

Dictamen nº: **770/22**
Consulta: **Alcalde de Boadilla del Monte**
Asunto: **Responsabilidad Contractual**
Aprobación: **15.12.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 15 de diciembre de 2022, emitido ante la consulta formulada por el alcalde del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, a través del consejero de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.2 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por DRAGADOS, S.A. (en adelante, “*la contratista*”), sobre reclamación de responsabilidad contractual del Ayuntamiento de Boadilla del Monte por los daños y perjuicios derivados de paralizaciones parciales de la obra “*Terminación de edificio Ciudad del Deporte y la Salud. Fase 2. Zona de Campos de Fútbol*”, durante determinados períodos de los años 2018 a 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de febrero de 2020, la contratista antes citada presentó en el registro electrónico del Ayuntamiento de Boadilla del Monte escrito solicitando el inicio de un expediente de responsabilidad contractual por los daños y perjuicios derivados de la paralización parcial de la mencionada obra, desde el 29 de mayo de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019, excluyendo el período comprendido entre el 11 de septiembre de 2018 y el 8 de mayo de

2019 en los que se produjo la paralización total por renuncia de la dirección facultativa y que ha sido objeto de otra reclamación. La citada reclamación dice efectuarse sin perjuicio de posteriores ampliaciones en tanto no se apruebe el modificado del proyecto que permita la reanudación total de las obras.

La reclamación se acompaña de informe pericial que cuantifica los daños y perjuicios irrogados a la contratista por las paralizaciones parciales indicadas, no imputables a la misma, en la cantidad total de 495.665,61 euros.

Con fecha 3 de febrero de 2021, la contratista presenta nuevo escrito en el que señalan que, una vez terminadas las paralizaciones parciales decretadas con ocasión de la tramitación y aprobación del proyecto modificado, amplía su reclamación anterior a los daños causados hasta el 9 de julio de 2020, acompañando informe pericial, que cuantifica los daños en un total de 806.305,20 euros.

SEGUNDO.- Los antecedentes de la referida reclamación que obran en el expediente remitido son los siguientes:

Con fecha 4 de mayo de 2018, a resultas de la adjudicación adoptada por acuerdo de la Junta de Gobierno de 9 de marzo de 2018, subsanada el día 16 del mismo mes, se procede a la formalización, entre el Ayuntamiento de Boadilla del Monte y la reclamante, del contrato de obras "*Terminación de edificio Ciudad del Deporte y la Salud. Fase 2. Zona de Campos de Fútbol*", por un importe de 6.498.338,50 € más IVA, que había sido convocado por procedimiento abierto, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno el 25 de octubre de 2017.

En fecha 29 de mayo de 2018, se formaliza el acta de comprobación de replanteo, sin que conste reparo alguno.

En sesión de fecha 31 de julio de 2018, la Junta de Gobierno Local acuerda la modificación del proyecto, planteada por la Dirección Facultativa, y a la que prestó su conformidad la contratista, adjudicataria de las obras, siéndole notificada en fecha 2 de agosto de 2018. Ese mismo 31 de julio se acuerda la paralización de las obras salvo los movimientos de tierra, cimentaciones, contenciones, demoliciones y saneamientos.

En fecha 11 de septiembre de 2018, con motivo de la renuncia del director de obra, se acordó la paralización de las obras mediante resolución del concejal delegado de Obras, Decreto número 3553/2018, efectuándose notificación a la constructora en esa misma fecha.

En fecha 22 de abril de 2019, tras licitarse por el ayuntamiento un nuevo contrato de *“Servicio de Redacción de Proyecto Modificado, Dirección de Ejecución de Obra, y Coordinación de Seguridad y Salud de las Obras de “Terminación de Edificio “Ciudad del Deporte y la Salud” Fase 2. Zona de Campos de Fútbol”*, se formaliza con la adjudicataria, lo que es notificado a la reclamante.

Una vez formalizado contrato de servicios con la nueva dirección facultativa, por la Junta de Gobierno Local, en sesión de fecha 3 de mayo de 2019, se adopta acuerdo de reanudación parcial de las obras, notificándose a la constructora el día 7 de mayo de 2019. En concreto, se autorizan los siguientes trabajos por importe de 300.433,17:

- Acometidas de instalaciones de saneamiento
- Movimiento de tierras.
- Saneamientos exteriores e interiores (enterrado y colgado).

- Sumideros en cubierta.
- Cubierta de edificio de gradas, fitness y cafetería.
- Impermeabilizaciones perimetrales edificaciones.
- Muros de hormigón perimetrales.
- Canalizaciones enterradas.
- Tabiquería.
- Fachadas.

