

Dictamen nº: **57/21**
Consulta: **Alcalde de Boadilla del Monte**
Asunto: **Responsabilidad Contractual**
Aprobación: **02.02.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 2 de febrero de 2021, emitido ante la consulta formulada por Alcalde del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, a través del consejero de Vivienda y Administración Local, 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 la paralización de la obra “*Terminación de edificio ‘Ciudad del Deporte y la Salud’. Fase 2. Zona de Campos de Fútbol*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 6 de noviembre de 2019, la contratista 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 de la mencionada obra, acordada mediante resolución del concejal delegado de Obras, de fecha 11 de septiembre de 2018, durante el periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 2018 y el 6 de mayo de 2019.

A su reclamación se acompaña informe pericial sobre los daños irrogados a la empresa constructora por la paralización de las obras de terminación de edificio Ciudad del Deporte y la Salud. Fase 2. Zona de Campos de Fútbol. El citado informe, que se acompaña de numerosa documentación acreditativa de lo recogido en el mismo, concluye señalando que «*la cuantía total de los costes, daños y perjuicios irrogados a la empresa Dragados S.A como consecuencia directa de la paralización total temporal de las obras de construcción de la Fase 2 de la "Ciudad del Deporte y de la Salud", entre el 11 de septiembre de 2018 y el 7 de mayo de 2019, tanto los injeridos por esta empresa al producirse la paralización en sí misma (adopción de medidas para la conservación de la seguridad y salud y la obra ejecutada durante la paralización) como los incurridos durante las 34 semanas (238 días) que duró la paralización total de la obra, ascienden a un importe de TRES CIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TRES CIENTOS OCHENTA Y DOS EUROS (337.382,00€)*».

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”, 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.

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.

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, traslicitarse 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 contrato con la adjudicataria, lo que es notificado a la reclamante.

Una vez formalizado contrato 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 el día 7 de mayo de 2019 a la constructora.

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

Por la Concejalía de Obras, a sugerencia de los técnicos municipales responsables del contrato, se suscribió en febrero de 2020 contrato menor con el G. P. I. I. S.L., al objeto de elaborar informe pericial para determinar la indemnización y la reclamación de daños presentada por la constructora por la paralización total de las obras.

En fecha 16 de abril de 2020 el gabinete pericial presentó informe respecto a la reclamación de daños y perjuicios formulada por la constructora el 6 de noviembre de 2019, con motivo de la paralización total de la obra adjudicada. Dicho informe realiza la cuantificación atendiendo a lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD Legislativo, 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP/2011), que considera aplicable.

En fecha 22 de abril de 2020, se dispone por la concejalía competente el impulso de la tramitación de la reclamación presentada.

En fecha 25 de junio de 2020, se emite informe por los técnicos del Área de Obras de Edificación, Rehabilitación, Mantenimiento y Patrimonio, responsables del contrato de referencia, sobre la reclamación de daños con motivo de la paralización total, en el que tras valorar y desglosar los gastos reclamados y los que consideran acreditados, concluyen: *«se propone, previo trámite de audiencia a D., S.A, la estimación de un total de 54.524,30 € en concepto de daños y perjuicios ocasionados a D., S.A por la paralización total de las obras de “TERMINACIÓN DE EDIFICIO ‘CIUDAD DEL DEPORTE Y LA SALUD’. FASE 2. ZONA DE CAMPOS DE FÚTBOL”, comprendida en el periodo del 11 de septiembre de 2018 al 6 de mayo de 2019».*

En fecha 29 de junio de 2020, se emite informe propuesta por el Servicio de Contratación con la conformidad de la Secretaría General sobre la citada reclamación de daños y perjuicios.

El día 3 de julio de 2020, el concejal de Obras formula propuesta de resolución en la que se vienen a estimar acreditados documentalmente un total de 54.524,30 €, con el detalle reflejado en la misma, otorgándose trámite de audiencia a la reclamante durante un plazo de diez días hábiles, a contar a partir del recibo de la comunicación, a la que acceden en fecha 6 de julio de 2020.

Con fecha 7 de julio de 2020, se solicita por la reclamante ampliación del plazo de audiencia otorgado, petición que fue atendida mediante comunicación de fecha 9 de julio de 2020, concediéndose la ampliación hasta el día 27 de julio de 2020.

El día 27 de julio de 2020, la constructora presenta escrito de alegaciones, manifestando su disconformidad con la propuesta de acuerdo que le ha sido trasladada, así como con los informes que sirven de base a dicha propuesta, reservándose el derecho a reclamar los daños y perjuicios que ha sufrido por causas ajenas al contratista y que no se hallen incluidos en la reclamación.

