

INDEMNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE DEL RETRASO EN LA EJECUCIÓN DE UNA OBRA PÚBLICA

(Comentario a la STS de 13 de julio de 2015)¹

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

El Tribunal Supremo efectúa una interpretación sobre las incidencias que suelen producirse en la ejecución de los contratos de obras. De esta manera proclama que la existencia de un Modificado de las Obras que supone un incremento del precio no le exonera *per se* del deber de indemnizar a la contratista cuando por causas ajenas a la misma y exclusivamente imputables a la Administración las obras se retrasan y dilatan en el tiempo de una manera sustancial, debiendo resarcirse a la empresa de los daños que se derivan de tal retraso, perjuicios que han de ser probados y evaluados. Por otra parte, carece de relevancia el hecho de que por parte de la Administración no se haya declarado de manera formal la suspensión de las obras, pues basta que la misma se haya producido con lesión para los intereses de la empresa constructora.

Palabras claves: contrato administrativo de obras, ejecución del contrato, suspensión del contrato, retrasos en la ejecución e indemnización de daños y perjuicios.

Fecha de entrada: 09-11-2015 / *Fecha de aceptación:* 26-11-2015

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (Selección de jurisprudencia de Derecho administrativo del 1 al 15 de noviembre de 2015).

Vamos a centrar nuestra atención en el presente comentario en una interesante sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que viene a delimitar de una manera terminante cuándo es la Administración responsable del retraso en la ejecución de una obra pública, imputación que ha de llevar aparejada, en caso de acreditarse, una indemnización de daños y perjuicios a la contratista.

Nos situamos en el año 2010, cuando una empresa adjudicataria de un contrato que tenía por objeto unas obras a realizar en un tramo de construcción de una línea férrea de alta velocidad presenta ante el Ministerio de Fomento una reclamación de daños y perjuicios por importe de algo más de 7 millones de euros, por las vicisitudes por las que ha pasado la ejecución de la obra, concretamente por la suspensión de la misma, circunstancia que imputa a la Administración. Como suele ser tradicional en estas ocasiones, la Administración da la llamada por respuesta, y entonces ante la desestimación presunta de su reclamación decide interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

Dicho recurso se fundamenta, en síntesis, en entender aplicable al supuesto de autos del artículo 102.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos Administrativos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), precepto en virtud del cual el contratista de una obra tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la suspensión de la misma por causas que no le sean imputables, aunque la Administración no haya declarado expresamente la suspensión, siendo excepción al principio de riesgo y ventura la mayor dificultad en la ejecución de la obra por motivos imputables a la Administración.

En estos casos la Administración viene obligada a indemnizar al contratista cuando el retraso en la ejecución de la obra le es directamente imputable. Apunta como dato relevante a tener en cuenta que la jurisprudencia ha declarado que la existencia de un proyecto modificado no limita el derecho del contratista para reclamar daños y perjuicios originados por la suspensión.

Concluye afirmando que la situación generada por la Administración, paralizando o ralentizando las obras de forma contraria a la prevista en el proyecto contratado, ha producido un empobrecimiento a la recurrente.

La Audiencia Nacional, a fin de tratar de dar respuesta a las pretensiones de la actora expone, con carácter previo, todas las circunstancias fácticas que de manera decisiva han incidido en el devenir de las obras. Así, por lo que respecta al contrato, nos enfrentamos a uno de obra de línea férrea de alta velocidad por un importe de 29.353.971,21 euros y un plazo de ejecución de 17 meses.

Durante la ejecución de las obras y a raíz de una serie de vicisitudes surgidas en la realización de las obras se hace preciso elaborar y firmar una Acta de Comprobación de Replanteo, haciéndose constar en la misma que en la inspección realizada se aprecian hechos tales como la ejecución en un tramo de la misma de la construcción de un paso a nivel con barrera, o que en otro se están efectuando obras en una carretera que ha de salvar la plataforma ferroviaria.

