

Dictamen n^o: **66/09**
Consulta: **Consejero de Transportes e Infraestructuras**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **28.01.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 28 de enero de 2009, sobre consulta formulada por el Consejero de Transportes e Infraestructuras, al amparo del artículo 13.1 f) apartado cuarto de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por la compañía A, en lo sucesivo “*la contratista*”, sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato de obras “*Remodelación del enlace de la carretera M-506 con la A-42*” adjudicado por la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito de 19 de octubre de 2006 la contratista presenta reclamación de daños y perjuicios por importe de 240.984,34 euros por el incumplimiento del contrato de obras “*remodelación del enlace entre la carretera M-506 con la A-42*” adjudicado por la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid el 23 de noviembre de 2005. En el escrito de alegaciones amplía su reclamación a otros supuestos daños generados por la suspensión previa de la obra, cuantificando su reclamación por un importe total de 436.186,67 euros.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar lo siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

Con fecha 26 de mayo de 2005 el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid autorizó a la Consejería de Transportes e Infraestructuras la contratación, por concurso abierto, de las obras de la remodelación del enlace de la M-506 con la A-42, y aprobó el gasto de 5.315.087,36 euros distribuido en tres anualidades. Por Resolución de 23 de noviembre de 2005 fueron adjudicadas las obras citadas a la contratista, en el precio de 4.047.913 euros y con un plazo de ejecución de catorce meses (folios 213 y 214). El contrato se formalizó con fecha 16 de diciembre de 2005 (folios 317 a 321).

En el acta de comprobación del replanteo, formalizada con fecha 13 de enero de 2006, no se autorizó el inicio de las obras dado que no se encontraba abierto el centro de trabajo (folio 332).

Mediante resolución de fecha 30 de enero de 2006, y una vez desaparecida la causa que impedía el inicio de las obras, se autorizó aquél con efectos de 1 de febrero de 2006 (folios 332 y 333).

Posteriormente, y mediante resolución de 20 de junio de 2006 y con efectos de la misma fecha, se acordó la suspensión temporal total de las obras, debido a la imposibilidad de compatibilizar la ejecución de las obras proyectadas con las actuaciones que tenía previsto realizar el Ministerio de Fomento en la misma zona (folios 338 y 339).

El 29 de agosto de 2006 se suscribió acta por la que se proponía la resolución del mencionado contrato de obras, valorando la obra ejecutada en 137.861,86 € y el lucro cesante en 169.952,96€, recogiendo como cantidad líquida a favor del contratista 169.952,96€. Este documento aparece suscrito por el Director General de Carreteras, el Director de las obras, el Jefe del Área de Construcción y por un representante de la contratista (folios 342 y 343).

El 8 de septiembre de 2006, el Consejero de Transportes e Infraestructuras acordó el inicio y tramitación del expediente de resolución por mutuo acuerdo del contrato de obras (folio 344). Tras la tramitación del expediente de resolución en los términos previsto en el artículo 109 del 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, el Área de Contratación propuso resolver por mutuo acuerdo en contrato de obras “*Remodelación del enlace de la carretera M-506 con la A-42*” suscrito con la empresa con fecha 16 de diciembre de 2005 e iniciar el proceso de liquidación a fin de determinar el saldo a favor del adjudicatario, así como, en su caso, la devolución de la garantía definitiva (folios 350 y 351). Esta propuesta fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la consejería (folio 352).

La recepción de las obras ejecutadas tuvo lugar el 2 de octubre de 2006, procediéndose con fecha 3 de octubre de 2006 a la firma del acta de medición general, y la liquidación de las obras con conformidad del contratista firmado el 11 de octubre de 2006 (folios 353 a 359).

Mediante Resolución de fecha 21 de noviembre de 2006 la Consejera de Transportes e Infraestructuras- previo acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de fecha 16 de noviembre de 2006 como exige el artículo 5.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril- y atendiendo al acta suscrita entre Administración y contratista el 29 de agosto de 2006, y ante la imposibilidad de realizar el objeto contratado, se resolvió el contrato por mutuo acuerdo de ambas partes contratantes, conviniéndose el pago al contratista de la cantidad de 169.952'96 euros. En tal acuerdo, y en aplicación de las disposiciones legales aplicables al supuesto, se autorizó la devolución de la garantía definitiva constituida para responder de la buena ejecución del contrato (folios 363 a 365). La citada orden se notificó

oportunamente al contratista que acusó recibo de la misma en fecha 13 de diciembre de 2006 (folios 366 y 367).

Con fecha 19 de octubre de 2006 la empresa adjudicataria presenta reclamación de los gastos en que había incurrido como consecuencia de la ejecución del contrato y que no se han recogido en la certificación final de la obra (folios 478 a 783).