En fecha 30 de septiembre de 2020, se presenta informe por el gabinete pericial contratado por el Ayuntamiento sobre las alegaciones planteadas en el trámite de audiencia, ratificándose en el informe emitido en abril de 2020.

Con fecha 2 de octubre de 2020 se emite informe por los técnicos del Área de Obras de Edificación, Rehabilitación, Mantenimiento y Patrimonio, en el que se ratifican en los criterios y argumentos indicados en el informe suscrito con fecha 25 de junio de 2020, así como la valoración de daños y perjuicios realizada, si bien señala que “*con respecto a la factura OE20190108 emitida por la empresa Tevira, S.L. en fecha 3 de Julio de 2019 por un importe de 1.575,00 € + IVA correspondiente a trabajos de fijación de valla enrejado galvanizado, Dragados, S.A aporta declaración de la empresa Tevira, S.L en la que se indican que los trabajos facturados corresponden a trabajos ejecutados durante el mes de abril de 2019 quedando acreditado que dichos trabajos fueron efectivamente realizados durante la paralización total de las obras, por lo que se ha de estimar el importe de dicha factura*”; concluyendo: «*se propone la estimación de un total de 56.099,30 € en concepto de daños y perjuicios ocasionados a Dragados, S.A por la paralización total de las obras de “TERMINACIÓN DE EDIFICIO ‘CIUDAD*

DEL DEPORTE Y LA SALUD'. FASE 2. ZONA DE CAMPOS DE FÚTBOL", comprendida en el periodo del 11 de septiembre de 2018 al 6 de mayo de 2019».

El día 20 de noviembre de 2020, se otorga nuevo trámite de audiencia con puesta a disposición del expediente, solicitando nuevamente la reclamante la ampliación de plazo del citado trámite, presentada en fecha 24 de noviembre de 2020. El concejal de Obras, en fecha 2 de diciembre de 2020, atiende a la solicitud planteada, ampliando el plazo de puesta a disposición del expediente en la sede electrónica, con Registro de Salida número 13233, constando justificante de rechazo de acceso a la citada comunicación.

En fecha 9 de diciembre de 2020, se presenta escrito por la constructora en el que señala que no han recibido contestación a la solicitud presentada de ampliación de plazo de puesta a disposición del expediente, formulando queja por el breve plazo de tiempo con el que ha contado para el trámite.

Consta en el expediente que además de haberse remitido email como aviso de puesto de manifiesto en la sede electrónica de comunicación, la reclamante no ha accedido a la notificación electrónica.

Finalmente, previo informe de la interventora municipal y la Secretaría General, con fecha 4 de enero de 2021, se formula propuesta de resolución en la que se propone estimar parcialmente la reclamación en un total de 56.099,30 €, en concepto de daños y perjuicios ocasionados, por la paralización total de las obras durante el periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 2018 y el 6 de mayo de 2019, considerando de aplicación el TRLCSP/2011.

CUARTO- El Alcalde del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, a través del consejero de Vivienda y Administración Local formula preceptiva consulta por trámite ordinario, que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 5 de enero de 2021, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 2 de febrero 2021.

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 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), 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).

El procedimiento a seguir en estas reclamaciones de daños, tal y como viene recogiendo el Consejo de Estado es 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 interventora municipal y por 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.- La reclamación pretende una indemnización por los daños y perjuicios causados por la suspensión de la obra acordada por el concejal delegado de Obras en fecha 11 de septiembre de 2018, como consecuencia de la renuncia del director de obra.

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 recoge 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 periodo 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 periodo 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”.

No obstante, debe significarse que el apartado 5.º antes transscrito, 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.

Debe tenerse presente que, de conformidad con el apartado 2 de la disposición transitoria primera de la nueva LCSP/2017, ésta 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.

Así, 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.

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 hubiese recogido”.

Así, en tanto la propuesta de resolución como los distintos informes en los que se apoya, hacen una valoración de los daños y perjuicios siguiendo la legislación y doctrina anterior a la nueva ley reguladora de los contratos del sector público, no se ajusta a los conceptos que ésta establece en su artículo 208.2, lo que motiva una cuantificación indebida.

Ello hace necesario realizar una nueva valoración acorde a la nueva legislación aplicable, a fin de que previa audiencia a la reclamante, y los informes de la Secretaría General y la Intervención, se emita nueva propuesta de resolución.

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

CONCLUSIÓN

Procede retrotraer el procedimiento a fin de realizar una nueva valoración de los daños y perjuicios causados por la suspensión del contrato de acuerdo con lo indicado en la consideración segunda de este dictamen.

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 2 de febrero de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 57/21

Sr. Alcalde de Boadilla del Monte

C/ José Antonio, 42 – 28660 Boadilla del Monte