

<p>Expediente: 35/2012 Objeto: Reclamación de daños y perjuicios Dictamen: 46/2012, de 27 de diciembre</p>

DICTAMEN

En Pamplona, a 27 de diciembre de 2012,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente, don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don Julio Muerza Esparza, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Julio Muerza Esparza,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Consulta

El día 26 de octubre de 2012 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con el artículo 19.1, en relación con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora, LFCN), modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre el expediente de responsabilidad patrimonial solicitado por la Orden Foral 527/2012, de 17 de octubre, del Consejero de Políticas Sociales.

Se acompaña el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la indicada reclamación de responsabilidad patrimonial, incluyendo propuesta de resolución y la Orden Foral 527/2012, de 17 de octubre, del Consejero de Políticas Sociales, ordenando solicitar dictamen preceptivo de este Consejo.

El día 23 de noviembre de 2012 tuvo entrada en este Consejo de Navarra escrito de la Presidenta del Gobierno de Navarra, acompañando documentación complementaria que había sido solicitada con anterioridad por este Consejo.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Primero.- Reclamación de responsabilidad patrimonial

Mediante escrito de fecha 5 de enero de 2012, don..., en representación de la empresa UTE "...", formuló al Consejero de Políticas Sociales reclamación de indemnización de un millón trescientos setenta y siete mil doscientos ochenta y seis con treinta y ocho (1.377.286,38) euros – IVA excluido-, motivada por los supuestos gastos extraordinarios producidos por la interrupción y retraso de la fase de montaje de la plataforma escamoteable, graderíos retráctiles y asientos del Pabellón Reyno de Navarra Arena. En dicho escrito, acompañado de los documentos correspondientes, se expresan sustancialmente las alegaciones que a continuación se relatan.

- La reclamante resultó adjudicataria del contrato para el diseño, fabricación y montaje de la plataforma escamoteable, graderíos retráctiles y asientos del Pabellón Multiusos "Reyno de Navarra Arena", suscrito el 16 de diciembre de 2009.
- La interrupción de los trabajos de la que se derivan los gastos reclamados se produjo el día 26 de agosto de 2010 y duró hasta el día 20 de junio de 2011. Tales gastos extraordinarios, que aparecen listados y detallados, señala la reclamante, "no se hubiesen producido, si en el cumplimiento de las obligaciones y de los plazos del contrato entre el Gobierno de Navarra y la UTE..., la obra hubiese reunido las condiciones necesarias para el montaje de la plataforma escamoteable, graderíos retráctiles y asientos del Pabellón Reyno de Navarra Arena. El cumplimiento de esos plazos de ejecución, requerido por la propiedad, tuvo como consecuencia que en el momento de la interrupción de los trabajos de montaje en

obra, la mayor parte de los elementos a suministrar y montar, estuviesen ya producidos y a punto de ser entregados en obra, o en fase de producción avanzada”.

- “Durante los meses de interrupción de los trabajos y en coordinación con la propiedad, el Instituto Navarro del Deporte y la Actividad Física (INDAF), la asistencia a la propiedad (...) y la dirección de obra (...), nos hemos esforzado en minimizar estos gastos”.
- ”La incursión en gasto sólo se produjo cuando fue imprescindible y la decisión para incurrir en el mismo, se consensuó en todo momento con el INDAF, ... y ... Estas decisiones se tomaron a razón de la información de que íbamos disponiendo en cuanto a la evolución de la obra y por tanto el retraso afectaba a nuestros trabajos”.
- Concluye esta parte del escrito de reclamación, antes de pasar a describir la relación de gastos extraordinarios producidos (de obra; logísticos; de personal; recursos necesarios y gastos financieros) indicando, entre otras cosas, que: “El 19 de agosto de 2010 se nos informó de que la retirada de apeos en el foso (necesaria para dar continuidad a nuestros trabajos) se retrasaría del 31 de agosto de 2010 hasta el 17 de septiembre de 2010, informándonos que la previsión de reinicio de los trabajos sería en octubre de 2010. La UTE... se ve obligada a la interrupción de los trabajos de montaje en obra por causas ajenas a su voluntad el 26 de agosto de 2010 comunicándolo por registro al Instituto Navarro del Deporte el día 30 de agosto de 2010. El reinicio previsto para octubre de 2010 se fue retrasando...La continua falta de información veraz sobre la evolución de los trabajos en obra, ha provocado el tener que modificar continuamente y de forma drástica la planificación de todas y cada una de las fases de los elementos objeto del contrato, teniendo como consecuencia no poder realizar el suministro y el montaje de los elementos objeto del contrato, ni en plazo, ni dentro

