



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 337/2021

(Sección 2.^a)

San Cristóbal de La Laguna, a 17 de junio de 2021.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la entidad mercantil (...), por daños ocasionados por la suspensión de la ejecución del contrato administrativo de obras denominado «Reforma de la recta de meta y carril de salto de longitud de la pista de atletismo y repavimentación de la pista de atletismo IVÁN RAMALLO» (EXP. 302/2021 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El presente Dictamen, solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos, mediante oficio de 12 de mayo de 2021 (con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente), tiene por objeto la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación en concepto de responsabilidad contractual de dicha Administración municipal, iniciado a instancias de la entidad mercantil Iván Ramallo, y en virtud del cual se solicita la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la citada empresa adjudicataria como consecuencia de la suspensión de la ejecución del contrato administrativo de obras denominado «*Reforma de la recta de meta y carril de salto de longitud de la pista de atletismo y repavimentación de la pista de atletismo IVÁN RAMALLO*».

2. El resarcimiento de daños y perjuicios pretendido por la entidad mercantil tiene su origen en un contrato administrativo de obras. Es por esto, que la reclamación efectuada ha de encuadrarse dentro del ámbito de la denominada «*responsabilidad contractual*».

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Pues bien, en relación con esta responsabilidad patrimonial contractual de la Administración Pública, este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse repetidamente en sus dictámenes señalando cuanto se expone en las líneas subsiguientes (v.gr., Dictamen n.º 416/2018, de 9 de octubre o 207/2020, de 3 de junio):

«3. Como ya hemos manifestado en otros Dictámenes (por todos, Dictámenes 227/2018 y 525/2009), el régimen jurídico de la responsabilidad contractual difiere del aplicable a la extracontractual, hoy regulada por las Leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, ambas de 1 de octubre. A propósito de esta cuestión, aun cuando interpretando la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), razonábamos que el resarcimiento al contratista se funda en un contrato administrativo de obras, por lo que no puede configurarse como un supuesto de responsabilidad extracontractual, ya que el título habilitante proviene de la relación contractual que une a la Administración contratante y al contratista, dirigiéndose precisamente al otorgamiento de una compensación económica por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la ejecución de un contrato.

Establecida la naturaleza contractual de la indemnización, no resulta procedente por consiguiente la aplicación del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración, establecido en los arts.139 y siguientes LRJAP-PAC ni, por ende, su cauce procedimental.

En este sentido, es también doctrina reiterada que no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tiene otra vía procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico, como es el caso de las pretensiones de resarcimiento derivadas de relaciones jurídicas específicas que ligan previamente a la Administración con el particular, como sucede en las relaciones contractuales.

En línea similar ha señalado el Consejo de Estado que las pretensiones de resarcimiento que se formulan ante la Administración, eventualmente productora de un evento lesivo, tienen, conforme a Derecho, un cauce formal adecuado, en función del instituto jurídico del que trae causa la deuda de reparación en cuestión (Dictámenes 868/1997 y 4405/1998, entre otros).

En definitiva, el instituto de la responsabilidad patrimonial se destina, de forma específica, por el ordenamiento jurídico, a los supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración derivada del funcionamiento de los servicios públicos.

Insiste el Consejo de Estado, en su Dictamen correspondiente al expediente 456/2012, recaído en fecha de 10 de mayo de 2012 en que: “Como punto de partida, debe recordarse la reiterada doctrina del Consejo de Estado, expuesta, por ejemplo en el dictamen 1.796/2007, de 29 de noviembre de 2007, en el que se señalaba lo siguiente: “Es doctrina del Consejo de Estado que la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye una institución jurídica de cobertura de los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que aquéllos no dispongan de vías específicas de resarcimiento, de modo que los daños y perjuicios generados en el desenvolvimiento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible”. De este modo, cuando la reclamación se fundamenta en los daños producidos en la ejecución de un contrato su resarcimiento se inscribe en el marco de la legislación de contratos de las Administraciones públicas, y no en el régimen general de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

4. El escrito de reclamación de la contratista plantea su exigencia de responsabilidad contractual por daños y perjuicios al amparo del art. 102 (ha de entenderse 202 y 203) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP); y la Propuesta de Resolución no se pronuncia sobre la preceptividad del parecer de este Consejo.