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de noviembre de 2019, se autoriza la continuación de los siguientes trabajos por importe de 264.233,95 euros.

- Revestimientos interiores.
- Cerrajería.
- Rocódromo.
- Viales exteriores.
- Cimentaciones báculos.

Con fecha 12 de junio de 2020 se aprueba por la Junta de Gobierno el proyecto modificado, formalizándose el 9 de julio posterior, y reanudándose la totalidad de las obras ese mismo día.

TERCERO.- A causa de la referida reclamación se llevaron a cabo por el ayuntamiento las siguientes actuaciones:

Con fecha 6 de abril de 2021 se requirió a la contratista para que adecuase su valoración de los daños a los conceptos establecidos en el artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17), de acuerdo con lo recogido en el Dictamen número 57/21 emitido por la Comisión Jurídica Asesora en reunión del día 2 de enero de 2021, en relación a la solicitud de dictamen planteada por el Ayuntamiento de Boadilla del Monte sobre el expediente de reclamación de daños y perjuicios por paralización total, durante el período comprendido entre el 11 de septiembre de 2018 y el 7 de mayo de 2019.

Por escrito de la interesada de fecha 10 de mayo de 2021, se procede a subsanar la reclamación y a aportar nuevo informe pericial de valoración de los daños y perjuicios. En el citado informe, una vez desglosados de manera detallada todos los conceptos indemnizables en cada uno de los períodos de suspensión parcial de las obras, fija los daños y perjuicios en 701.874,14 euros.

Con fecha 26 de junio de 2022 se emite por la jefa del Área de Contratación, con el visto bueno de la vicesecretaria general y el primer teniente de alcalde, informe sobre la reclamación. En ese informe, una vez considerados los daños indemnizables suficientemente acreditados, se concluye que procede estimar la reclamación por la paralización parcial de las obras por un importe de 391.300,35 euros, excluyendo expresamente el período comprendido entre el 29 de mayo a 31 de julio de 2018, en tanto no consta paralización de las obras ni habiendo formulado la contratista ningún reparo en el acta de replanteo.

Con fecha 30 de junio de 2022 se emite informe por el interventor municipal certificando la existencia de crédito.

En fecha 1 de julio de 2022, se otorga trámite de audiencia con puesta a disposición del expediente, presentado alegaciones la interesada el posterior día 14. En este escrito la reclamante muestra su disconformidad por no haberse incluido en el informe municipal algunos de los gastos salariales de personal y que considera suficientemente acreditados, solicitando que se reconozca un total de 499.57201 euros y acompañando documentación acreditativa de los gastos que considera indebidamente excluidos.

Con fecha 28 de agosto se emite nuevo informe por la jefa de Contratación, con la conformidad de la vicesecretaria general y del primer teniente de alcalde, valorando las alegaciones y documentación aportada por la contratista en el trámite de audiencia. En ese informe considera acreditados parcialmente gastos no recogidos en su anterior informe, fijando la cantidad total a indemnizar en 446.103,80 euros, por las paralizaciones parciales acaecidas entre el 31 de julio de 2018 a 9 de julio de 2020.

Conferido nuevo trámite de audiencia a la reclamante, presenta escrito con fecha 29 de septiembre en la que muestra su conformidad con la indemnización de daños y perjuicios fijada en 446.103,80 euros.

CUARTO.- El alcalde, a través del consejero competente en materia de Administración Local, formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 25 de octubre de 2022, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 15 de diciembre de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.2 de la Ley 7/2015, que establece que la Comisión deberá ser consultada en todos aquellos supuestos en los que, por Ley, sea preceptiva la emisión de dictamen por la Administración consultiva.

Al establecer el artículo 191.3.c) de la LCSP/17, que será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión.

Asimismo, resulta aplicable al presente procedimiento la LCSP/17, de acuerdo con el criterio mantenido por esta Comisión al considerar que la normativa aplicable a efectos de procedimiento es la vigente al inicio de su tramitación (dictámenes 12/18, de 25 de enero y 155/18, de 5 de abril, entre otros).

El procedimiento a seguir en estas reclamaciones de daños, tal y como viene recogiendo el Consejo de Estado, es el establecido en el artículo 97 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). A tal efecto, consta que se han cumplimentado los trámites establecidos en esa norma reglamentaria,

al haberse dado audiencia al reclamante y haberse emitido informe por la Intervención y la Secretaría General.

La solicitud se ha formulado por un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3 d) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

El dictamen se emite dentro del plazo legal establecido en el artículo 23 del ROFCJA.

