



Roj: **SAN 3680/2006** - ECLI: **ES:AN:2006:3680**

Id Cendoj: **28079230012006100594**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2006**

Nº de Recurso: **233/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE ARTURO FERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3680/2006,**
STS 5868/2008

SENTENCIA

Madrid, a tres de julio de dos mil seis.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso-administrativo número 233/03 interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Fernández Pozas Osset, en nombre y representación de NECSO, ENTRECANALES CUBIERTAS SA, contra la resolución de 19 de febrero de 2004 del Secretario de Estado de Costas por la que desestima la reclamación presentada por dicha empresa en concepto de indemnización de daños y perjuicios supuestamente causados durante la ejecución del proyecto "RECUPERACIÓN AMBIENTAL DEL LITORAL DEL CARRER DEL MAR, T.M. DE EL CAMPELLO (ALICANTE). Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido el presente recurso y previos los oportunos trámites se confirió traslado a la parte actora para que formalizase la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el 24 de noviembre de 2004, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, termina solicitando, en esencia, que se dicte sentencia anulando la resolución recurrida que desestimó su solicitud de indemnización y se condene a la Administración demandada al abono a esa parte de la cantidad de 632.413,99 actualizada mediante la aplicación del IPC desde el 9 de junio de 2002 hasta la fecha de la sentencia, más los intereses legales de la cantidad resultante desde la fecha de sentencia.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado en el que, tras formular las alegaciones que estimó procedentes, solicita el dictado de sentencia desestimando el recurso y confirmando la resolución impugnada por ser ajustada a derecho.

TERCERO.- A continuación, se fijó la cuantía del procedimiento en 632.413,99 euros. Al no solicitarlo las partes no se recibió el juicio a prueba. Sustanciado el trámite de conclusiones por escrito por ambas partes, quedaron las actuaciones concluidas, fijándose como fecha para la deliberación y votación el día 27 de junio de 2006, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido PONENTE el Ilmo. Magistrado D. José Arturo Fernández García



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad mercantil recurrente, NECSO, ENTRECANALES CUBIERTAS SA, impugna por medio del presente recurso contencioso-administrativo la resolución, de 19 de febrero de 2004, del Secretario de Estado de Costas por la que desestima la reclamación presentada por dicha empresa en concepto de daños y perjuicios supuestamente causados durante la ejecución del proyecto "RECUPERACIÓN AMBIENTAL DEL LITORAL DEL CARRER DEL MAR,T.M. DE EL CAMPELLO (ALICANTE).

Para un adecuado conocimiento y comprensión del presente recurso es necesario dejar constancia de los siguientes hechos que han quedado acreditados del contenido del expediente administrativo:

1º.- Con fecha 17 de septiembre de 2001, la empresa actora en este procedimiento y la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente formalizaron el contrato para la ejecución del proyecto "RECUPERACIÓN AMBIENTAL DEL LITORAL DEL CARRER DEL MAR,T.M. DE EL CAMPELLO (ALICANTE) por importe de 3.734.913,73 euros.

2º.- La mencionada contratista presentó escritos de fechas 4 de febrero, 30 de abril y 9 de junio de 2002, solicitando la indemnización de daños y perjuicios causados durante la ejecución del referido proyecto por los temporales acaecidos en noviembre de 2001, marzo y mayo de 2002, por importe total de 1.160.671,81 euros.

3º.- Con fecha 12 de febrero de 2003, el Jefe de Proyectos y Obras del Servicio Provincial de Costas del Ministerio de Medio Ambiente en Alicante informó que en esa zona costera donde se ejecutaba la citada obra adjudicada a la hoy recurrente se han producido diversos temporales que han afectado a esas obras. También constata el contenido de una prescripción del pliego de Condiciones Técnicas Particulares del contrato suscrito, en el que se recoge la obligación del contratista de suscribir un contrato de seguro que cubra, al menos, el riesgo de daños por oleaje durante la ejecución de las obras. Igualmente, se indica en ese informe que el seguro no se pudo suscribir porque ninguna compañía del sector del seguro ofreció cotización alguna "por los acontecimientos del 11 de septiembre" y porque la obra se iniciaba en la peor época en cuanto a riesgos de mar se refiere. Por ello, dicho Ingeniero consideraba que procedía indemnizar a NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS SA por existir fuerza mayor, con 798.520,96 euros, cantidad a la que se llega después de un pormenorizado estudio.