La Dirección de las obras, con fecha 27 de noviembre de 2006, emitió informe (folio 784) respecto a la reclamación formulada por la contrata en el que se declara que el contratista contactó con las compañías titulares de los servicios que debía retranscribirse como consecuencia de la ejecución del proyecto, si bien no se había abonado dichos gastos porque no se habían podido certificar porque finalmente la obra no se realizó. Asimismo manifiesta que *“la existencia de agua en la zona hizo necesario un estudio de más detalle por su incidencia en la ejecución de calicatas y sondeos”*, lo que generó que se encomendase a otra empresa un estudio de otras posibilidades de actuación. Este informe fue ampliado, a petición del Área de Contratación, con fecha 20 de diciembre siguiente, manifestando que gastos debían admitirse a juicio de la Dirección de Obras (folios 786 y 787).

Mediante escrito de fecha 15 de marzo de 2007 acuse de recibo de fecha 22 de marzo de 2007 (folio 802), de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) se puso de manifiesto el expediente al reclamante a los efectos de que en el plazo de quince días hábiles presentara alegaciones y aquella documentación que a su derecho conviniera, evacuándose así el trámite de audiencia. El 12 de abril de 2007 el contratista presenta escrito en el que formula las siguientes alegaciones (folios 803 a 826):

- Vulneración del artículo 84 de la LRJAP-PAC fundamentada en la presunta formulación de propuesta de resolución con carácter previo al trámite de audiencia concedido al contratista y en la falta de transcripción literal de los informes emitidos por la Dirección General de Carreteras en la propuesta de resolución comunicada al contratista.

- Vulneración del artículo 82 de la LRJAP-PAC por resultar los informes evacuados en el expediente a su juicio insuficientes en su contenido.

- Requerimiento insuficiente de prueba del daño sufrido por parte de la Administración.

- Reitera petición de indemnización por costes de ensayos, por un importe de 68.809,86 euros.

- Reitera petición de indemnización de daños presuntamente causados por la resolución del contrato -gastos de gestión por reposición de servicios (14.255,5 euros) y gastos por levante de obra (12.408,17 euros)-.

- Amplía reclamación de daños formulada inicialmente solicitando indemnización por un presunto periodo de paralización parcial de la obra por no haberse podido ejecutar la obra, según lo acordado en el programa de trabajos, por la propia inviabilidad del proyecto por importe de 232.937,13 euros. Así como, indemnización de los gastos generales e indirectos de las obras correspondientes al periodo de suspensión total de las obras por importe de 107.776,01 euros.

En total reclama adicionalmente lo reclamado en su escrito de 19 de octubre de 2006, un total de 436.186,67 euros.

La Dirección de las obras a petición del Área de contratación emitió informe, el 11 de junio de 2007, sobre si son reconocibles y abonables las cuantías reclamadas a la compañía reclamante (folio 828), en el que

manifiesta que son ciertos y se han realizado los trabajos que se consignan a continuación con las cantidades que se indican:

- Sondeos y ensayos realizados por otra empresa, cuantificados en 2.806,86€.
- Estudios e informes realizados por otra empresa, cuantificados en 6.000€.
- Elaboración de una propuesta y proyecto de modificaciones realizado por otra empresa, cuantificado en 60.000€.

Con fecha 28 de diciembre de 2007 se aprobó, debido a que fue la Administración quien encargó a la otra empresa (B) la redacción del estudio previo del proyecto modificado, el pago a la citada compañía de la cantidad de 69.600 euros.

La propuesta de resolución propone indemnizar al contratista en la cantidad de 14.630,14 euros por los daños ocasionados por el incumplimiento del contrato por la Administración (folios 829 a 845). Dicha propuesta fue informada favorablemente por los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid mediante informe de fecha 7 de febrero de 2008 (folio 847).

TERCERO.- En fecha 11 de noviembre de 2008 el Secretario General Técnico de la Consejería de Transportes e Infraestructuras acuerda remitir al presente Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen al amparo del artículo 13.1 f) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo, sin embargo apreciándose defectos en su remisión en fecha 8 de enero de 2009 ha tenido entrada en este Consejo Consultivo nueva petición de emisión de dictamen, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Fernando Merry del Val, que firmó la

oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 28 de enero de 2009.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en el antecedente de hecho anterior.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1f) apartado primero de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada. En el expediente objeto de dictamen se ha tramitado una resolución por mutuo acuerdo ante la imposibilidad material de ejecutar la obra adjudicada y la empresa reclamante solicita que se le indemnicen los daños ocasionados tanto por la propia resolución del contrato como por la previa suspensión del mismo.

