

Dictamen nº: **401/20**

Consulta: **Alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial**

Asunto: **Responsabilidad Contractual**

Aprobación: **22.09.20**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 22 de septiembre de 2020, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial a través del consejero de Vivienda y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por RJ Autocares S.L. (en adelante, “*la reclamante*”), sobre reclamación de responsabilidad contractual del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la resolución del contrato del tren turístico de San Lorenzo de El Escorial.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 31 de mayo de 2019 la reclamante presentó en el registro electrónico del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial una reclamación de responsabilidad por los daños derivados de la citada resolución contractual.

En su escrito, expone que la reclamante tiene la consideración de interesada en el procedimiento de resolución del contrato del contrato del tren turístico de San Lorenzo de El Escorial habiéndosele dado traslado del

acuerdo de inicio del procedimiento de resolución y concediéndole plazo para formular alegaciones.

Considera que el citado acuerdo está insuficientemente argumentado y no se apoya en ninguna causa legal. La oferta propuesta por la reclamante consistía en una cabeza tractora movida por gas natural para lo cual era necesaria la existencia de una gasinera de uso público en las inmediaciones o bien la ejecución de un depósito privado lo más cercano sin que los pliegos dieran ninguna respuesta a esas cuestiones o el Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial se haya dispuesto a subsanar ese problema que impide la ejecución del contrato.

La gasinera más cercana está a 40 km y la ejecución de un depósito exigiría una serie de actuaciones (disponibilidad de terrenos, autorizaciones urbanísticas, proyecto de ejecución, etc.) cuyo coste superaría el marco temporal del contrato por lo que este debería ser modificado sin que el Ayuntamiento haya realizado actuación alguna para permitir la ejecución del contrato.

Ante esta situación se propuso sustituir la cabeza motora por una eléctrica, aunque esa solución exigiría también ampliar el plazo de ejecución del contrato puesto que esas cabezas motoras se realizan bajo pedido. La reclamante accedió a esa modificación con buena fe entendiendo que mientras se fabricaba y homologaba esa cabeza motora podría ejecutar el contrato con una cabeza de motorización híbrida gasoil-gas licuado pero el Ayuntamiento no autorizó esa solución.

Considera que el Ayuntamiento debería adoptar alguna medida que permitiese solucionar esta problemática compatibilizando el interés público y el de la reclamante permitiendo un reequilibrio económico. Lo contrario ocasionaría a la reclamante un perjuicio que no tiene la obligación de soportar a los efectos del artículo 65 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Solicita que se tengan en cuenta esas consideraciones a los efectos del procedimiento de resolución del contrato y, subsidiariamente, plantea una reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento en cuanto Administración autora de los pliegos contractuales.

No concreta ninguna cuantía reclamada ni aporta documentación alguna.

**SEGUNDO.-** A causa de la referida reclamación se instruyó un procedimiento de responsabilidad patrimonial del que constituyen aspectos a destacar en su tramitación, los siguientes:

Por Acuerdo de la concejal delegada de Mujer e Igualdad de Oportunidades, Inmigración, Mayores, Sanidad, Turismo, Participación Ciudadana, Bibliotecas y Escuela de Música y Danza y Régimen Interior de 1 de agosto de 2019 se requirió a la reclamante para que acreditase que el firmante de la reclamación ostentaba la representación de la misma.

El 13 de noviembre de 2019 la reclamante aporta escritura pública en la que consta el nombramiento del firmante del escrito inicial como administrador único de la sociedad reclamante figurando su inscripción en el Registro Mercantil.

Adjunta un escrito dirigido a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento en el que reitera lo indicado en el escrito inicial y añade que la resolución del contrato supondría un fraude de ley que le generaría unos daños que no tiene obligación de soportar toda vez que son causados por defectos de los pliegos y del contrato (convalidación).

Concreta y cuantifica esos daños en los siguientes conceptos: 1) Beneficios dejados de percibir de enero a diciembre de 2019 (94.812 euros) y beneficios a percibir hasta el año 2026 (933.251 euros); 2) Costes de elaboración de la oferta (3.400 euros); 3) Costes del aval (726,36 euros).

Reclama en total la cantidad de 1.028.033 euros.

Aporta diversa documentación relativa a los daños por los que reclama y anuncia su intención de aportar prueba pericial en el momento oportuno.

Por Acuerdo del concejal delegado de Turismo de 19 de diciembre de 2019 se acuerda el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se designa instructor, se solicita el informe preceptivo del servicio al que se imputa la producción del daño y se comunica a la reclamante el plazo máximo de resolución y la posibilidad de alcanzar una terminación convencional.