de los límites del presupuesto o precio del contrato. De la misma forma, ha provocado que los miembros de la UTE tuviesen que dedicarle más tiempo al proyecto del que hubiese sido necesario. Una dedicación no prevista en ningún caso, que ha tenido como consecuencia que no pudiesen atenderse otros proyectos y, por tanto, la pérdida de oportunidades de negocio”.

- Termina el escrito indicando que los gastos extraordinarios producidos alcanzan la suma total de 1.377.286,38 euros (sin IVA), que es la cuantía reclamada.

Segundo.- Iniciación del procedimiento

Mediante Resolución 193/2012, de 1 de marzo, del Director Gerente del Instituto Navarro del Deporte y Actividad Física, se admitió a trámite la reclamación, incoándose el correspondiente expediente administrativo de responsabilidad patrimonial, nombrándose instructor del procedimiento, informando a los interesados que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución es de seis meses a contar desde la iniciación del procedimiento, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación y notificando dicha resolución a todos los interesados en el expediente.

Tercero.- Instrucción del procedimiento e informes

Iniciada la instrucción, con fecha 12 de abril de 2012, se solicitó de la empresa “...” informe sobre la valoración de los supuestos gastos extraordinarios sufridos por la UTE reclamante como consecuencia de la interrupción y retraso de la fase de montaje de la plataforma escamoteable, graderíos retráctiles y asientos del Pabellón Reyno de Navarra Arena.

“...”, con fecha 8 de mayo de 2012, remitió el informe solicitado por el Instructor. En él comunica que “la cantidad total reclamada por la UTE asciende a 1.364.012,87 euros” y que “la cantidad total que encontramos justificada asciende a 303.786,88 euros. Aproximadamente un 22% del total reclamado”.

Con fecha 15 de mayo de 2012, el Instructor solicitó a la empresa reclamante la aclaración de “algunos documentos aportados y la incorporación de otros justificantes” de acuerdo con la relación que a continuación indicaba.

Con fecha 25 de mayo de 2012 la empresa reclamante procedió a dar cumplimiento a la solicitud formulada por el Instructor, realizando las precisiones que tuvo por conveniente.

Con fecha 30 de mayo de 2012 el Instructor solicitó del Servicio de Infraestructuras Deportivas y Seguridad en Instalaciones del Instituto Navarro del Deporte informe sobre la valoración de los supuestos gastos extraordinarios sufridos por la UTE reclamante.

Mediante Resolución 429/2012, de 15 de junio, del Director Gerente del Instituto Navarro del Deporte y Actividad Física, se amplió en tres meses el plazo máximo de seis meses para resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don..., en representación de la empresa UTE “...”.

Con fecha 26 de junio de 2012 “...” presentó un nuevo informe complementario cuyo objeto era contestar a la respuesta aclaratoria de la empresa reclamante presentada el 25 de mayo de 2012.

Con fecha 27 de junio de 2012 el Servicio de Infraestructuras Deportivas y Seguridad en Instalaciones emitió el informe solicitado por el Instructor en el que propone 356.115,51 euros como importe justificado por los supuestos gastos extraordinarios producidos a la UTE reclamante.

Mediante escrito de fecha 3 de julio de 2012 el instructor dio por concluida la instrucción del expediente.

Cuarto.- Trámite de audiencia y alegaciones de los interesados

Conferido trámite de audiencia a los interesados, conforme a lo previsto en el artículo 82.1 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN),

se concedió un plazo de 10 días hábiles para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Con fecha 19 de julio de 2012 la mercantil “...” presentó escrito de alegaciones en el que concluía que “ninguna de las reclamaciones que se hacen de adverso está justificada por el retraso en el comienzo del montaje de las gradas, o por lo menos, no se aporta por la reclamante la necesaria justificación, por lo que no pueden tales reclamaciones ser atendidas”.

