cuenta, por un lado, lo manifestado en el informe del facultativo de la obra, incluido en el expediente, en el que se afirma:

«Por su parte, el Proyecto de Construcción "TERCER CARRIL DE LA TF-1. TRAMO SAN ISIDRO – LAS AMÉRICAS. ENLACE OROTEANDA – ENLACE LAS CHAFIRAS. CLAVE: OP-I- 002-2018", en su Anejo n.º 24 Justificación de Precios, se fija un porcentaje del 5% para los Costes Indirectos, estableciendo los conceptos correspondientes en relación con los costes de personal, maquinaria y costes de instalaciones generales de obra a considerar:

Personal:

Un Jefe de Obra.

Un Jefe de Administración. Un Jefe de Producción.

Un Topógrafo.

Un Técnico de Calidad y Medioambiente. Un Técnico de Prevención.

Un Técnico de Mantenimiento General. Dos Encargados.

Un Capataz.

Otros Costes Indirectos:

Alquileres (Oficina de obra, vehículos de obra y equipos).

Gastos corrientes (combustibles de los vehículos de obra y telecomunicaciones de la oficina de obra).

Servicios externos (topógrafo adscrito de refuerzo) Gastos varios (avales y seguros).

En consecuencia, y a la vista de lo anterior, se propone la consideración de los siguientes conceptos de costes indirectos, para la valoración económica de los importes de indemnización que procedan:

1. Costes Indirectos de Personal

2. Alquileres

3. Gastos Corrientes (englobando los costes de los combustibles de los vehículos de obra y telecomunicaciones de la oficina de obra)

4. Servicios Externos (englobando los costes del topógrafo adscrito de refuerzo)

5. Costes Gastos Varios (englobando los costes de avales y seguros)

Los gastos relativos a alojamiento y viajes del personal indirecto, no han sido tenidos en cuenta, por cuanto la ubicación de la obra es conocida durante la licitación, por lo que se considera que el contratista debe contar con personal a disposición en dicha ubicación.

Asimismo, en la relación de costes indirectos contemplada en el proyecto de construcción no figuran tales conceptos, por lo que se considera que abonar los mismos por parte de la empresa contratista es una decisión propia de la misma, y que, por tanto, se correspondería con gastos generales en cualquier caso, y no con costes indirectos.

Por otra parte, siguiendo lo dispuesto por el artículo 130.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no se ha contemplado como coste indirecto ninguno de las personas que han desempañado funciones de gerencia de la UTE, gestión del contrato o jefaturas de grupo de obras, por cuanto, como ha podido comprobarse en sus correspondientes nóminas o por la naturaleza de sus funciones, no han prestado sus servicios de forma exclusiva a las obras, condición que indica textualmente el reseñado precepto legal para su consideración como coste efectivo. Tales funciones se entienden asimilables a gastos generales propios de la empresa constructora. Asimismo, de forma comparada con el personal a adscribir a la obra previsto por el proyecto, y a la vista del menor ritmo de las obras, tampoco parece justificada la presencia de tales perfiles con carácter exclusiva. Incluso, en algunos casos se ha verificado en nómina que su centro de trabajo no se corresponde con la obra objeto de informe sino que se indica como "UO: 7A350 ZONA CANARIAS" mientras que en el caso del personal adscrito con exclusividad a obra aparece como "UO: 68P50 TERCER CARRIL TF1 L".

De forma adicional, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que rige el presente Contrato, establece en su apartado 24.2 que "El delegado de obra del contratista deberá ser la persona designada por éste, y aceptada por la Administración antes de la formalización del contrato, con experiencia acreditada en obras similares a la que es objeto

de contratación, y con dedicación plena. A los efectos, se entiende por dedicación exclusiva, la no posibilidad de adscripción simultánea del delegado a más de dos obras". Por tanto, debido a que en el caso de uno de los cargos no han prestado servicios a las obras de referencia de forma exclusiva, no pueden entenderse en ningún caso como delegado de obra del contratista, con lo que, como se ha comentado, no se ha contemplado su coste como indirecto.