En dicho acuerdo se reproduce el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de noviembre de 2019 por el que se resuelve el contrato por incumplimiento culpable de la contratista con incautación de la garantía.

El 10 de enero de 2020 emite informe el Agente de Desarrollo Local en el cual tras recordar que el contrato fue modificado a instancias de la contratista y que ha sido resuelto, considera que no procede la responsabilidad solicitada por los siguientes motivos:

1º Los pliegos de prescripciones técnicas permitían que el contratista optase por una cabeza tractora eléctrica, de gas o híbrida no diésel.

El adjudicatario, hoy reclamante, en su oferta propuso una cabeza por gas que fue aceptada por las partes y por ello recogida en el contrato (cláusula 7º).

2º Una vez firmado el contrato, la reclamante solicitó el 6 de junio de 2018 el cambio a una cabeza tractora eléctrica que fue aceptado por la Junta de Gobierno el 12 de julio al considerar que era una mejora y ello no perjudicaba a los demás licitadores. La modificación fue notificada el 17 de julio sin que haya sido implantada.

3º Respecto a lo señalado por la reclamante sobre las instalaciones recuerda que el apartado 4.5 del pliego de prescripciones técnicas establecía que el adjudicatario debía disponer de las instalaciones necesarias para la ejecución del contrato entre las que se cita expresamente las relativas al suministro de combustible o de energía eléctrica.

4º La reclamante tampoco cumplió el contrato cuando se admitió la cabeza tractora eléctrica a lo que se añadieron otra serie de incumplimientos como la no realización del documento técnico, la falta de señalización de las paradas o la no realización de los folletos en idiomas.

Por todo ello entiende que no procede la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Con fecha 7 de enero de 2020 la aseguradora del Ayuntamiento manifiesta que los hechos no están incluidos en la póliza. El 10 de enero el Ayuntamiento solicita de la aseguradora un informe que amplie las razones de esa negativa.

El 20 de enero de 2020 se concede trámite de audiencia a la reclamante y el 23 de enero a la aseguradora del Ayuntamiento.

No consta en el expediente la presentación de alegaciones.

Finalmente, con fecha 9 de julio de 2020, la instructora del procedimiento formuló propuesta de resolución en la que propone desestimar la reclamación al considerar que la resolución del contrato fue imputable a la reclamante.

**TERCERO.-** La alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial formula preceptiva consulta por trámite ordinario a través del consejero de Vivienda y Administración Local que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 14 de agosto de 2020, correspondiendo su

estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 22 de septiembre de 2020.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

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 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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), 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 la LCSP/17 al presente procedimiento de acuerdo con el criterio mantenido por esta Comisión en cuanto a 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).

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.-** La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en relación con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en cuanto al momento de interponer la reclamación era contratista. Es cierto que posteriormente el contrato ha sido resuelto pero esta Comisión considera procedente hacer uso tanto de la regla de la *perpetuatio legitimationis* como del principio *pro actione*.

La legitimación pasiva del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial proviene de su condición de parte en el contrato.

**TERCERA.-** En cuanto al procedimiento, tal y como indicó esta Comisión en su Dictamen 106/49, de 14 de marzo, han de seguirse los trámites del 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) que exige:

1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.
2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente.
3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención.
4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato.

En este caso se ha recabado informe del servicio competente y se ha concedido audiencia al contratista.

Ahora bien, en cuanto al informe de la Asesoría Jurídica ha de tenerse presente que la disposición adicional 3<sup>a</sup> apartado 8 de la LCSP/17 establece que los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario y en este caso la propuesta de resolución está suscrita por la secretaria accidental del Ayuntamiento por lo que podría entenderse cumplido dicho trámite. Sin embargo, no consta que se haya solicitado el informe preceptivo de la Intervención.

Por ello resulta necesario retrotraer el presente procedimiento para que se cumplimenten los trámites legalmente establecidos previos a la emisión del dictamen de esta Comisión. Al establecer el citado artículo 97 que los informes de la Asesoría Jurídica y de la Intervención son posteriores al trámite de audiencia y al informe del servicio competente, no será necesaria nueva audiencia del contratista salvo que el informe de la Intervención introduzca hechos nuevos.

Una vez emitido deberá formularse una nueva propuesta de resolución con carácter previo a la remisión a esta Comisión para dictamen.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede retrotraer el presente procedimiento para que se cumplimenten los trámites establecidos por el artículo 97 RGLCAP en los términos establecidos en la consideración jurídica tercera.

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 22 de septiembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 401/20

Sra. Alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial

Pza. de la Constitución, 3 – 28200 San Lorenzo de El Escorial