

Dictamen núm. 74/2013, relativo a la reclamación formulada por la UTE Puerto Ciudadella por la paralización de medios por problemas en la cimentación de la obra en relación con el contrato de ejecución del Proyecto de ampliación del Puerto de Ciudadella*

I. ANTECEDENTES

1. El presidente de *Ports de les Illes Balears*, mediante escrito de 7 de marzo de 2013 (Registro de entrada de día 11), formula una consulta relativa a la «resolució de la reclamació interposada per la UTE Puerto Ciudadella per la paralització de mitjans per problemes en la cimentació de l'obra del Projecte d'ampliació del Port de Ciudadella». Para ello invoca el artículo 18.12.a de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de les Illes Balears, y el artículo 213.3 a del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF).

2. El Presidente del Consejo Consultivo, el 22 de marzo de 2013, reclama determinada documentación para completar el expediente con la siguiente advertencia literal «Tot això sense entrar a valorar, en aquest moment, la legitimació de l'autoritat consultant i la competència d'aquest Consell Consultiu sobre la consulta formulada, atesos els articles 18.12.a i 21.c de la Llei 5/2010». El 10 de abril de 2013, el presidente de *Ports de les Illes Balears* remite de nuevo la consulta, con la documentación añadida, y reitera los mismos fundamentos legales que había citado en el escrito de 7 de marzo.

3. De la documentación aportada, interesa destacar lo siguiente:

a) El 9 de mayo de 2007, la contratista, ahora reclamante, Puerto Ciudadella UTE suscribe con *Ports de les Illes Balears* un contrato para la ejecución del «Proyecto de ampliación del Puerto de Ciudadella. Puerto exterior. T.M. Ciudadela. Menorca».

b) De acuerdo con la cláusula tercera del contrato, el precio del contrato, establecido como precio alzado, es de 50.246.550,00 euros de conformidad con la oferta del contratista. Dicho precio, en términos de la cláusula mencionada, incluye:

L'import inclou tots els conceptes, entre ells, l'IVA legalment aplicable, el benefici industrial i els impostos o tributs de caràcter estatal, autonòmic o municipal. El contractista assumirà les despeses corresponents a llicències, impostos i escomeses generats per dur a terme l'execució de les obres.

El preu del contracte i els preus unitaris que regiran durant l'execució de les obres seran els del Projecte adjudicat, essent d'aplicació, al igual que a les anualitats previstes, la baixa d'adjudicació resultant.

En aquest preu queden inclosos les despeses que tingui que fer l'adjudicatari per a l'execució de les obres objecte d'aquest contracte, fins a la seva recepció per Ports,

* Ponencia del Hble. Sr. D. José Argüelles Pintos, consejero.

entre les que cal citar a títol enunciatiu i no limitatiu, les despeses generals, les financeres, fiscals i taxes, les despeses de persona, i de la mà d'obra, maquinària, subministraments, serveis materials, assegurances, contribucions i arbitris, legalitzacions, infraestructura, costos de control de qualitat dels materials instal·lats, despeses de replanteig, vigilància general del recinte, gestió medi ambiental, escomeses, instal·lacions i despeses de consums de tot tipus, així com, el subministrament de materials, càrrega, transports, descàrrega, emmagatzematge i desplegament de tot l'equip, utilitatge i materials de qualsevol naturalesa, siguin d'ús temporal o permanent o qualsevol altre treball necessari per a l'execució del Projecte Constructiu esmentat. [sic]

c) Según la cláusula 8ª del contrato suscrito, se estipula un plazo de ejecución de 24 meses, con una posible prórroga de 2 meses.

d) El mismo contrato, en su cláusula 13ª regula lo concerniente a los daños y perjuicios derivados del contrato y su ejecución del siguiente modo:

L'acció d'indemnització per danys i perjudicis és independent amb la facultat de resoldre el contracte.

Tota acció indemnitzatòria haurà de quantificar-se sota el principi de que el Contractista, si escau, haurà de ser indemnitzat del benefici industrial que hagi deixat de percebre i de les despeses de tota classe, inclosa la compra de materials per a l'obra, ja incorporats a aquesta o que no pugui aprofitar per a la seva activitat industrial, degudament justificats; mentre que, per la seva banda, Ports de les Illes Balears, serà creditora pel perjudici sofert inclòs el superior cost de les obres amb un altre contractista.

Els interessos de demora se calcularan a raó de dos punts percentuals per damunt de l'interès legal, [...]

