

Dictamen nº: **530/20**

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

Asunto: **Responsabilidad Contractual**

Aprobación: **24.11.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 24 de noviembre 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 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 concejala 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 amplíe 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.

El 14 de agosto de 2020 la alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial solicitó el preceptivo dictamen de esta Comisión que en el Dictamen 401/20, de 22 de septiembre consideró necesaria la retroacción del procedimiento para la emisión de informe por parte de la Intervención municipal.

El 14 de octubre de 2020 se acuerda retrotraer el procedimiento y solicitar el citado informe.

Con esa misma fecha emite informe la Intervención en el que considera que la reclamación ha de ser desestimada.

Asimismo, el 14 de octubre de 2020 se formula propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación formulada y la alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial solicita el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora.

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 27 de octubre 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 24 de noviembre 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.

Respecto al plazo de prescripción para formular la reclamación de responsabilidad contractual la legislación de contratos carece de plazo alguno existiendo así un vacío normativo, tal y como ha reconocido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2020 (rec. 7224/2018) que, frente a los plazos de prescripción establecidos en la legislación presupuestaria, considera aplicable el plazo de las acciones personales que no tengan un plazo especial recogido en el artículo 1964.2 del Código Civil. Este precepto que recogía un plazo de quince años fue modificado por la disposición final 1^a de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, reduciendo el plazo a cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

Puesto que según la reclamación los daños por los que reclama comenzaron a producirse en enero de 2019 la reclamación presentada el 31 de mayo de ese año estaría formulada dentro del plazo legal.

TERCERA.- En cuanto al procedimiento, tal y como ha indicado esta Comisión en sus dictámenes 106/19, de 14 de marzo, 401/20 de 22 de septiembre y 422/20, de 29 de septiembre, 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.

En cuanto al informe de la Asesoría Jurídica, tal y como indicamos en nuestro Dictamen 401/20, ha de tenerse presente que la disposición adicional 3^a 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 inicial de resolución estaba suscrita por la secretaria accidental del Ayuntamiento por lo que puede entenderse cumplido dicho trámite.

Se ha emitido informe por la Intervención Municipal de conformidad con lo indicado en el Dictamen 401/20 y finalmente se ha emitido una nueva propuesta de resolución.

CUARTA.- La responsabilidad contractual no aparece regulada en la legislación de contratos de una forma sistemática sino que tan solo en algunos preceptos, como por ejemplo al tratar la suspensión de los contratos, alude a la misma.

La responsabilidad contractual va intrínsecamente unida al incumplimiento de obligaciones contractuales y de hecho el artículo 1101 del Código Civil establece que: *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*.

Sin entrar en las discusiones doctrinales sobre la necesidad o no de un elemento subjetivo en el incumplimiento, lo que es esencial, tal y como recoge el citado artículo, es que haya existido un incumplimiento de las obligaciones contractuales por una de las partes del contrato. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de julio de 2017 (rec. 1203/2016) niega la existencia de responsabilidad contractual de la Administración al haberse cumplido las contraprestaciones a que se obligaron las partes contratantes.

En el caso que se plantea por la reclamante, es ineludible partir de lo indicado en nuestro Dictamen 447/19, de 30 de octubre, en el que se recogía la opinión de la Comisión favorable a la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista al amparo de lo establecido en el artículo 223 f) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

En concreto se destacaba que la contratista había incurrido en incumplimientos tales como: 1) falta de reposición de la garantía; 2) falta de abono del canon; 3) falta de puesta en ejecución del tren turístico; y, 4) falta de abono por parte del contratista de los gastos de publicidad.

Todo ello ha determinado que, después de la interposición de la presente reclamación, el Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial haya procedido a la resolución del contrato.

Esta circunstancia bastaría para entender que procede la desestimación de la reclamación, pero a ello hay que recordar que, tal y como recogen los informes evacuados en el presente procedimiento, los pliegos contemplaban que la cabeza tractora del tren turístico utilizase gas licuado, electricidad o fuese híbrida no diésel. En la licitación la reclamante realizó una oferta en la que proponía la utilización de gas resultando adjudicataria.

Tras la adjudicación, y no antes, la reclamante advirtió que no había ninguna gasinera cerca de San Lorenzo de El Escorial de tal manera que los costes serían muy elevados salvo que el Ayuntamiento ayudase a la reclamante en su construcción. Como esta posibilidad fue rechazada por el Ayuntamiento, lo cual es lógico puesto que era algo completamente ajeno a sus obligaciones contractuales, la reclamante propuso sustituir la cabeza tractora movida por gas por otra eléctrica lo cual fue autorizado por el Ayuntamiento a través de una modificación contractual.

Todo ello permite concluir que los incumplimientos contractuales han sido cometidos por la contratista y no por el Ayuntamiento. Así habría incumplido su propia oferta que incluía una cabeza movida por gas y que luego por los mayores costes no quiso asumir. Debe recordarse que como indica el Informe 63/09, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado:

“Así las cosas, parece que a juicio de la concesionaria la oferta que presentó en su día no tuviera carácter vinculante y pudiera modificarse unilateralmente por ella en el transcurso del tiempo de

vigencia de la concesión. Por supuesto, nada más alejado de la correcta interpretación del sistema contractual”.

No obstante, como decimos, y con una voluntad de favorecer la implantación del tren objeto del contrato, la Administración aceptó la sustitución (propuesta por la contratista) de la cabeza movida por gas por otra eléctrica. Sin embargo y después de esta modificación la contratista pretendió implantar unas cabezas tractoras movidas por diésel que era algo expresamente rechazado en los pliegos, razón por la que se denegó tal petición lo que conllevó que la contratista incumpliese el contrato y no implantase el servicio.

Lo expuesto implica que no existió incumplimiento alguno por parte de la Administración y sí por parte del contratista puesto que habiendo suscrito el contrato con la Administración debía haber cumplido las obligaciones asumidas en su oferta y, posteriormente, las que fueron aceptadas por ambas partes en la modificación del contrato. Pretender una responsabilidad contractual de la Administración por el incumplimiento de sus propias obligaciones carece de base jurídica alguna, máxime cuando el Tribunal Supremo ha negado la existencia de tal responsabilidad en casos en los que sí se habían cumplido tales obligaciones sobre la base del principio del riesgo y ventura [Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012 (rec. 160/2010)]. De esta forma la reclamación de responsabilidad contractual formulada por quien ha incumplido ostensiblemente sus propias obligaciones contractuales ha de considerarse contraria a la buena fe.

Por todo ello ha de desestimarse la presente reclamación de responsabilidad contractual.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad contractual.

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 24 de noviembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 530/20

Sra. Alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial

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