La UTE reclamante, con fecha 23 de julio de 2012, presentó también escrito de alegaciones en el que discrepaba de las conclusiones derivadas de los informes presentados por... e INDAF realizando las puntualizaciones correspondientes a cada una de las partidas valoradas por los anteriores.

Quinto.- Propuesta de resolución

El Instructor del procedimiento, con fecha 2 de octubre de 2012 emite propuesta de resolución en la que estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don..., en representación de la empresa UTE “...”.

Tras reseñar en los “antecedentes de hecho”, la tramitación seguida en el expediente y los informes emitidos, en las “consideraciones jurídicas” se indica cuál es el órgano competente para resolver la reclamación, qué sujeto tiene legitimación activa, el plazo para solicitarla y el régimen legal sobre responsabilidad patrimonial. A continuación, teniendo en cuenta los informes incorporados al expediente, admite la existencia de un daño antijurídico que el reclamante no tiene el deber de soportar y que deriva del retraso en la ejecución de los trabajos de la fase I. “Este retraso –indica la propuesta de resolución- provocó, en primer lugar, la demora en la ejecución del contrato adjudicado a la UTE... Y, a su vez, esta demora obligó a la reclamante a interrumpir sus trabajos al verse imposibilitada a continuarlos hasta que no finalicen”. Ahora bien, la valoración de los daños alegados por la reclamante “-1.364.274,87 euros (IVA no incluido)-“ los cuantifica, teniendo en cuenta aquellos informes y razonándolo convenientemente, en 271.468,17 euros (incluyendo el IVA en los conceptos en los que corresponde).

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Objeto del dictamen

La presente consulta versa sobre la reclamación de daños y perjuicios formulada por don..., en representación de la empresa UTE "...", motivada por los supuestos gastos extraordinarios producidos por la interrupción y retraso de la fase de montaje de la plataforma escamoteable, graderíos retráctiles y asientos del Pabellón Reyno de Navarra Arena.

Se trata, por tanto, de la solicitud de dictamen al Consejo de Navarra por parte del Consejero de Políticas Sociales en relación con un expediente sobre responsabilidad patrimonial, que tiene su origen en un contrato suscrito entre la UTE reclamante y el Gobierno de Navarra. Por ello, la primera precisión que debe realizarse es la relativa a la naturaleza de esa relación obligacional y sus consecuencias en orden a la responsabilidad.

Consta en el expediente que mediante Resolución 639/2009, de 20 de noviembre, del Director Gerente del Instituto Navarro del Deporte, se aprobó la adjudicación del contrato para el diseño, fabricación y montaje de la plataforma escamoteable, graderíos retráctiles y asientos del Pabellón Multiusos "Reyno de Navarra Arena" a la empresa "...".

Un mes más tarde, el 16 de diciembre de 2009, se suscribió el correspondiente contrato, de naturaleza administrativa (cláusula novena), cuya cláusula segunda precisa que la empresa adjudicataria "se compromete a ejecutar las obras adjudicadas con estricta sujeción al Documento Descriptivo y addendas, Proyecto de obras y a la propuesta presentada con fecha 9 de noviembre, dejando constancia mediante su firma en este acto la aceptación plena de cada uno de ellos".

Al respecto, conviene indicar que en ese "Documento Descriptivo del Contrato" se afirma, entre otras cosas, lo siguiente:

1º) Que se trata de un contrato de obras, incluido en el CPV 45230000 ("Construcción de equipamientos de estadios, piscinas, gimnasios, pistas de tenis, campos de golf y otras instalaciones deportivas, excluidos sus

edificios”) del anexo I de la Ley Foral 8/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP).

2º) Que el objeto de dicho contrato tiene naturaleza administrativa y se regirá, además de por el presente Documento Descriptivo, por lo dispuesto en la LFCP y en sus disposiciones reglamentarias. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

3º) En relación con el plazo de ejecución del contrato, precisa que “el adjudicatario deberá coordinarse con el contratista encargado de realizar la obra civil inicial en los trabajos que interfieran. Por otra parte, el adjudicatario deberá coordinarse con el contratista encargado de realizar el resto de la obra civil en los momentos en que existan interferencias”.

4º) En el apartado 19 (“riesgo y ventura”), indica que “el adjudicatario no podrá solicitar indemnización alguna por no disponer de autorización del órgano de contratación para iniciar la fase de montaje en obra (fase 4) en la fecha prevista de su planificación”.