4º.- El 29 de abril de 2003, el Área de Contratación y Normativa del mismo Departamento, formula propuesta de resolución desestimando la mencionada reclamación de daños y perjuicios presentada por la indicada contratista, ya que ,según la cláusula 5.18 del Pliego de Prescripciones técnicas a regir en el contrato, la empresa estaba obligada a suscribir una póliza de seguro que cubra cualquier eventualidad que suceda durante la ejecución de la obra y, concretamente, el riesgo por daños causados a las obras por un oleaje superior al del cálculo durante su ejecución.

5º.- Tras darse audiencia al interesado, durante la que manifestó estar en desacuerdo con esa propuesta de resolución, la Abogacía del Estado, con fecha 30 de mayo de 2003, informó desfavorablemente a esa propuesta, al entender que en ningún caso en un pliego de Prescripciones Técnicas puede contener declaraciones o cláusulas de carácter económico que deben figurar en el pliego de Cláusulas Administrativas y en el presente caso no puede desplazarse la exigencia del cumplimiento de una obligación impuesta por Ley a la Administración(la reparación de los daños y perjuicios derivado de fuerza mayor) al contratista, al exigírsele la suscripción de un contrato de seguro que asegure la fuerza mayor como riesgo propio, con el encarecimiento de las obras ejecutadas por la Administración, pues no existe base legal ni contractual para ello. Por todo lo cual, considera que la Administración debe realizar un análisis de las circunstancias concurrentes con el fin de determinar si los hechos son o no subsumibles en el concepto jurídico de fuerza mayor.

6º. La Subdirección General de Actuaciones en la Costa, con fecha 12 de junio de 2003, mostró su conformidad con el informe del Servicio Provincial de Costas en Alicante, entendiendo que la indemnización se ah de establecer en 745.402,51 €. El 16 de junio de 2003, se elaboró nueva propuesta de resolución en la que se decía que en el presente caso estaba acreditado que se han producido temporales marítimos durante tres períodos que son constitutivos de fuerza mayor, debiéndose indemnizar a la hoy actora con la cantidad de 632.413,99 €. El Consejo de Obras Públicas, en informe de 13 de noviembre de 2003, entiende que el contratista no estaba obligado a concertar un seguro porque la cláusula era nula al estar incluida en el Pliego de Condiciones Técnicas Particulares y considera probado que los fuertes oleajes que azotaron la zona en las fechas de ejecución de las obras produjeron importantes daños en la misma; califica los daños como temporales y procede aplicar el artículo 144 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y que procede indemnizar a la contratista con la cantidad de 632.413,99 €, que se deberá de actualizar en su caso. La abogacía del Estado, en su informe de 1.12.03, indica que procedía indemnizar a la contratista en los términos de la propuesta de resolución.



7º.- El Consejo de Estado, con fecha 29 de enero de 2004, informa que procedía desestimar la reclamación efectuada por la actora. Entiende dicho órgano consultivo que en el caso de autos, a parte de la cuestión de la fuerza mayor, existe la peculiaridad de que en Pliego de Condiciones Técnicas Particulares se prevé la obligación de que el contratista concertara un seguro de daños, dado que eran previsibles las dificultades de ejecutar la obra fuera del período estival (lógico dado el uso habitual de la playa), en que la adversa climatología podía impedir, dificultar o encarecer la ejecución de la obra. Igualmente, considera este órgano consultivo que la cláusula citada no es nula por el hecho de estar incluida en ese pliego pues al cumplimiento del mismo se obligaba la contratista según el literal de la cláusula 1ª del contrato y del punto 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Además, la referida contratista intentó suscribir el citado seguro en cumplimiento de esa cláusula, pero no pudo realizarlo porque, según documento aportado por la misma en fase de ejecución de ese contrato de obra, una correduría de seguros le motivó esa imposibilidad porque se había producido una ausencia total de respuesta a la petición de cotización de seguro a todo riesgo para la construcción por parte de los seguros directo nacionales. También señala que el hecho de que la citada cláusula fuera nula, no por ello sería nulo lo convenido, pues, una vez perfeccionado el contrato, éste pasa a ser ley entre las partes. En cualquier caso, concluye el referido informe, haya o no seguro, lo importante en este caso es determinar si ha habido o no fuerza mayor que invierta el principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato, por lo que el seguro no cuenta, pues su objeto no era cubrir de la fuerza mayor al contratista, sino a los siniestros que se indica en el pliego. La determinación de la fuerza mayor depende de un análisis técnico, no jurídico, y en el presente caso es revelador que la Administración haya exigido que el contratista concertase un seguro, a la vista de la previsibilidad de que el riesgo asumido por el contratista fuera mayor al presupuestado, y su ventura negativa. El adjudicatario no impugnó el pliego, sino que licitó en esos términos, intentó contratar un seguro e incluso la correduría dijo que el riesgo era previsible y que no encontró aseguradora, como era lo habitual en operaciones de ese tipo que anteriormente había concertado con la citada contratista. En consecuencia, el referido Consejo de Estado considera que en el presente caso no concurre la fuerza mayor recogida en el artículo 144 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, porque por los datos expuestos había previsibilidad en el daño causado, lo que unido al carácter extraordinario de la fuerza mayor y de los demás elementos del mencionado precepto legal, que se remite a situaciones catastróficas, le lleva a entender que en este caso no se ha producido una situación que exima al contratista de la obligación de ejecutar el contrato a su riesgo y ventura.