En relación a los gastos de personal aportados por los anexos a la reclamación se observan varios casos:

◦ Personal contratado directamente por la UTE, para desempeñar tareas propias de personal indirecto (ayudante de topografía, vigilante control de calidad, etc.). La justificación del coste se realiza mediante la aportación de nóminas y demás documentación laboral.

◦ Personal de Ferrovial Construcción, que presta servicios de personal indirecto (jefe de obra, topógrafo, encargados, jefe de administración, técnico de calidad y medioambiente, técnico de prevención, entre otros), cuyo coste se justifica mediante los suplidos que esta empresa ha facturado a la UTE, así como mediante la aportación de las nóminas de citado personal y restante documentación laboral. Se ha optado por evaluar el coste que suponen mediante la nómina, si bien se ha comprobado que el importe es muy similar al de los suplidos facturados.

A este respecto, tan solo puede considerarse como perjuicio sufrido aquellos costes que se relacionan inequívocamente con el gasto realizado, es decir, las justificaciones de coste de personal que se realizan mediante la aportación de nóminas y restante documentación laboral.

No puede, por tanto, aceptarse la acreditación de tales perjuicios mediante una factura de suplido, fruto de un acuerdo entre los distintos miembros de la UTE que no guarda estrecha relación con los costes reales sufridos por cada una de las empresas con objeto de poner al personal a disposición de los trabajos, sino con una estrategia corporativo-fiscal, a través de la cual, generalmente, los distintos socios buscan reducir el beneficio de la UTE mediante la facturación de suplidos superiores a los costes reales soportados».

Por otro lado, en la PO se afirma sobre ello que «entendemos acertado considerar, que a tenor de la fórmula contemplada en el anejo 24 de la Memoria del Proyecto ("justificación de precios" que determina para cada partida presupuestaria sus costes indirectos y que se incluyen en su Presupuesto), aquellos que excedían de esta cantidad aceptada por el interesado en la formalización del contrato de obras, debieran haberse evitado».

4. De todo ello se infiere, primeramente, que no se incluye en la indemnización establecida por la Administración aquellos sobrecostes que, de acuerdo con el art.

130.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, estén relacionados con personal de obra no adscrito de forma exclusiva a la misma, ni el que no haya sido contratado de forma directa por la UTE y que, además, estos últimos guarden relación directa también con lo contratado por la Comunidad Autónoma de Canarias.

Además, no se abonará cantidades no aceptadas por la partes en la formalización del contrato.

5. La interesada sobre ello alega que uno de los gerentes trabajó de forma exclusiva hasta su jubilación, señalando sobre ello que «*El Gerente o delegado del Contratista, es un personal técnico adscrito a la obra, cargo que inicialmente fue desarrollado por (...), en el periodo desde el inicio de la obra y hasta agosto 2021, en el que estuvo asignado al 100%, adscrito a la obra como lo prueba su nómina y sus gastos asociados y así lo requería el PCAP. Es cierto que el segundo Gerente (...), que sustituyó a (...) por su jubilación, no se adscribió a la obra y tuvo dedicación parcial (es el único trabajador relacionado en la reclamación cuyo centro de trabajo no es el del Tercer Carril TF-1), al estar la obra con un Modificado pendiente de redacción y ejecutándose la obra parcialmente, solo con Orden de continuidad de determinados "Tajos"*» y, también, cuestiona la validez del porcentaje correspondiente al coste indirecto que se establece en la Memoria (5%) porque considera que en la actualidad está desfasado al haberse establecido por normativa de 1968, así, afirma que «*Sorprendentemente el informe omite la explicación que se refleja en el anejo, para justificar un % de costes indirectos, coincidente con el máximo permitido del 5% (desde 1968), así el coste mensual, se multiplica por 24 meses, cuando el plazo inicial de la obra era de 30 meses (Anejo 22 del Proyecto). De esta forma el porcentaje correcto que debería haber figurado en el proyecto y en este anejo sería el 6,24% y no el 5%.*

Indicar que en la orden del Ministerio de Obras Públicas de 1968 (no había Autonomías) se limitaba el % de costes indirectos para una Obra terrestre al 5%, como en la que nos encontramos, tal y como se describe en este recorte.