También se recoge que en la construcción de un falso túnel no se ha colocado el relleno correspondiente. No obstante las circunstancias descritas, en el acta se hace constar de manera expresa la siguiente cláusula que ha de tener una incidencia decisiva en el devenir del presente debate y es que se nos dice de manera literal que «debido a que la mayor parte de la traza se encuentra actualmente en disposición de iniciar los trabajos, se deduce la viabilidad del Proyecto sin reserva alguna por parte de Contratista, por lo que el Ingeniero Director de las Obras autoriza la iniciación de las mismas, fijándose como fecha de iniciación el 2 de mayo de 2006. No consta en el Acta objeción alguna por parte de la contratista».

Con posterioridad y durante la realización de las obras, se llegan a aprobar hasta siete prórogas, así como la suscripción entre las partes del reconocimiento de una modificación contractual que implica un incremento de aproximadamente un 13,50% sobre el importe del contrato de adjudicación.

Lo siguiente que acontece, con carácter relevante, es que se levanta Acta en la que se comprueba que las obras no están finalizadas para su puesta en servicio, precisando tanto que las efectuadas hasta el momento no incurren en defecto alguno así como los trabajos que quedan pendientes de ejecución. Tampoco la contratista opuso objeción alguna a dicha acta. En la recepción de las obras la Administración opone su no recepción, al no corresponderse las obras contratadas con las finalmente ejecutadas, acta que tampoco es objeto de objeción alguna por parte de la contratista.

En lo que respecta a la modificación de la obra, se hace constar por parte de la Administración que aunque no se aprobó su dotación presupuestaria, sí que se aprobó desde el punto de vista técnico, emitiéndose informe por la Administración del Estado en el que se señala que la liquidación final arroja un saldo de aproximadamente 10 millones de euros a favor de la contratista así como un saldo adicional de otros 10 millones de euros, que, como hemos dicho, tiene por origen la modificación contractual que aunque fue aprobada técnicamente, no contaba con fiscalización favorable.

Por último, la Administración opone que no se ha expedido la certificación final de obra, razón por lo que la liquidación no cumple los requisitos específicos que establecen la Ley y el

Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, no habiéndose podido proceder al pago de dicha liquidación.

Muestra su disconformidad la contratista ante la falta de pago de la liquidación final de la obra, señalando que por circunstancias ajenas a su voluntad, debido a una serie de incidencias producidas por las actividades coordinadas de la Administración, las obras no pudieron realizarse en el plazo previsto, 17 meses, alargándose hasta 40 meses, circunstancias tales como no poder disponer de los terrenos, el estado de construcción de obras ajenas a su voluntad que incidía en las obras a ejecutar por ella, retrasos en la expedición de permisos por parte de la Administración y otra serie de dilaciones imputables a la Administración. Apunta que no solicitó prórroga pues esta fue adoptada de oficio por la Administración. Estas circunstancias, aduce, le han generado unos costes adicionales de unos 7 millones de euros, sobre costes que liga al retraso en la ejecución de la obra.

Pues bien, se empieza a atisbar el fallo de la Audiencia Nacional cuando razona que la contratista aceptó sin reserva alguna el comienzo de las obras, que consintió, a pesar de las incidencias sobrevenidas en la ejecución del contrato, el reajuste de anualidades y aceptó el adicional líquido del modificado que representaba un incremento del 13% del importe del contrato inicial, no constando que opusiera tacha u objeción alguna a las prórrogas acordadas por la Administración ni cuestionara las actas de Comprobación de Obras de 3 de diciembre de 2008 y de Recepción de Obras de 12 de enero de 2011.

Resulta interesante el traer a colación la invocación que la Audiencia Nacional hace del principio de riesgo y ventura en materia de contratación, afirmando que el contratista asume el riesgo de obtener una ganancia mayor o menor cuando sus cálculos no se atienen a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, pues su obligación lo es de resultados, principio recogido en el artículo 98 del TRLCAP, y que se encuentra claramente reflejado en el contrato suscrito entre las partes.