8º.- Con base a ese razonamiento del Consejo de Estado, el acto recurrido rechaza la reclamación de la entidad mercantil actora en este proceso.

SEGUNDO.- La entidad mercantil recurrente, tras exponer los vericuetos seguidos por la referida adjudicación de la obra y su posterior reclamación en términos similares a los hechos recogidos en el anterior fundamento de derecho, incide en su recurso en los motivos por los que órganos técnicos y jurídicos de la propia Administración informaron en su momento a favor de acceder a la reclamación por la misma formulada, hasta el punto de que la citada demandada reclama en este procedimiento una cantidad que es coincidente con la que en su momento propusieron esos órganos de la Administración. Por ello, considera que la resolución impugnada, que establece que la fuerza mayor se caracteriza por ser imprevisible y extraordinaria y que los temporales marítimos no son imprevisibles ni extraordinarios en el sentido de constituir un supuesto de fuerza mayor, es contraria a derecho.

La citada parte añade que basta con acudir al literal del artículo 144 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAA) para concluir que un caso como el presente, de concurrencia de hasta tres temporales marítimos, es fuerza mayor, porque así se recoge expresamente en el apartado 2.b) de ese precepto legal. Además, la referida cláusula 5.18 del pliego de prescripciones técnicas particulares es nula, porque la razón de ser de la mencionada regulación legal de la fuerza mayor era evitar que los contratos administrativos se encarecieran con el precio de los contratos de seguro que los contratistas debían concertar y que cubrían los riesgos extraordinarios previstos en dicha regulación. Por otro lado, señala que esa cláusula está inserta en un pliego de prescripciones técnicas de la obra, los cuales sólo deben contener la descripción de las mismas, la regulación de su ejecución, la expresión de la forma en que se llevarán a cabo, la medición de las obras ejecutadas y el control de calidad y las obligaciones de carácter técnico que correspondan al contratista (art. 124 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), por lo que en ningún caso deben contener cláusulas de contenido económico que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas (art. 66 del Reglamento de Contratación), que es donde deben incluirse los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones que asumirán las partes en el contrato (art. 48 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). En consecuencia, siendo una cláusula que establece una obligación contractual del contratista, que no tiene carácter técnico y cuya inserción en el pliego de prescripciones técnicas está prohibida, es por lo que dicha cláusula es igualmente nula. Aparte de que al contratista le fue imposible suscribir una póliza de seguro de las características señaladas en la

cláusula 5.18 del referido pliego mencionado, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 1.184 del Código Civil, quedará liberado por cuanto que esa obligación de hacer resultare legal o físicamente imposible.

En tercer lugar, considera la mencionada parte que la cantidad por ella reclamada, que es la misma que se recogía en la propuesta de resolución (632.413,99 €), se ha de actualizar mediante la aplicación del IPC desde que se presentó la última reclamación, el 9 de junio de 2002, hasta la fecha de la sentencia, la cual devengará los intereses legales de acuerdo con el art. 106.2 de la LJ. Y ello porque en la actualización de las cuantías indemnizatorias opera el contenido del artículo 141.3 de la Ley 30/1992, tras la modificación de la Ley 4/1999.