Por lo que se refiere a la calificación jurídica de la pretensión indemnizatoria deducida y de conformidad con una reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes 288/2000, de 13 de abril, y 903/2004, de 6 de mayo), la reclamación formulada tiene por objeto el resarcimiento de los daños sufridos por el contratista con ocasión de una relación contractual administrativa, lo que evidentemente informa el posible contenido resarcitorio y el procedimiento legalmente establecido

para sustanciar la pretensión indemnizatoria que eventualmente pueda deducirse, sin que, por consiguiente, resulten aplicables las disposiciones relativas al régimen de la responsabilidad extracontractual de la Administración. Por ello, no puede fundamentarse la petición de dictamen en lo dispuesto en el apartado primero del artículo 13.1 f) de la Ley del Consejo Consultivo, sino más bien en la contemplada en el apartado cuarto a cuyo tenor, el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*. El artículo 59.3 del 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, en lo sucesivo *“TRLCAP”*, a la sazón vigente, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas cuando, en los supuestos manifestados, se formule oposición por el contratista. La reclamación del contratista se fundamenta en los supuestos daños ocasionados por la resolución del contrato por lo que la emisión de dictamen debe fundamentarse en dicho supuesto.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- La reclamación de indemnización de daños y perjuicios contiene dos pretensiones distintas. En primer lugar, la empresa reclamante considera que como consecuencia de la resolución, cuya causa no discute, ha incurrido en una serie de gastos (costes directos e indirectos, estudios y proyectos, seguro de responsabilidad civil y levante de obra) que no ha podido repercutir a la Administración contratante, cuantificados en el escrito de 19 de octubre de 2006 en 240.984,34 euros. Posteriormente, en

el trámite de audiencia, amplia la reclamación a los perjuicios originados durante el tiempo en el que la obra estuvo paralizada, primero parcialmente y después totalmente, por causas que, a juicio de la empresa adjudicataria, son imputables a la Administración. El importe total de lo reclamado asciende a 436.186,67 euros que desglosa de la siguiente manera:

1º) Indemnización por costes de ensayos, por un importe de 68.809,86 euros.

2º) Reitera petición de indemnización de daños presuntamente causados por la resolución del contrato -gastos de gestión por reposición de servicios (14.255,5 euros) y gastos por levante de obra (12.408,17 euros)-.

3º) Amplía reclamación de daños formulada inicialmente solicitando indemnización por un presunto periodo de paralización parcial de la obra por no haberse podido ejecutar la obra, según lo acordado en el programa de trabajos, por la propia inviabilidad del proyecto por importe de 232.937,13 euros. Así como, indemnización de los gastos generales e indirectos de las obras correspondientes al periodo de suspensión total de las obras por importe de 107.776,01 euros.

El procedimiento administrativo para la tramitación de las reclamaciones de daños y perjuicios derivados de los incumplimientos contractuales no tiene una regulación específica, por cuanto el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial se refiere a los supuestos de responsabilidad patrimonial contemplados en el capítulo I del Título X de la LRJ-PAC, sobre responsabilidad patrimonial de origen extracontractual. El régimen jurídico de la responsabilidad contractual se contempla en el TRLCAP y supletoriamente en las disposiciones de derecho común. Por tanto el procedimiento que debe

seguir la Administración ante estas reclamaciones es el general establecido en el Título VI de la LRJ-PAC.

Iniciado el procedimiento a instancia de parte, el órgano instructor ha solicitado la práctica de la prueba que ha considerado pertinente al amparo de lo dispuesto en el artículo 80.2 de la LRJ-PAC. A tal efecto ha requerido al contratista que aporte acreditación fehaciente de la documentación que ha acompañado a su reclamación (folio 689). En fecha 26 de diciembre de 2006 el reclamante ha aportado la prueba solicitada. Asimismo, el órgano instructor ha recabado los informes que ha considerado convenientes de conformidad con el artículo 82 de la LRJ-PAC, a cuyo tenor a los efectos de la resolución del procedimiento se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver concretándose el extremo o extremos acerca de los que se solicita. Según lo dispuesto en el artículo 83 de la citada Ley, los informes serán facultativos y no vinculantes salvo disposición expresa en contrario.

Este Consejo coincide con el parecer de la propuesta de resolución en que es la administración instructora del procedimiento la que deberá determinar la necesidad de solicitar o no informes y sobre qué extremos considera que deben manifestarse, pudiendo resolver sin encontrarse vinculada por el sentido de los mismos.

Alega el reclamante indefensión al no encontrarse los informes solicitados a la Dirección de Obra transcritos de forma íntegra en el borrador de propuesta remitido. A este respecto cabe citar la doctrina sobre la motivación “*in aliunde*” que contempla el artículo 89.5 LRJ-PAC en tanto en cuanto el interesado puede conocer los motivos de la resolución si no mediante la lectura del acto administrativo, sí mediante el examen del expediente lo que evita su indefensión.

El Tribunal Constitucional permite la motivación por remisión incluso para las resoluciones judiciales (Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 1994 [RTC 1994, 121]). La jurisprudencia, entre otras Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2008, recurso de casación 679/2006, ha interpretado en sentido amplio aquella norma al no exigir que la "incorporación" consista en la reproducción de los informes o dictámenes sino sólo en su aceptación. Dicha sentencia recoge en su fundamento de derecho primero; *“en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 enero 1983 (RJ 1983, 379) dice: este requisito de "incorporación" no ha de entenderse en su sentido material como de explícita transcripción literal sino más bien como referencia a los que en el expediente constan y que por hallarse a disposición de los interesados estos tienen la posibilidad de conocer en cualquier momento"*.