Nuestros dictámenes vienen considerando que en lo relativo a la responsabilidad contractual la inaplicación del régimen general de la extracontractual no es óbice para la preceptividad del dictamen del Consejo, y la consiguiente necesidad de solicitarlo, porque el art. 11.1.D, e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) así lo dispone (“reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa patrimonial”), sin distinguir si esta responsabilidad patrimonial es de origen contractual o extracontractual.

Así, este Consejo Consultivo, en sus Dictámenes 206/2005, 4/2006, 6/2007, 437/2008, 206/2008, 172/2009 y 235/2009, 181/2010, 424/2017 y 179/2018, ha sostenido que el Dictamen es preceptivo en todos los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, sea de naturaleza contractual o extracontractual.

En la misma línea, el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en la redacción dada por Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, dispone la preceptividad del Dictamen en todos los procedimientos de reclamación a la Administración de indemnización de daños y perjuicios en cuantía superior a 6.000 euros, actualmente en vigor sin determinar cantidad alguna, modificado, no distinguiéndose a estos fines entre las de origen contractual o extracontractual (Véanse, por todos, los Dictámenes del Consejo de Estado correspondientes a los expedientes 1093/1991, recaído en fecha de 3 de octubre de 1991; y 3114/2002, recaído en fecha de 30 de enero de 2003)».

Así pues, a la vista de las circunstancias concurrentes, y teniendo en cuenta la doctrina sentada por este Organismo consultivo, se entiende acreditada la preceptividad del dictamen, la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos para solicitarlo, conforme a los arts. 11.1.D, letra e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC).

3. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas.

3.1. Siguiendo la doctrina sentada por este Organismo Consultivo (*v.gr.*, Dictamen 375/2019, de 17 de octubre, o 207/2020, de 3 de junio, entre otros), al supuesto analizado le resulta de aplicación, desde el punto de vista jurídico-sustantivo o material, la legislación vigente al tiempo de la adjudicación del contrato.

De esta manera, y teniendo en cuenta que el contrato del que trae causa la presente reclamación patrimonial se adjudicó por el Ayuntamiento de Los Realejos el día 3 de diciembre de 2018 (Decreto de la Alcaldía-Presidencia n.º 2018/2335, de 3 de diciembre de 2018), resulta de aplicación la normativa sustantiva vigente en ese momento; esto es, 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 (en adelante, LCSP) y el 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 (en adelante, RGLCAP, *vid.*, Disposición Transitoria primera de la LCSP, en sus apartados primero y segundo; Disposición final decimosexta en relación con los arts. 13 y 25.2 del citado texto legal; y la cláusula 3.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares).

3.2. En lo que se refiere al aspecto jurídico-formal, cabe efectuar las siguientes observaciones.

3.2.1. Desde el punto de vista procedimental, y aplicando la tesis sostenida por este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores (por todos, Dictamen 524/2018, de 27 de noviembre de 2018 y 207/2020, de 3 de junio), resultan de aplicación las normas de procedimiento vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a sustanciar la reclamación de responsabilidad patrimonial contractual. Afirmación que se sustenta en lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la LPACAP: «a) A los procedimientos ya iniciados

antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior». Norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición final cuarta de la LCSP.

Así pues, teniendo en cuenta que el presente procedimiento administrativo se inicia mediante escrito de reclamación con registro de entrada ante el Ayuntamiento de Los Realejos el día 29 de mayo de 2020, se colige que son de aplicación las previsiones normativas que, en materia procedimental, se establecen, tanto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como en el 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.

Todo ello sin perjuicio -como ya se ha indicado anteriormente-, de la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (apartado primero de la Disposición final cuarta de la LCSP).