(...) Este porcentaje (5%) está totalmente desfasado, y está siendo objeto de debates con los principales órganos de Contratación, ya que desde la fecha que se tomó como referencia (1968) han aparecido otros costes indirectos necesarios, tales como técnicos de Seguridad, de Calidad, de Medio Ambiente, procedimientos de digitalización, etc. que hacen incrementar este porcentaje en las obras».

6. Sin embargo, la realidad, que la propia interesada no cuestiona en modo alguno, es que el 5% referido, independientemente de si está o no desfasado en la actualidad, consta en la Memoria del Proyecto y, como ello es así, la interesada lo

aceptó al formalizar el contrato y es tal aceptación la que convierte su aplicación en obligatoria y vinculante para la misma y, por tanto, dicho índice es aplicable a este caso y determinante de la cuantía concreta de la indemnización final.

A mayor abundamiento, no se discute por la empresa interesada el contenido concreto de tal Memoria, es decir, no se discute que en ella se establezca como índice de cálculo de los costes indirectos el 5%, sino que el criterio normativo seguido en la misma está desfasado en lo que a dicho índice se refiere, que a juicio de la misma debería ser superior, como consta en la reproducido con anterioridad.

Asimismo, en lo que respecta al Gerente (...) se puede considerar cierto que estuvo adscrito a la obra, pero no basta con demostrar ello, sino que la interesada debe acreditar que dicha adscripción fue exclusiva, lo que no logra en virtud de la documentación aportada, sus nóminas, ya que esta documentación por sí sola no prueba que el mismo desempeñara tales funciones solamente en las obras que nos ocupa.

En conclusión, parte de las cuantías correspondientes a los sobrecostes indirectos que la interesada reclama a modo de indemnización o bien no se ha logrado probar su efectiva producción o no reúnen los requisitos jurídicos para ello al no estar incluido en lo contratado, lo que implica que con su reclamación se está yendo más allá de lo estrictamente contratado y aceptado por las partes del contrato, lo que ocurre con la cuantía referida al índice porcentual mencionado.

7. En cuanto a los gastos generales, la Administración da por bueno el criterio del Director facultativo de la obra, que señala en su informe que:

«No obstante, según los últimos dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias, no puede emplearse el criterio del Consejo de Obras Públicas, toda vez que no comprueba que el perjuicio indemnizado ha sido efectivamente soportado por el contratista, dejando a cero el valor de las citadas indemnizaciones sobre los Gastos Generales».

Pues bien, sobre ellos la empresa interesada llega a alegar que «En este punto debemos destacar que el importe asignado a los Gastos Generales en los que el Contratista incurrirá en una obra concreta normalmente se trata de una cuantía difícilmente matizable en función de los conceptos de gastos de los diversos departamentos de la empresa constructora, ya que es difícil saber qué gasto, por ejemplo, en concepto de alquiler de equipos informáticos el departamento de asesoría jurídica había asignado a la obra de referencia. Independientemente de esta dificultad, resulta un hecho incontrovertido que el Contratista prevé que la obra de

referencia generará una determinada facturación que, junto con las restantes obras, repercutirá en la determinación de sus Gastos Generales de la compañía».

Por tanto, estas dificultades de determinación de las cuantías concretas relativas a los gastos generales, alegadas por la empresa interesada, corroboran el correcto parecer de la Administración, es decir, que la realidad y justificación de tales gastos generales no ha sido demostrada fehacientemente por la interesada.

A mayor abundamiento, y además de lo manifestado por la propia interesada, lo cierto es que la misma no ha aportado prueba alguna que demuestre que tales gastos reclamados se hayan producido de manera efectiva.

Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, requisito esencial para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

Por todo ello, procede afirmar que la indemnización otorgada por la Administración, 1.659.795,03 euros, es proporcional al daño sufrido por la empresa interesada y está debidamente justificada, procediendo por tal motivo la estimación parcial de la reclamación formulada por la empresa contratista.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se estima parcialmente la reclamación formulada es conforme a Derecho en virtud de lo expuesto en el Fundamento IV de este Dictamen.