Constan en el expediente tres informes, de fechas 27 de noviembre y 20 de diciembre de 2007 y de 11 de junio de 2007, de la Dirección de obras pronunciándose sobre los conceptos reclamados.

En relación al trámite de audiencia, resulta del expediente que en fecha 22 de marzo de 2007 se ha dado traslado de todo lo actuado concediéndole un plazo de quince días hábiles para que formule alegaciones de conformidad con el artículo 84 de la LRJ-PAC. En fecha 12 de abril de 2007 se presentó escrito de alegaciones en el que no sólo manifiesta supuestas irregularidades en la tramitación del procedimiento sino que además amplía considerablemente el importe de su reclamación indemnizatoria. En dicho escrito alega la vulneración del trámite de audiencia por considerar que se le había dado traslado directamente de la propuesta de resolución, sin embargo a la vista del expediente se observa que el trámite se ha cumplido adecuadamente.

Cuestión distinta es si la emisión del informe de la Dirección de Obra de fecha 11 de junio de 2007 emitido a solicitud del órgano instructor tras la ampliación de la reclamación en el trámite de alegaciones, cuya copia no ha sido notificado al reclamante vulnera o no el trámite de audiencia y es susceptible de generar indefensión en los términos previstos en el artículo 63.2 de la LRJ-PAC.

Para que la omisión del trámite de audiencia pueda tener efecto invalidante es necesario, de acuerdo con la Jurisprudencia, entre otras sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2005 (Recurso nº 7357/2001) y de 12 de febrero de 2001 (Recurso nº 49/1994), que hubiera causado indefensión al interesado en el procedimiento. En este expediente, en el informe de 20 de diciembre de 2006 (folios 786 y 787), se pone de manifiesto que la existencia de agua en la zona determinó que se encomendara la realización de un estudio en detalle de la incidencia de la misma, lo que se encomendó a una empresa distinta. El informe emitido con posterioridad al trámite de audiencia por la Dirección de Obras, el 11 de junio de 2007 (folio 828), aclara y especifica a qué empresas se les encomendó dichos trabajos, por lo que no introduce ningún elemento nuevo que ocasione indefensión a la reclamante. Por ello, el no haberse dado traslado del mismo al reclamante no afecta de invalidez el procedimiento administrativo.

TERCERA.- En cuanto al derecho de la reclamante a ser indemnizada por la Administración atendiendo a la fecha en que se adjudicó el contrato, el 23 de noviembre de 2005, y de conformidad con la Disposición Transitoria Primera, apartado segundo, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley se regirán por la normativa anterior, constituida por el TRLCAP.

El artículo 98 del TRLCAP dispone que *“la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144”*. Ello no obstante, el artículo 113.3 del TRLCAP dispone que *“el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista”*. Como la resolución del contrato no es imputable a la contratista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113.5 del TRLCAP, se entiende que procede la cancelación de la garantía constituida, procediéndose, de acuerdo con lo previsto en el artículo 151.1 de la misma ley a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra de la contratista, reconociendo a éste, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151.4, el 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar, en concepto de beneficio industrial. Como resulta de la Resolución de 21 de noviembre de 2006 de la Consejera de Transportes e Infraestructuras el contrato de obra para *“la remodelación del enlace entre la M-506 con la A 42”* se resuelve de mutuo acuerdo debido a la imposibilidad de ejecución de las obras proyectadas por las actuaciones que tienen previsto realizar el Ministerio de Fomento en la carretera A-42, acordándose la devolución de la fianza y el pago de 169.952,96 euros correspondientes al seis por ciento de las obras dejadas de ejecutar en concepto de beneficio industrial. Dicha resolución consta que ha sido notificada al contratista y que no ha sido recurrida, por lo que ha devenido un acto firme. El contenido de dichas indemnizaciones quedo fijado en el acta de 29 de agosto de 2006 suscrita de mutuo acuerdo, en la que también se puso de manifiesto cuál había sido el importe de la obras ejecutadas, fijándolo en un importe total de 137.861,86 euros. Posteriormente, el 3 de octubre de 2006 tuvo lugar la recepción de la obra mediante la firma del acta de medición general y

liquidación de las obras -por importe de 137.861,86 euros- a la que el contratista dio su conformidad.