SEGUNDA.- Siendo la cuestión sometida a dictamen la responsabilidad contractual derivada de las paralizaciones de una obra por decisión de la Administración, la primera cuestión que debe dilucidarse es la legislación de contratos aplicable a los efectos y ejecución del contrato, en tanto que la nueva LCSP/17 ha introducido importantes novedades en el régimen jurídico aplicable a la suspensión de los contratos de obra.

A este respecto, en nuestro Dictamen 57/21, de 2 de enero, al analizar este mismo contrato, ya expusimos que el mismo debe entenderse sujeto, en cuanto a su ejecución, a la citada LCSP/2017, aun cuando en sus pliegos exista una remisión genérica a la anterior normativa.

En efecto, debe tenerse presente que, de conformidad con el apartado 2 de la disposición transitoria primera de la nueva LCSP/2017, esta debe regir los contratos adjudicados con posterioridad a su entrada en vigor, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, tal y como ya recogimos en nuestro Dictamen 517/18, de 29 de noviembre.

Habiéndose adjudicado el contrato que nos ocupa el día 9 de marzo de 2018, y subsanada esa adjudicación el día 16 del mismo

mes, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 208.2 LCSP/17 en su redacción original, que entró en vigor el mismo 9 de marzo de 2018, de acuerdo con lo previsto en su disposición final decimosexta.

Dado que los peritos de la reclamante discrepan de este criterio, cabe señalar que no puede confundirse el régimen jurídico aplicable al procedimiento de adjudicación, cuyo expediente se tramitará conforme a la ley anterior, conforme a lo señalado en el apartado primero de la disposición transitoria primera de la LCSP/17, con el régimen jurídico aplicable a la ejecución del contrato, que es el vigente al momento de su adjudicación, de acuerdo con el apartado 2 de esa misma disposición transitoria.

Es cierto que el pliego que rige el contrato, en su cláusula 20, establece una remisión expresa al artículo 220 del TRLCSP/2011; sin embargo, debemos seguir lo reiteradamente expuesto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros, en su informe 40/2010, de 28 de septiembre, en el sentido de que *“en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, no deben reproducirse las normas legales para convertirlas en obligaciones contractuales, puesto que la fuerza de obligar de unas y otras tienen origen distinto.*

En efecto, las obligaciones, y sus correlativos derechos establecidos por una ley, derivan de ella su obligatoriedad sin que resulte alterada esta circunstancia por el hecho de que se incluyan o no en los pliegos.

En consecuencia, no es admisible que los pliegos recojan tales preceptos para convertirlos en cláusulas del contrato, pero si lo hacen, es evidente que, al no ser el contrato el origen de su fuerza obligatoria ésta sigue las mismas vicisitudes que la ley que las establece, debiendo entenderse que si se modifica la ley, también resultan modificadas las cláusulas del pliego que las hubieses recogido”.

Así, atendiendo a la LCSP/17, su artículo 190 establece como prerrogativa de la Administración la suspensión del contrato. Por su parte, el artículo 208 dispone que si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 198.5, se extenderá un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel. Añadiendo su apartado 2: “Acordada *la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos*”.

En relación con la reclamación de esos daños y perjuicios derivados de la paralización del contrato por decisión de la Administración, una de las novedades que introduce la LCSP, como analiza la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de 30 de junio de 2020 (rec.456/2019), es la fijación de un plazo de prescripción de un año frente a la aplicación del plazo de cuatro años previsto en la Ley General Presupuestaria que venía haciéndose por la doctrina y los órganos del orden contenciosos administrativo ante la falta de regulación expresa. También resulta novedosa la fijación del *dies a quo*, que se establece en el apartado 2 c) del artículo 208 LCSP/17, en el momento en que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato, y ello frente a lo que en ausencia de previsión expresa se entendía, entre otros, por el Consejo de Estado (dictámenes números 684/2013 o 179/2015), al considerar que el momento de la liquidación es el día a partir del cual comienza a correr dicho plazo.

En el presente supuesto, la reclamación se presenta inicialmente el 6 de febrero de 2020, sin perjuicio de posteriores ampliaciones, cuando todavía no se había acordado la reanudación total de las obras, lo que no se produjo hasta el 9 de julio de ese mismo año. Por tanto, no cabría apreciar la prescripción del derecho a reclamar. En todo caso, aunque atendiésemos a la fecha de reanudación parcial de

las obras para determinar el momento desde el que computar el plazo para reclamar los daños hasta esa fecha irrogados, tampoco cabría apreciar la prescripción, en tanto que esa reanudación parcial se notificó al contratista el 7 de mayo de 2019.