TERCERO.- En primer lugar, contesta la defensa del Estado que la interpretación del literal del artículo 144 del TRLCAP, en lo que se refiere a determinar cuando nos encontramos en un supuesto de fuerza mayor, se ha de hacer de forma muy restrictiva, ya que junto al presupuesto del fenómeno en cuestión (en el presente caso, temporales marítimos) ha de concurrir el elemento de una alteración grave de la realidad ordinaria de la zona que determine la concurrencia de las notas de imprevisibilidad, inalterabilidad o insuperabilidad. Estas tres notas no se dieron en el caso de autos, en que los temporales, en la época del año en que se produjeron, eran previsibles.

En segundo lugar, señala la citada parte que la referida cláusula 5.18 del Pliego de Prescripciones Técnicas es totalmente válida, y que la actora, al suscribir el contrato que la contenía, asumió su contenido y el de todas las demás cláusulas, pasando a ser todas ellas la ley del contrato, de obligado cumplimiento (art. 4 TRLCAP) tanto para la Administración como para el contratista, con las únicas limitaciones de que no fueran contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. En este caso, caso, continúa dicha parte, el hecho que esa cláusula era más propia del Pliego de Cláusulas Administrativas que del de Condiciones Técnicas sería a lo más una irregularidad no invalidante; y además la misma fue asumida por el contratista, que la quiso cumplir, pero alegó que no podía suscribir el seguro pues tras el 11 de septiembre las aseguradoras no cubrían este tipo de siniestros.

CUARTO.- La indicada cláusula 5.18 del Pliego de Prescripciones Técnicas del referido contrato suscrito por las partes es del siguiente literal:

El contratista quedará obligado después de la comprobación del replanteo, y antes del comienzo de la obra, a facilitar a la Dirección de Obra, la documentación que acredite haber suscrito una póliza de seguro que cubra la responsabilidad civil de él mismo, de los técnicos y personal que estén a su cargo, de los facultativos de la Dirección y del personal encargado de la vigilancia de la obra, por daños a terceros o cualquier eventualidad que suceda durante los trabajos de ejecución de la obra.

Además del seguro de responsabilidad civil el Contratista establecerá una póliza de Seguros con una compañía legalmente establecida en España que cubrirá, al menos, los siguientes riesgos:

Sobre maquinaria y equipos.

Aquellos que estén adscritos a la obra y sobre los que hayan sido abonadas las cantidades a cuenta.

Daños por oleaje durante la ejecución de las obras.

El referido 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 (TRLCAP) establece en su artículo 144:

1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

A lo anterior se ha de añadir el dato también acreditado de que la contratista aportó escrito de 7 de febrero de 2002, remitido por una correduría de seguros (AON Gil Y Carvajal SA), en el que se informaba de la imposibilidad de contratar un seguro para la citada obra debido a los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, así como que la obra en cuestión era húmeda (recuperación de un litoral) y que existe una situación de alto riesgo que se había venido produciendo en los últimos meses en el litoral mediterráneo, que, según sus datos, había arruinado las playas de la costa. Asimismo, en esa nota de la citada correduría se indicaba que los mercados



nacionales donde habitualmente venían colocando ese tipo de riesgo para la empresa actora no respondieron a su solicitud del riesgo durante los pasados meses de noviembre y diciembre de 2001.

Igualmente, se ha de recalcar que, efectivamente y ello no se ha discutido por las partes, durante la ejecución de esas obras contratadas el 17 de septiembre de 2001 hubo tres temporales: noviembre de 2001, marzo de 2002 y mayo de 2002, a consecuencia de los cuales se produjeron daños en la misma.

SÉPTIMO.- Pues bien, a la vista de los hechos arriba constatados y de las alegaciones vertidas por las partes este Tribunal coincide plenamente con la argumentación del Consejo de Estado y de la Abogacía del Estado que defiende a la Administración demandada en que en el presente caso no concurre la fuerza mayor que evite el riesgo y ventura en la ejecución de la obra en cuestión y que legalmente le corresponde al contratista.