Por tanto, la indemnización por la resolución del contrato queda fijada en la Resolución de 21 de noviembre de 2006, así como la liquidación de la obra realizada hasta la recepción de la misma. A tal efecto el artículo 113.2 del TRLCAP dispone que en los casos de resolución por mutuo acuerdo los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre la Administración y el contratista. Si bien es cierto que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 113.3 del TRLCAP resulta compatible no solo la indemnización del lucro cesante a que obedece el 6% de la obra que no se ha podido ejecutar contemplado en el artículo 151.4 del TRLCAP, con la indemnización de los daños realmente causados como daño emergente (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (recurso de casación nº 5179/2005)), en los supuestos en que ha existido una resolución de mutuo acuerdo debe prevalecer lo que han estipulado las partes (ex artículo 113.2 TRLCAP), por lo que si el contratista no se reservó actuación alguna en relación a otros daños se entiende que acepta la liquidación que se efectuó, todo ello con independencia del derecho que pueda tener a la indemnización de los daños y perjuicio derivados de la suspensión de la obra a la que haremos referencia posteriormente.

Admitir lo contrario supondría una vulneración de la doctrina de los actos propios que trae causa del principio de buena fe y confianza legítima, reconocido con carácter general en el artículo 7 del Código Civil. Dicho principio sirve a la seguridad jurídica e incorpora el valor de la confianza, del comportamiento leal en las relaciones recíprocas. También el Tribunal Constitucional se ha referido a la buena fe (Sentencia 198/1988, de 24 de octubre) afirmando que "*impone el deber de coherencia en el comportamiento*". El principio de "*protección de la confianza legítima*",

cuyo significado no es ajeno al principio de buena fe, tiene su origen en el principio de protección de la confianza (*Vertrauensschutz*) del derecho alemán (Sentencias del Tribunal Constitucional alemán de 19 de diciembre de 1961, de 23 de marzo y de 4 de mayo de 1971 y de 22 de enero de 1975), figura expresamente ("*schutzwürdiges Vertrauen*") en el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976 y ha sido reconocido como principio jurídico del ordenamiento comunitario por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia de las Comunidades Europeas -ya en la Sentencia de 13 de julio de 1965 y, posteriormente, en las Sentencias de 5 de junio de 1973, 27 de marzo de 1990 y 20 de septiembre de 1990-. Como indicara la Memoria del Consejo de Estado de 1988, *"es un principio de carácter general, vinculado a los principios de seguridad jurídica, buena fe, interdicción de la arbitrariedad y otros, con los que suele combinarse, y, por supuesto, no exige la preexistencia de derechos subjetivos perfectos, que tienen otras vías de protección"*.

Por todo ello, este Consejo es del parecer que no debe reconocerse indemnización alguna con carácter adicional a la que ya se ha reconocido por la Resolución de 21 de noviembre de 2006, en relación a los gastos derivados de la ejecución del contrato.

CUARTA.- La empresa contratista también solicita que se le indemnicen los daños ocasionados como consecuencia de la suspensión de la obra al amparo del artículo 102.2 del TRLCAP a cuyo tenor *"acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste"*. En este sentido, la cláusula 29 del pliego de cláusulas administrativas que rige el contrato dispone que *"la Administración por razones de interés público, podrá acordar la suspensión de la ejecución del contrato"*. Las cláusulas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes a tenor de lo establecido en el artículo 1091 del Código Civil.

El escrito de alegaciones formulado por el contratista viene a señalar que el contrato de referencia estuvo afectado por una suspensión temporal parcial y por una suspensión temporal total. A este respecto indica que las obras comenzaron a ejecutarse con fecha 14 de enero de 2006, en contra de la documentación que obra en el expediente, en el que figura orden autorizando el comienzo de las obras con fecha 1 de febrero de 2006, y en contra de la documentación que el contratista aporta como prueba de sus alegaciones, en concreto el documento nº 1 (copia del aviso previo de apertura del centro de trabajo de fecha 24 de enero de 2006 en el que figura como fecha prevista para el comienzo de las obras el 25 de enero de 2006).

Coincidimos con la propuesta de resolución en que no procede considerar las citadas afirmaciones al no existir pruebas de las mismas sino al contrario, pruebas que vienen a confirmar la veracidad del orden cronológico establecido en el expediente y sus antecedentes de hecho.

Por otra parte afirma la reclamante que la suspensión total de las obras no debe computarse desde el día 20 de junio de 2006, fecha de efectos de la orden de suspensión temporal total sino desde el día 1 de junio de 2006 fecha en que según el mismo se paralizaron las obras por orden de la Dirección de las mismas. A estos efectos, se ha de señalar que, tal y como dispone el artículo 102 del TRLCAP, la suspensión de los contratos exige que aquella se acuerde por la Administración que está representada, según el artículo 12 del citado texto legal, por el órgano de contratación que en la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid lo es su Consejero.

Dado pues que el único acuerdo de suspensión de las obras que se ha dictado en el expediente es el de 20 de junio de 2006, sin que exista ningún otro cuya existencia se haya acreditado por el reclamante lo que no podía ser de otra forma ya que, reiteramos, ningún acuerdo de suspensión

se dictó fuera del de 20 de junio de 2006 sin que la orden de suspensión que dice haber recibido del director de la obra, por carencia competencial, pueda sustituir eficazmente al acuerdo del Consejero. Además el reclamante lo que aporta no es una orden de suspensión de la obra sino una comunicación de la dirección de obra de fecha 9 de junio de 2006 en la que se indica al contratista que no inicie la reposición de un nuevo servicio puesto que se había solicitado la suspensión temporal total de la misma. Por tanto en la citada comunicación lo que afirma es que se ha pedido al órgano de contratación dicte acuerdo, por el que se autorice la suspensión ya que él es, como ha quedado expuesto, el único que tiene competencia para dictar tal acuerdo. En consecuencia la suspensión real de las obras se inició el 20 de junio de 2006.