3.2.2. Por otra parte, y como ha venido sosteniendo de manera reiterada el Consejo de Estado en numerosos dictámenes relacionados con la reclamación de daños y perjuicios formulada por los contratistas de la Administración, y derivadas de la paralización temporal de los contratos, « (...) *dicha reclamación ha de reputarse (como) una incidencia surgida entre la Administración y el contratista durante la ejecución del contrato y ha de encauzarse a través del procedimiento específico previsto 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 (...)* » (véanse, entre otros, los dictámenes 1041/2014, de 6 de noviembre, 55/2015, de 26 de febrero o 223/2015, de 9 de abril).

De esta manera, resulta inexcusable, desde el punto de vista procedimental, observar las formalidades legalmente requeridas por dicho precepto.

4. La reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo legalmente establecido en el art. 208.2, letra c) LCSP: *«El derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato»*.

En este sentido, cabe indicar que, si bien el acta de reanudación de los trabajos se extendió el día 16 de julio de 2019, la reclamación indemnizatoria se plantea ante

la Administración municipal el día 29 de mayo de 2020; y, por tanto, dentro del plazo previsto legalmente.

5. La competencia para resolver el presente expediente administrativo de responsabilidad patrimonial contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 97, apartado 4 del RGLCAP).

En este caso, y de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 2.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige el presente contrato administrativo de obras, *«el órgano de contratación, que actúa en nombre del Ayuntamiento de Los Realejos es la Junta de Gobierno Local, en virtud de la delegación realizada por el Decreto 1263/2015, de 15 de junio, y conforme a lo previsto en la Disposición Adicional 2ª apartado 1º de la LCSP»*.

Sin embargo, mediante Decreto n.º 2018/2335, de 3 de diciembre de 2018, de la Alcaldía-Presidencia, se acuerda *«avocar la competencia delegada a la Junta de Gobierno Local, conferida mediante decreto de la Alcaldía-Presidencia n.º 1263/15, de fecha 15 de junio, referida a la adjudicación del contrato de las obras comprendidas en los proyectos denominados “REFORMA DE LA RECTA DE META Y EL CARRIL DE SALTO DE LONGITUD DE LA PISTA DE ATLETISMO Y PAVIMENTACIÓN DE LA PISTA DE ATLETISMO IVÁN RAMALLO”*». Y es que, como señala la propia resolución de adjudicación del contrato, *«dicha competencia ha sido delegada por el Sr. Alcalde-Presidente en la Junta de Gobierno Local en virtud del Decreto de la Alcaldía-Presidencia n.º 1263/15, de 15 de junio, siendo, por tanto, dicho órgano colegiado el competente en el presente expediente. (...) No obstante, en el presente supuesto, resulta preciso avocar la competencia delegada por parte de la Alcaldía, al amparo de lo establecido en art. 10 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público»*.

6. El plazo para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses; transcurridos los cuales, si no se notificara al interesado resolución expresa, se produciría silencio en sentido desestimatorio (art. 91.3 LPACAP en relación con el apartado 2.º de la Disposición final cuarta de la LCSP). En el presente supuesto, se ha superado el referido plazo de seis meses, no obstante, la Administración está obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa (art. 21 LPACAP).

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1.- Mediante Decreto del Alcalde-Presidente n.º 2018/2335, de 3 de diciembre de 2018, se adjudica a favor de la entidad mercantil Iván Ramallo, el contrato administrativo para la ejecución de las obras comprendidas en los proyectos denominados «REFORMA DE LA RECTA DE META Y EL CARRIL DE SALTO DE LONGITUD DE LA PISTA DE ATLETISMO» (lote 1) y «PAVIMENTACIÓN DE LA PISTA DE ATLETISMO IVÁN RAMALLO» (lote 2).

2.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 21 de enero de 2019 se acordó la rectificación de un error material en la adjudicación del lote n.º 1 («REFORMA DE LA RECTA DE META Y CARRIL DE SALTO DE LONGITUD DE LA PISTA DE ATLETISMO»), en el sentido de corregir el error advertido en el apartado 3.º de la parte resolutive del Decreto de la Alcaldía-Presidencia n.º 2018/2335, de 3 de diciembre consistente en el sumatorio del importe de adjudicación y el importe del IGIC.