Con respecto al referido seguro cuya contratación se prevé en la cláusula 5.18 del Pliego de Prescripciones Técnicas, ciertamente, tal alega acertadamente el Abogado del Estado, no se puede considerar como nulo por el hecho de aparecer en esa parte de la contratación administrativa de la referida obra, pues lo cierto es que el contratista adjudicatario, desde el momento en que acepta la adjudicación y firma el contrato suscribe plenamente los pliegos de cláusulas, tanto técnicas como administrativas, que los sustentan. Pero es que, además, en el presente caso el indicado adjudicatario intentó suscribir ese seguro, pero no lo pudo hacer por otras causas. Ello demuestra que esa obligación formaba parte de lo pactado y que constituye la ley del contrato, por lo que ese defecto en la ubicación del seguro sería, a lo más, un error invalidante que no puede acarrear la nulidad de la cláusula.

Como correctamente apunta el Consejo de Estado, esa previsión de la contratación de dicho seguro por daños por oleaje en la época en que la obra se iba a ejecutar (en época eminentemente invernal) supone la previsibilidad de estos perjuicios en una obra que se ejecuta, además, junto el propio mar. Por lo tanto, contrariamente a lo que dice la recurrente, en el presente caso no se está desplazando la fuerza mayor de la Administración contratante al contratista, pues ese seguro, cuya contratación el mismo aceptó al suscribir el contrato, cubría riesgos por el oleaje totalmente previsibles. De aquí que la cuestión en que se ha de centrar ahora el litigio consiste en determinar si, efectivamente, esos tres temporales que causaron los daños en la obra cuya indemnización exige la recurrente constituyen fuerza mayor en los términos arriba recogidos por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

También se ha de coincidir con la defensa del Estado en que el concepto de fuerza mayor recogido en el artículo 144.1.b de la TRLCAP requiere, en relación a los temporales marítimos (que junto con otros fenómenos naturales se enumeran en ese precepto), que los mismos tengan unos efectos catastróficos, es decir, que sean de una envergadura y producción no previsibles y sin lo son que sean inevitables, pues no hay que olvidar que su literal habla textualmente de los fenómenos naturales de efectos catastróficos como temporales marítimos, es decir no se refiere a cualquier temporal del mar sino que éste es un presupuesto previo que ha de ir acompañado de esos elementos de "consecuencias imprevisibles" o "inevitables". Pues bien, la acreditación de esos datos que llevarían a considerar que nos encontramos con un temporal catastrófico cuyos daños causados en la obra adjudicada relevaría al contratista de su inicial obligación de ejecutarla a su riesgo y ventura por cuanto constituye un caso de fuerza mayor, corresponde legalmente a quien invoca ese precepto legal para reclamar a la Administración la reparación de esos daños mediante una indemnización, en este caso la parte actora. Sin embargo, la misma no aporta un solo dato en tal sentido, no debiéndose olvidar lo ya referido de las concretas circunstancias en que se ejecutó la indicada obra pública (tiempo y lugar) y de que existía el dato revelador de la necesidad de contratar un seguro para daños por oleajes normales en esas época y lugar, lo cual suponía, por lo demás, encarecer el precio de la obra, y si no se suscribió, un ahorro para el contratista. En cualquier caso, la no acreditación en legal forma de que esos temporales eran catastróficos en los términos expuestos y por ello constituían fuerza mayor nos ha de llevar a confirmar la resolución recurrida por ajustarse a derecho, plenamente.

OCTAVO.- Por todo lo arriba razonado, se ha de desestimar el recurso presentado, sin que se aprecie temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes a los efectos previstos en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción en materia de costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

DESESTIMANDO el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de por el Procurador de los Tribunales don Luis Fernández Pozas Osset, en nombre y representación de NECSO, ENTRECANALES CUBIERTAS SA, contra la resolución, de 19 de febrero de 2004 ,del Secretario de Estado de Costas por la que desestima la reclamación presentada por dicha empresa en concepto



de indemnización de daños y perjuicios supuestamente causados durante la ejecución del proyecto "RECUPERACIÓN AMBIENTAL DEL LITORAL DEL CARRER DEL MAR, T.M. DE EL CAMPELLO (ALICANTE), DEBEMOS DECLARAR y DECLARAMOS ajustada a derecho dicha resolución; sin hacer expresa imposición de las costas de este proceso.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se llevara testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

EL SECRETARIO

D^a María Elena Cornejo Pérez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