Va más allá el contratista en su escrito de alegaciones al establecer que, desde el inicio, las obras se encontraron afectadas de suspensión temporal parcial y alega para acreditar la misma el hecho de que, si bien según el plan de obra aprobado en el mes de mayo de 2006 el contratista debería haber certificado un importe acumulado de 688.861,26 euros la realidad es que la certificación total fue de 137.861'68 euros. La inferencia que realiza la reclamante no puede aceptarse como prueba de la citada suspensión temporal parcial y aún menos de que la misma, de existir, fuera imputable a la administración contratante puesto que las causas que originaron la disminución en los importes certificados pudieron ser numerosas y no necesariamente imputables a la administración por lo que no procede indemnizar al contratista por gasto alguno de los realizados durante el periodo de ejecución de las obras al no quedar acreditada la existencia de la citada suspensión temporal parcial imputable a la administración.

Para la viabilidad de la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere tanto el artículo 102.2 anteriormente transcrito como el artículo 97

del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, la jurisprudencia ha venido refiriéndose, al menos, a los siguientes requisitos (i) conducta negligente, dolosa o morosa en el cumplimiento de sus obligaciones por la Administración de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil; (ii) producción de un daño real debidamente justificado; (iii) relación causal entre ambos requisitos.

La simple paralización no da lugar automáticamente a una indemnización de daños y perjuicios, sino que "*compete a quien reclama la carga de probar que efectivamente se sufrieron los perjuicios, lo cual no es sino aplicación de los requisitos que la doctrina jurisprudencial exige que concurran en toda indemnización, siendo el primero y fundamental que se trate de un daño real y efectivo, no bastando con la frustración de meras expectativas...*" (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2001), en idéntico sentido el Consejo de Estado en dictamen 1612/2007.

Como señala el Consejo de Estado para supuesto similares (Dictamen n^o 617/2007), y que este Consejo Consultivo asume, se ha de tratar de evitar que la suspensión sea ocasión de lucro o beneficio del contratista, exigiendo la debida justificación de los efectivos gastos sufridos que han de guardar relación directa con la suspensión, pues no siempre es posible constatar si no se han utilizado en otra obra personal, maquinaria, etc. adscrito formalmente a la obra suspendida, y sin exigir la Administración que, por parte del contratista, se utilicen los instrumentos pertinentes previstos en nuestro ordenamiento para desplazar o liberar de cargas sociales (i.e. la suspensión de los contratos de trabajo). Por ello, la Administración debe ser exhaustiva en lo referente a la acreditación de los gastos en que ha incurrido el contratista que sean consecuencia de la suspensión.

Es, pues, condición indispensable, para que surja la obligación para la Administración de indemnizar daños y perjuicios al contratista, que exista un incumplimiento previo por parte de la Administración, que a ésta le sea

imputable y que haya nexo causal entre la imputabilidad de la Administración y los daños producidos.

Quiere ello decir que no es suficiente la mera posibilidad de la existencia de daños, ni siquiera el hecho de que aquellos existan. Se requiere, para que surja al mundo del derecho la obligación de indemnizar, que los daños no solo existan sino que se pruebe su realidad y su cuantía, prueba que, de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incumbe al contratista en cuanto es aquel quien reclama el cumplimiento de la obligación no pudiendo trasladar a la Administración la carga de la prueba al pretender como señala el contratista en su escrito de alegaciones que todo aquello sobre lo que la administración no solicita prueba de forma expresa deba entenderse suficientemente probado.

De conformidad con lo expuesto en los antecedentes de hecho, el contrato estuvo vigente durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero y el 29 de agosto de 2006, existiendo dos periodos de suspensión total de la ejecución del contrato, el primero de 18 días (entre el 14 y el 31 de enero de 2006) debido a la no autorización de inicio de las obras por no encontrarse abierto el centro de trabajo, y el segundo, de 71 días (entre el 20 de junio y el 29 de agosto de 2006, fecha en que se acordó entre la Administración y la contratista, la resolución del contrato por mutuo acuerdo).

Por tanto, el periodo de vigencia del contrato, comprendido entre el Acta de Comprobación del Replanteo de 13 de enero y el 29 de agosto de 2006, lo podemos dividir en tres fases a saber, una primera correspondiente a la suspensión total producida como consecuencia de no haberse abierto, administrativamente, el centro de trabajo, la segunda a una ejecución normal de las obras y la tercera y última a la correspondiente a la segunda suspensión temporal total.