La part incomplidora es farà càrrec de les despeses ocasionades per les reclamacions judicials i extrajudicials.

e) El 8 de abril de 2009, el gerente de «Puerto Ciudadella UTE» solicita a Ports de les Illes Balears la ampliació del plazo de ejecución de la obra por un período de 8 meses alegando diversas circunstancias objetivas que dificultan, si no imposibilitan, la buena marcha de la ejecución: prospecciones arqueológicas, dragado ineficaz, interrupción del suministro de explosivos y afectación de los rendimientos de las extracciones de los préstamos de cantera necesarios. Sobre tal solicitud de prórroga, se pronuncian, con matices, la dirección facultativa, el 22 de abril de 2009 (informe del ingeniero don C. G. F.) que propone una prórroga de 5 meses, y el mismo día emite su informe el ingeniero director de obra, técnico de *Ports de les Illes Balears*, en su momento, que propone una prórroga de dos meses. En su virtud, el 29 de abril de 2009, el vicepresidente de *Ports de les Illes Balears* autoriza una prórroga de 5 meses.

4. El 27 de octubre de 2009, el Consejo de Administración de *Ports de les Illes Balears* aprueba el Proyecto Modificado 1 y se adjudica a la misma UTE por un importe adicional de 8.517.225,84 euros.

5. El 30 de octubre de 2009, el gerente de Puerto Ciudadella UTE registra de entrada en *Ports de les Illes Balears* un escrito de reclamación del siguiente tenor:

En abril de 2008 se entregó al Director de la Obra del asunto de referencia en aquel momento, J. C. P., la reclamación económica por paralización de los medios asignados en la obra por problemas en la cimentación del proyecto, ajenos totalmente al Contratista.

A día de hoy no hemos recibido contestación escrita por su parte, por lo que solicito sea atendida lo antes posible dicha reclamación que adjunto de nuevo a esta por escrito junto con los costes generados por las tasas portuarias abonadas [...] debido al citado problema en la cimentación.

Junto con este escrito se acompaña una cuantificación económica que se integra de los siguientes conceptos:

- a) Dragados: 119.299,08 euros.
- b) Paralizaciones —del 21 de enero al 24 de marzo de 2008— de equipo en obra (gánguiles, remolcador y flota de transporte y carga): 643.299,08 euros.
- c) Tasas puerto de Barcelona durante el acopio de cajones producido por cambio de banqueta del dique exterior (7 meses): 152.588,22 euros.

6. La directora gerente de *Ports*, el 10 de noviembre de 2009, solicita información a don J. C. P., el cual emite un informe fechado en «mayo de 2011» con los siguientes datos de interés:

[...] se afectó al rendimiento de ciertos medios que la UTE tenía a disposición de la obra pues no puede negarse que durante el reestudio de las banquetas de cimentación de los diques hubo maquinaria que no pudo trabajar.

[...]

Importe final indemnizable

Con todo lo anterior y de acuerdo a la documentación anexa, el importe que a juicio del técnico que informa resulta de la indemnización por daños y perjuicios es de 287.080,98 euros.

7. A instancia del Servicio Jurídico de *Ports*, que propone la tramitación de la reclamación, el 18 de mayo de 2011, el Consejo de Administración se da por enterado del asunto y continúa la tramitación.

8. El 11 de noviembre de 2011, el ingeniero don J. S. M. y el abogado R. R. R., emiten, desde Las Palmas de Gran Canaria, un informe que concluye no haber lugar a la indemnización por tratarse de costes que la contratista ha de soportar necesariamente en la ejecución. En dicho informe, partiendo de la base de que nos encontramos ante un contrato civil y no administrativo, se argumenta:

Así nos adentramos en el ámbito de la responsabilidad contractual del contratista en el marco de ejecución del contrato, por lo que para que pueda apreciarse su responsabilidad por culpa (art. 1101 CC) es preciso que concurran simultáneamente los siguientes elementos:

- 1. La previa existencia de una relación contractual.
- 2. Una acción u omisión culposa del demandado en el cumplimiento de la obligación contractual.
- 3. Un daño.

4. La relación de causalidad [...].

[...] el derecho del contratista a ser indemnizado en los supuestos de suspensiones y paralizaciones de las obras se liga a acuerdos adoptados por el órgano de contratación por causa imputable a éste, que como decimos no acontecen pues no se acredita ningún incumplimiento culposo del órgano contratante de sus obligaciones contractuales, ni siquiera cabe reputar errores, omisiones o lagunas del proyecto sobre la cimentación, habida cuenta que el proyecto contempló la existencia de una extensa pradera de fanerógamas marinas en los fondos sobre los que se proyectó el dique [...]

9. Después de abrir el trámite de audiencia y de admitir una ampliación de plazo para alegaciones, la UTE Puerto de Ciutadella, el 22 de diciembre de 2011, presenta un extenso escrito de alegaciones en el que se reafirma en su reclamación. De dicho escrito puede recordarse:

Que el análisis de la reclamación debe realizarse desde la premisa de que nos encontramos ante un contrato al que le es de aplicación la legislación de contratos administrativos y debe tener la consideración de contrato de adhesión.

[...]