Estas conformidades hacen que los costes reclamados por la dilación de las obras no puedan ser acogidos, pues la existencia de un modificado que incrementa el precio del contrato suponía una mayor extensión temporal en la ejecución de las obras. De esta manera estas incidencias eran conocidas por la contratista. Si bien se reconoce por la sala la existencia de discrepancias entre los informes técnicos de la Administración, se concluye que la paralización de maquinaria y de otros equipos de suministro de las obras han de ser asumidos por el incremento del 13% que supuso el Modificado de la Obra.

La desestimación del recurso provoca que por parte de la empresa se decida interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el cual dicta una sentencia que no puede resultar más demoledora para la Administración pues de los siete motivos invocados por la actora, seis son estimados por el Alto Tribunal. Así, en primer término, el Tribunal Supremo concluye que la Audiencia Nacional hizo un uso indebido de la jurisprudencia que se recoge en su sentencia, pues no puede partirse sin más de que la existencia de un modificado contractual suponga la renuncia

de los daños y perjuicios que la parte contratista hubiera sufrido, pues como se deriva del artículo 146.1 del TRLCAP para que la aceptación de un modificado suponga una renuncia a los derechos al resarcimiento de daños sufridos, ha de darse la circunstancia de que conste expresamente dicha renuncia o se infiera de una interpretación de los hechos razonable, siendo así, como reconoce el Tribunal Supremo, que en el presente supuesto estas circunstancias no aparecen acreditadas, pues estando prevista la obra para ser realizada en 17 meses, se ha hecho en 40, por causas no imputables al contratista, sin que el hecho de aceptar las prórrogas unilaterales impuestas por la Administración acrediten ánimo de renunciar a los daños producidos por tal retraso.

De esta manera el modificado no resulta incompatible con la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la mayor duración de la realización de la obra por las causas invocadas por la contratista.

Igualmente el Tribunal Supremo no comparte la aplicación al supuesto debatido del principio de riesgo y ventura en cuanto al riesgo de obtener una ganancia mayor o menor cuando sus cálculos no se atienen a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, por lo que si dichas circunstancias disminuyen el beneficio o producen pérdidas, deberán ser soportadas por el contratista, sin que pueda exigirse un incremento del precio o una indemnización.

Así, aunque tal principio es compartido por el Tribunal Supremo, el mismo no implica que no pueda generarse un derecho a la indemnización, como consecuencia del deficiente cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes. Así, cuando es la propia Administración la que incumple las obligaciones derivadas del contrato, no estamos ante el riesgo y ventura imputable al contratista por circunstancias ajenas a las partes, sino ante un incumplimiento contractual por parte de la Administración.

También alude la contratista, con fundamento en los artículos 146.1, 2 y 4 del TRLCAP y 54.2 de la misma, la vulneración de los mismos en cuanto aluden al carácter obligatorio de la suscripción del proyecto modificado, en relación con el principio del *ius variandi* del contrato administrativo, y es que como ya ha quedado razonado, en modo alguno la suscripción sin oposición alguna por la contratista de un modificado no resulta incompatible con la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la mayor duración de la realización de la obra por las causas invocadas por la contratista.

Tampoco afecta a la pretensión de la recurrente el hecho de que por parte de la Administración no se haya procedido a efectuar una suspensión formal de las obras, pues en todo caso el contratista tiene derecho a ser indemnizado como consecuencia de los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras en aquellos casos en los que, como sucede en el aquí analizado, la Administración contratante no procedió expresamente a declarar esa suspensión, pero sí se produjo una suspensión de las obras.

Una vez que el Tribunal Supremo determina el nacimiento de la obligación de la Administración de resarcir a la contratista los daños y perjuicios ocasionados por la dilación excesiva en

la ejecución del contrato, cuya causa sitúa exclusivamente en la órbita de la Administración, solo faltaría fijar el importe de dicho resarcimiento. Facilita mucho esta labor la aportación por parte de la contratista de un informe pericial en el que se concretan los daños producidos, no resultando el mismo desvirtuado por la existencia de discrepancias entre el informe técnico y el del director de la obra, razón por la que se acoge en toda su extensión el importe de 7 millones solicitado por la contratista y a cuyo pago se condena a la Administración demandada.