Por lo que respecta a la primera fase o periodo de ejecución contractual, al comprendido entre el 14 y el 31 de enero de 2006, y teniendo en consideración que de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, la apertura de centro de trabajo no conlleva otra actividad que la simple de comunicar a la autoridad laboral competente la citada apertura, comunicación a la que se acompañará el plan de seguridad y salud de las obras plan que, de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que regía el contrato, ha de ser elaborado por el contratista. Por tanto, dicha apertura no se realizó hasta el 26 de enero de 2006 (folio 332) y siendo como era obligación del contratista el instar administrativamente la apertura del centro de trabajo, resulta evidente que, si así no lo hizo, el no inicio de las obras fue imputable únicamente a la omisión de la debida diligencia exigible a todo ordenado constructor quien no puede alegar desconocimiento al respecto. Nadie puede obtener un beneficio de su actuar negligente, no se puede pretender, amparándose en el propio incumplimiento, que se le indemnice de los perjuicios que su conducta negligente le haya podido causar.

Por lo que respecta al tiempo durante el que la obra estuvo realmente en ejecución, el tiempo comprendido entre el 1 de febrero y el 19 de junio de 2006, y aún cuando afirma el contratista que *“la empresa ha mantenido durante seis meses todo el personal, las instalaciones, y la maquinaria necesarias para abordar el proyecto contratado, habiendo podido realizar obra solamente, según certificación final de obra, por un importe de 73.975’96 euros, claramente insuficiente para los gastos indirectos fijos soportados”*, no es menos cierto que, según resulta del expediente administrativo, la cantidad realmente certificada y abonada y que corresponde a la obra ejecutada fue en realidad de 137.861,86 euros sin que conste o se haya acreditado que la causa de no haberse ejecutado mayor

volumen de obra haya sido por causa imputable a la Administración faltando así el nexo causal, por lo que no habiendo el reclamante acreditado, -recordemos que es a él a quien le incumbe la carga de la prueba-, que durante aquel lapsus de tiempo hubiera habido un incumplimiento contractual de la Administración, no procede reconocer cantidad alguna por los conceptos reclamados correspondientes al período comprendido entre el 1 de febrero y el 19 de junio de 2006.

En cuanto al segundo de los períodos de suspensión, el comprendido entre los días 20 de junio y 29 de agosto de 2006, tiene como causa la imposibilidad de compatibilizar la ejecución de las obras proyectadas con las actuaciones que tenía previsto realizar el Ministerio de Fomento en la misma zona, haciéndose constar, a este respecto, en la orden de suspensión que, al solicitarse la preceptiva autorización al Ministerio de Fomento (titular de la A-42), éste manifestó que encontrándose en trámite de información pública el “*Estudio informativo de optimización funcional de la autovía A-42 entre la Plaza de Fernández Ladreda y Torrejón de Velasco*”, las actuaciones que implicaría el proyecto del que el estudio informativo citado sería antecedente, resultarían incompatibles con el proyecto contratado.

Ello, evidentemente, fue un elemento perturbador del normal tracto contractual que finalmente obligó a la resolución del contrato, que pudo constituir un acontecimiento susceptible de originar daños y perjuicios al contratista y ello es así porque no puede considerarse que la actuación del Ministerio de Fomento entre dentro de los riesgos que debe asumir el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura establecido por el artículo 98 del TRLCAP.

Por lo expuesto, y en principio, procede considerar la reclamación del contratista que trae causa del citado período de suspensión, correspondiendo al mismo el probar y acreditar la existencia de tales daños,

puesto que la Administración, como ya reiteradamente hemos expuesto, únicamente estará obligada a indemnizar los daños y perjuicios “*efectivamente sufridos*” por el contratista siendo a éste a quien le incumbe la carga de la prueba.

Por todo ello, de forma individualizada se procede a cuantificar los daños alegados por el contratista en su reclamación:

1º) Gastos de personal: Reclama el contratista gastos de personal correspondientes a seis meses (enero a junio de 2006) por un importe de 94.764,05 euros. En relación al plazo de tiempo durante el que la obra se estuvo ejecutando, certificando y cobrando, desde el 1 de febrero hasta el 20 de junio de 2006, las incidencias que se produzcan durante su ejecución han de ser, necesariamente, englobados dentro del principio de “*riesgo y ventura*”, por lo que no procede reconocer indemnización alguna en este concepto. Esta argumentación es válida para cuantos gastos se refieren al periodo de ejecución del contrato de obras, porque al no quedar acreditado la existencia de una suspensión parcial carece de todo fundamento legal la reclamación formulada, máxime cuando las obras han sido liquidadas con la conformidad del contratista.