Que los defectos o imprevisiones del proyecto se equiparan a incumplimientos de la Administración y tiene como consecuencia el resarcimiento de los daños y perjuicios que ello ocasione al contratista, en este caso, derivados de la paralización de medios asignados al contrato.

10. La Jefa del Área Jurídica solicita, a la vista de los informes emitidos en el curso del procedimiento, un nuevo informe al Área de Obras y Proyectos «por si [...] se confirma la cantidad reconocida en mayo de 2011». El siguiente 12 de enero de 2012, don J. C. P. reitera su informe al señalar «me ratifico en las conclusiones de mi anterior informe, donde, desde criterios técnicos, se propone atender parte de la reclamación económica que el contratista presentó».

11. La propuesta de resolución, de 15 de febrero de 2013, concluye que el Consejo de Administración de *Ports de les Illes Balears* debe desestimar íntegramente la reclamación efectuada por la UTE contratista por un total de 915.072,44 euros. Debe señalarse que su fundamentación, en síntesis, se acomoda a los Pliegos y al contrato suscrito sin mención alguna de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera

Se ha formulado la consulta, por el presidente del ente público *Ports de les Illes Balears*, con carácter preceptivo alegando los preceptos dimanantes del artículo 18.12.a de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears, y el artículo 213.3.a del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público.

Prima facie podria admitirse la consulta al recordar aquí que el artículo 18.12 de la mencionada Ley 5/2010 establece el carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en el supuesto de reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios formuladas ante las Administraciones Públicas de las Illes Balears, siempre que la cantidad reclamada supere los 30.000 euros. En el presente caso, como se deduce fácilmente de los antecedentes descritos, la reclamación de la contratista —Puerto Ciudadella UTE— supera ampliamente este mínimo legal. En justa correspondencia, el presidente de *Ports de les Illes Balears* podria considerarse legitimado, repetimos en una primera aproximación, para solicitar el dictamen, de acuerdo con el artículo 21.c de la Ley 5/2010.

Contrariamente a lo argumentado hasta ahora, como se explica a continuación, después de examinar con detenimiento la presente consulta, el Consejo Consultivo llega a la conclusión opuesta, es decir, que no estamos ante ninguno de los supuestos prevenidos en el artículo 18 de la Ley 5/2010, en cuanto enumera los casos de consulta o dictamen preceptivo de este órgano consultivo, requisito imprescindible —de conformidad con el artículo 21.c del mismo texto legal— para que esté legitimado el presidente de *Ports de les Illes Balears* para solicitar el dictamen. En este estado de cosas, el Consejo Consultivo no puede sino remitirse al reciente Dictamen 64/2013, con motivo de una consulta muy similar, sobre otra reclamación de la UTE Puerto de Ciudadella en relación con el incremento de coste por la problemática surgida en la extracción de materiales de la cantera (reclamación tramitada, en la práctica, simultáneamente con el presente expediente). En dicho Dictamen 64/2013 establecemos la siguiente doctrina:

Segunda

La tesi sostinguda pel president de Ports de les Illes Balears seria sens dubte correcta si, realment, ens trobàssim davant una reclamació de responsabilitat patrimonial pels danys i perjudicis provocats per Ports de les Illes Balears. Però, a parer d'aquest Consell Consultiu, aquest no és realment el supòsit que s'ha sotmès a dictamen. En efecte, en aquest cas no es planteja una reclamació de responsabilitat patrimonial de l'Administració pública, perquè la reclamació no té caràcter extracontractual, és a dir, no està vinculada al funcionament dels serveis públics (arts. 139 i ss. de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú), sinó que deriva directament de la *relació contractual* existent entre Ports de les Illes Balears i la UTE Puerto Ciudadella, que és l'adjudicatària del contracte per a l'execució del projecte d'ampliació del Port de Ciudadella. Cal recordar aquí que la contractista reclama de l'ens públic una quantitat en concepte d'indemnització pels danys i perjudicis derivats del sobrecost derivat de la problemàtica sorgida en l'extracció de materials de pedrera necessaris per a les obres i que la mateixa proposta de resolució està redactada en termes totalment aliens a la doctrina de la responsabilitat patrimonial de les administracions públiques, obviant qualsevol referència a aquesta matèria i als requisits que s'han de complir per tal de poder admetre-la —dany o perjudici efectiu, relació de causalitat adequada, antijuridicitat, individualització dels dany i absència de força major—; de manera que els seus arguments tenen a veure únicament i exclusiva amb la normativa de contractes públics.

Tal com ha explicat el Consell Consultiu en el dictamen 68/2012, «No és sobrer, encara que sigui prou sabut, recordar aquí que hi ha dos tipus diferenciats de responsabilitat

patrimonial de les administracions públiques: l'una, de caràcter extracontractual — consistent en l'obligació de rescabament dels danys i perjudicis avaluables econòmicament derivats de les accions o les omissions que siguin imputables a l'Administració— i l'altra, de caràcter contractual —derivada de les relacions contractuales de l'Administració amb tercers.»