Presentada la reclamación en plazo, y constando la suspensión de las obras por decisión del ayuntamiento contratante con el fin de aprobar una modificación del proyecto inicial, procede, conforme al ya citado artículo 208 LCSP/17, el reconocimiento y abono de los daños y perjuicios causados al contratista.

A este respecto, la legislación de contratos, tanto el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 102.2) como el artículo 220 del TRLCSP de 2011, establecían que en los supuestos en los que la Administración acordase la suspensión del contrato se abonarían al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste, sin precisar que conceptos se deben incluir como tales.

Sin embargo, la nueva LCSP/17, como ya hemos adelantado, introduce como importante novedad una mayor concreción de los daños indemnizables en su artículo 208.2, al disponer: *“Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este con sujeción a las siguientes reglas: a) Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá, siempre que en los puntos 1.º a 4.º se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los siguientes conceptos:*

1.º Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.

2.º Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión.

3.º Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.

4.º Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido.

5.º Un 3 por 100 del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato.

6.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato”.

Debe significarse que el apartado 5º antes transcrito, ha sido suprimido por Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, por tanto, en fecha posterior a la adjudicación del contrato, lo que hace inaplicable esa supresión al mismo.

Esta forma de valoración supone un importante avance respecto a la legislación anterior al evitar numerosas controversias e interpretaciones divergentes, obteniéndose con esta nueva previsión legal una indudable mayor seguridad jurídica.

En este sentido, la Memoria del Consejo de Estado de 2007 hacía ya referencia al problema que surge en el momento de evaluar la extensión de los daños que pueden integrar la indemnización procedente, diciendo: *“normalmente no suele haber duda, ni suscitarse dificultades, en cuanto a la evaluación de los costes directos e indirectos que para el contratista pueda haber comportado la suspensión contractual.*

Sin embargo, sí existen habitualmente discrepancias entre los órganos administrativos a la hora de efectuar el cómputo de los denominados "gastos generales". A este respecto, la doctrina del Consejo de Estado viene manteniendo de modo constante (véase el reciente dictamen 894/2014, de 30 de octubre), que tales gastos "pueden y deber ser indemnizados si se producen, pero ha de acreditarse su realidad, efectividad e importe, sin que sea dable ni presumir su existencia ni determinar su cuantía mediante un porcentaje del presupuesto de ejecución material, puesto que la ley es tajante al exigir que se trate de daños efectivamente sufridos". Por el contrario, la doctrina del Consejo de Obras Públicas, conforme a las justificaciones expuestas en el anexo a su sesión 18/2003, de 12 de junio de 2003, del Pleno, viene considerando conveniente efectuar una valoración aproximada de la cuantía que pueda suponer ese concepto de gastos generales, aplicando un coeficiente corrector sensiblemente inferior al general utilizado para la contratación (el 3% frente a coeficientes del 13% o 17% u otros).

Como señala el mismo Consejo en su dictamen de 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, estas dificultades se ven superadas con la nueva regulación que enumera los conceptos por los que, en su caso, el contratista será indemnizado, salvo que el pliego establezca otra cosa.

En el presente caso, tanto los informes aportados por la contratista como los elaborados por la jefa de Contratación del ayuntamiento, realizan un detallado y minucioso análisis de cada una de los gastos derivados de la paralización de las obras en cada momento, obrando documentación acreditativa de los mismos. Una vez finalmente delimitados esos gastos por la técnica municipal y mostrando su conformidad la contratista con la reducción de los mismos, nada cabe objetar a su reconocimiento, en tanto se ajustan a los conceptos indemnizables legalmente previstos.

Asimismo, se constata que se han excluido los daños y perjuicios irrogados a la contratista por la paralización total de las obras durante el período necesario para la contratación de un nuevo director de obra que abarcó desde el 11 de septiembre de 2018 y 7 de mayo de 2019, que fue objeto de una anterior reclamación analizada en nuestro Dictamen 724/22, de 22 de noviembre.

En mérito a cuanto antecede la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad derivada de la suspensión del contrato de la obra “*Terminación de edificio Ciudad del Deporte y la Salud. Fase 2. Zona de Campos de Fútbol*”, durante el período comprendido entre el 31 de julio de 2018 y 9 de julio de 2020, excluido el período de 11 de septiembre de 2018 y el 7 de mayo de 2019, e indemnizar a la reclamante en la cantidad de 446.103,80 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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 15 de diciembre de 2022

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 770/22

Sr. Alcalde de Boadilla del Monte

C/ Juan Carlos I, 42 – 28660 Boadilla del Monte