Ahora bien, por lo que se refiere al tiempo comprendido entre el 20 de junio (fecha en la que se suspenden temporal y totalmente las obras) y el 29 de agosto de 2006 (día en que se formaliza la resolución del contrato por mutuo acuerdo de ambas partes contratantes), sin perjuicio de que de los recibos de salarios aportados no guardan ninguna relación entre los trabajadores a que aquellos se refieren y la ejecución del contrato de que se trata —reiteramos la carga y la necesidad de la prueba—, no puede pretenderse que, en el supuesto de que se suspenda una obra, las personas que en ella trabajaban permaneciesen ociosas y en espera de que la suspensión se levantase sin que la empresa, en aras de una correcta y óptima utilización de sus recursos humanos, los emplease en cualquier otra

actividad. La Audiencia Nacional en sentencia de 26 de mayo de 2008, recurso contencioso administrativo nº 184/2005, ha manifestado en relación a este asunto que es habitual al recolocación inmediata del personal en otras obras. El Consejo de Estado en Dictamen nº 617/2007, incluso ha declarado que si no asignó el personal a otra obra *“tampoco así resultaría indemnizable, al menos no en bloque, pues en tal caso no estaríamos sino ante una defectuosa gestión de personal que no tiene por qué sufragar la Administración General del Estado. A falta de prueba concreta de la condición ociosa de cada uno de los empleados cuyos costes se reclaman, y de una justificación de por qué permanecieron irremediabilmente desocupados hasta el punto de que la Administración General del Estado debe reintegrar íntegramente el gasto, no procede indemnizar por esta partida”*.

Sin embargo, la propuesta de resolución considera que deben indemnizarse los gastos ocasionados por la presencia de un encargado de obra argumentando que la práctica ordenada de la construcción sí que suele hacer necesaria la presencia de un encargado de la obra como vínculo de relación entre la contrata y la Administración, por lo que tan solo sería reconocible la cantidad a él abonada durante tal periodo y que supone una cantidad de 7.651,57 euros.

2º) Arrendamiento de nave industrial (oficina y almacén) y de las casetas de obra: Reclama el contratista los costes correspondientes al alquiler de una nave industrial a la empresa C sita en el polígono industrial de La Cantueña, por un importe de 18.200,00 euros. Queda acreditado el gasto en que ha incurrido el contratista una vez acordado la suspensión de la obra que ascienden a la cantidad de 6.228,33 euros. Respecto a las casetas de obra acredita el gasto mediante aportación de copia compulsada de facturas emitidas por la arrendadora D y que ascienden a 1.772,70 euros. Como resulta del propio informe del Director de la Obra de 20 de

diciembre de 2006, las casetas de obra permanecieron en la obra hasta la recepción de las mismas, por lo que procede reconocer la cantidad de contrario reclamada y que correspondería al tiempo comprendido entre el 20 de junio y el 31 de julio de 2006, por un importe de 750'24 euros. La Audiencia Nacional en múltiples sentencias ha reconocido la obligación de la Administración de indemnizar los gastos generados por la suspensión de la obra y en relación a los gastos generales y directos de la obra debidamente acreditados, así Sentencias de la Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2007 (recurso contencioso administrativo nº 757/2005) y de 20 de junio de 2006, (recurso contencioso administrativo nº 865/2004).

3º) Combustible automóviles, telefonía móvil y alquileres de vehículos cuantificados en 13.120,07 euros. Se comparte con la propuesta de resolución que no se indemnice dichos gastos por la falta absoluta de prueba que justifique que los importes reclamados en los conceptos señalados estén en modo alguno relacionado con la obra a que se refiere la presente resolución. Asimismo, los mismos no son esenciales para la ejecución del contrato, sin que puedan recibir la consideración ni de costes directos ni indirectos, debiéndose simplemente a la mera liberalidad del empleador, el contratista, por lo que no procede reconocer indemnización por daños generados en estos conceptos.

4º) Reclama el contratista el coste total de una póliza de seguro de responsabilidad civil general contratada con la aseguradora E. De la documentación aportada por el contratista únicamente se deduce que el contratista abonó la cantidad de 27.952'01 euros impuestos incluidos para contratar una póliza de responsabilidad civil sin que en ningún caso conste dato alguno que permita asociar la citada póliza con el contrato de obras de *“Remodelación del enlace de la carretera M-506 con la A-42”*.

El contratista aporta una serie de facturas sobre diversos servicios y suministros que no se admiten en la propuesta de resolución por entender que no acreditan la relación de causalidad con la obra y por referirse al periodo durante el que el contrato se desarrolló en los términos previstos en el mismo.

En suma, sólo los gastos de los que se ha aportado prueba suficiente y que están vinculados directamente a la obra son susceptibles de indemnización.

QUINTA.- La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid al ser el órgano competente en materia de contratación administrativa de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1 y 6 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de contratación pública de la Comunidad de Madrid, cuyo acto pondrá fin a la vía administrativa ex artículo 53.1 c) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid y es susceptible de recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Ha lugar a reconocer al contratista la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la suspensión total del contrato de obras de la

“Remodelación del enlace de la carretera M-506 con la A-42” por un importe de 14. 630,14 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 28 de enero de 2009