Per tot el que s'ha dit abans i de conformitat amb el que s'ha exposat, en el present cas no resulta aplicable a la responsabilitat *contractual* de l'entitat Ports de les Illes Balears la regulació continguda en la LRJPAC (article 139 i seg.) i en el Reial decret 429/1993, de 26 de març, i, per tant, no resulta preceptiu el dictamen del Consell Consultiu. Per contra, s'haurà de donar resposta a la demanda econòmica de l'adjudicatària atenent a les regles específiques fixades en els plecs pels quals es regeix el contracte i, en tot cas, la regulació genèrica prevista en la normativa en matèria de contractació pública; és a dir, el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, i la Llei 48/1998, de 30 de desembre, sobre els procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions, per la que s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives 93/38/CEE y 92/13/CEE (com indica expressament la clàusula 1.3 del Plec).

Tercera

D'altra banda, la sol·licitud d'aquest dictamen no es pot subsumir tampoc en cap dels supòsits de contractació en què és preceptiva la intervenció del Consell Consultiu, establerts específicament en l'article 18.12.c de la seva Llei reguladora («Interpretació, modificació, resolució i anul·lació de concessions i contractes en els termes i les condicions establerts a la llei»), perquè el *vertder* objecte de la consulta no entra dins cap dels supòsits legals anteriors, tot i la citació de l'article 211.3 a del Reial decret legislatiu que aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic, que es conté en l'escrit de sol·licitud del dictamen. En efecte, és evident i no mereix especial argumentació, que aquí no ens trobam davant un cas de modificació, resolució o anul·lació de contracte, ni tampoc davant un cas d'interpretació contractual, sinó que es tracta d'una reclamació per obtenir el rescabament del sobrecost produït per causes sobrevingudes i possiblement imprevisibles durant l'execució del contracte.

Per tant, de conformitat amb la regulació prevista en la Llei 5/2010, de 16 de juny, aquest Consell Consultiu no està facultat *ratione materiae* per emetre dictamen en relació amb la sol·licitud plantejada.

En resumen, el Consejo Consultivo entiende que la competencia para emitir dictámenes en materia de «reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios» se refiere a la doctrinalmente conocida como materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que supone una de las garantías constitucionales de cualquier ciudadano o «particular» (en términos de la legislación) ante las amplias potestades y facultades de los poderes públicos.

En el artículo 106 de la Constitución, desarrollado por el artículo 139 y siguientes de la LRJPAC y el RD 429/1993, de 26 de marzo, se halla el grupo normativo básico en el que se regula la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

Esta responsabilidad patrimonial que, en Derecho privado, se llama aquiliana o extracontractual, se rige tanto en el fondo como en el procedimiento por reglas específicas,

distintas, en definitiva, de la responsabilidad contractual, aunque puedan a veces denominarse con un término jurídico común o ampliamente reconocido como el de «daños y perjuicios». Los «daños y perjuicios» a los que alude el artículo 113.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente al tiempo de la formalización contractual y aludido en los Pliegos, constituyen un derecho del contratista en virtud de la ejecución del contrato y sus vicisitudes frente a la Administración o ente público contratante o adjudicador.

En el régimen de responsabilidad patrimonial, la intervención del Consejo Consultivo se instituye como una garantía de cualquier ciudadano que puede verse inmerso en una acción de reclamación de responsabilidad ante las múltiples formas de actuar de los poderes públicos, incluso a través de concesionarios o contratistas. En cambio en el régimen de responsabilidad contractual, por tratarse en definitiva de acciones ligadas a la ejecución contractual, quienes se ven inmersos en la controversia son, en puridad, contratistas que han sido adjudicatarios de un contrato público —en la más amplia acepción de la palabra—.

Por último, en cuanto a la limitación de la competencia del Consejo Consultivo, para dictaminar preceptivamente los procedimientos de responsabilidad patrimonial a partir de la cuantía determinada, un argumento sistemático puede ofrecerse al señalar que en el apartado 12.c del artículo 18 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, se establecen los procedimientos en los que intervendrá este órgano consultivo en el ámbito de contratación pública.

III. CONCLUSIONES

1a. El presidente de *Ports de les Illes Balears* no está legitimado para solicitar el dictamen y la consulta formulada es inadmisibile.

2a. Corresponde a *Ports de les Illes Balears*, como órgano de contratación, resolver motivadamente la reclamación económica interpuesta por la empresa contratista, de conformidad con los pliegos y la normativa de contratación que rigen el contrato de obra del Proyecto de Ampliación del Puerto de Ciutadella de Menorca.

Palma, 10 de julio de 2013