5º) Que serán causa de resolución del contrato las indicadas en los artículos 124.1 y 139 de la LFCP.

La propuesta de resolución, como hemos visto anteriormente, parte de que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración y admite la existencia de un daño antijurídico que el reclamante no tiene el deber de soportar, si bien no está de acuerdo con la cuantía reclamada.

Por otra parte, el artículo 101.2 de la LFCP establece que: “La solicitud de resarcimiento de los daños imputables a la Administración se tramitará de conformidad con la legislación aplicable en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”.

Ahora bien, este precepto lo que contempla es la posibilidad de que a través de este procedimiento pueda un tercero reclamar la responsabilidad directa de la Administración, con la repetición del pago al contratista, o la

exigencia de forma conjunta a la Administración y al contratista (responsabilidad extracontractual).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, y de lo expuesto anteriormente se deduce que la responsabilidad en que incurran, en su caso, las partes contratantes en relación al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato suscrito el 16 de diciembre de 2009 debe resolverse de acuerdo con las normas que regulan el mismo. La propia reclamante en su escrito inicial sostiene que la interrupción de los trabajos de la que se derivan los gastos reclamados “no se hubiesen producido, si en el cumplimiento de las obligaciones y de los plazos del contrato entre el Gobierno de Navarra y la UTE..., la obra hubiese reunido las condiciones necesarias para el montaje de la plataforma escamoteable, graderíos retráctiles y asientos del Pabellón Reyno de Navarra Arena. El cumplimiento de esos plazos de ejecución, requerido por la propiedad, tuvo como consecuencia que en el momento de la interrupción de los trabajos de montaje en obra, la mayor parte de los elementos a suministrar y montar, estuviesen ya producidos y a punto de ser entregados en obra, o en fase de producción avanzada”.

En definitiva, nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento de una obligación que derivaría, en su caso, en una responsabilidad de naturaleza contractual y no extracontractual. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que: “la responsabilidad extracontractual supone la existencia de una determinada actividad administrativa que, incidentalmente, y al margen de cualquier relación jurídica previamente constituida, provoca unos daños a determinada persona que ésta no tiene el deber jurídico de soportar, mientras que, la responsabilidad contractual es la que deriva del incumplimiento –por una de las partes contratantes– de un deber estipulado en el contrato” (entre otras, sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1999; 7 de diciembre de 1999; 25 de septiembre de 2000). En nuestro caso, ese deber incumplido se concretaba, a juicio de la reclamante, en que la obra no reunía las condiciones necesarias para el montaje de los elementos del contrato, por lo que no se podía realizar ni en el plazo, ni dentro de los

límites del presupuesto o precio del contrato, lo que le produjo unos gastos que constituyen el objeto de su reclamación.

II.2ª. Sobre el carácter no preceptivo del dictamen

Partiendo de la precedente conclusión, es decir, que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual, debemos a continuación determinar si se trata de un asunto en que deba ser consultado preceptivamente este Consejo y en el que, por tanto, éste tenga que pronunciarse.

El artículo 16.1, letra i), primer guión, de la LFCN establece que el Consejo de Navarra deberá ser consultado preceptivamente en los siguientes asuntos: *Expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un organismo consultivo, que se refieran, entre otras, a las siguientes materias: Reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 120.202,42 euros*". Así pues, este precepto, en conexión con el artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contempla los supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración, por lo que no resulta de aplicación al asunto examinado, que, como se ha indicado, versa sobre una reclamación de responsabilidad contractual y no extracontractual.

Tampoco la cuestión considerada puede encuadrarse en otros supuestos de consulta preceptiva a este Consejo, ya que no encaja en los demás asuntos previstos en el citado artículo 16.1.i) de la LFCN ni en la cláusula de cierre de la letra j) del mismo artículo. No se advierte precepto alguno que demande semejante trámite consultivo, pues ni la LRJ-PAC ni la LFCP señalan nada a este respecto; su silencio no permite una interpretación que concluya la necesaria intervención del Consejo de Navarra en este ámbito.

De todo ello resulta que en el presente asunto no se está ante un supuesto de dictamen preceptivo de este Consejo, por lo que no procede pronunciarse al respecto.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que no procede pronunciarse sobre la reclamación formulada por la empresa UTE "...".

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.