3.- Mediante Decreto de la Alcaldía Presidencia n.º 2019/569, de fecha 19 de marzo -del que se dio cuenta a la Junta de Gobierno Local-, se acordó la suspensión de la firma del Acta de Comprobación del Replanteo hasta el 13 de mayo de 2019, por los motivos expuestos en el cuerpo del citado Decreto de Alcaldía. Extendiéndose con fecha 19 de marzo de 2019 el acta de suspensión de inicio de las obras, en el que el contratista pone de manifiesto que existe acuerdo para realizar la referida suspensión, no observándose que se le produzca daño y perjuicio alguno, resultando conformidad del contratista.

4.- El día 13 de mayo de 2019 se firman las actas de comprobación de replanteo con la empresa contratista para la ejecución de los dos lotes en que se divide el contrato administrativo de obra, no haciendo ninguna observación la empresa adjudicataria.

5.- Mediante Decreto n.º 2019/1359, de 5 de julio, de la Concejala Delegada de Servicios Generales, se acordó incoar expediente de modificación del proyecto y modificación del contrato, dando trámite de audiencia al contratista y a la redactora del proyecto. Asimismo, se declaró la suspensión de la ejecución de la obra con efectos retroactivos desde el día 31 de mayo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 159 RLCSP.

6.- Con fecha 9 de julio de 2019, la empresa contratista manifiesta su conformidad a la modificación contractual pretendida, no formulando objeciones al respecto.

7.- Mediante Decreto n.º 2019/1384, de 11 de julio, de la Concejala Delegada de Servicios Generales, se aprueba definitivamente el expediente de modificación de proyecto y modificación del contrato -a la vista del informe favorable del Arquitecto Jefe de la Gerencia municipal de Urbanismo-, ampliando « (...) *el plazo de ejecución de ambos proyectos en un mes desde la aprobación de esta modificación y consiguiente acta de reanudación de las obras*».

8.- El día 11 de julio de 2019 se formaliza el acta de suspensión de los trabajos con efectos retroactivos desde el día 31 de mayo de 2019, poniendo de manifiesto el contratista en ese acto que existe acuerdo para realizar la referida suspensión, no observándose que se le produzca daño y perjuicio alguno, resultando conformidad del contratista.

9.- Con fecha 16 de julio de 2019 se extiende acta de reanudación de los trabajos, en la que el contratista pone de manifiesto que existe acuerdo para realizar la reanudación, resultando conformidad del contratista, acordando las partes reanudar la ejecución de la obra en ese acto comenzando a contar el plazo ampliado a tal fin.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial contractual se inicia mediante escrito de 29 de mayo de 2020, en el que, como ya se ha indicado anteriormente, la empresa Iván Ramallo (adjudicataria del contrato de obras precitado) reclama al Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la citada entidad mercantil durante la ejecución del contrato administrativo de referencia como consecuencia de la suspensión de las obras (derivada, a su vez, de la necesidad de tramitar una modificación contractual).

En este sentido, la empresa contratista fundamenta su pretensión resarcitoria en los siguientes términos:

«Fruto de la incorrecta concepción de la obra, que pivotaba en un incorrecto proyecto de ésta, con diferentes ausencias de unidades, que impedían desarrollar y, en definitiva, ejecutar el objeto del contrato, se tuvo que llevar a efecto un modificado.

Durante el interín de esa circunstancia y la realización del modificado, al margen de otras muchas vicisitudes de sobra conocidas por la Administración, las obras se vieron paralizadas por causa ajena a la contratista, quien no podía continuar con la misma (no se

sabía que trabajos realizar al constar terminados los proyectados) a pesar de haber destinado sus recursos para un plazo previsto y determinado que, a la postre está, se tuvo que cambiar por causa imputable a la Administración.

Pues bien, esta circunstancia provocó que se suspendieran los trabajos en el mes de mayo (concretamente el 31 de mayo de 2019) y se reanudaran el 15 de julio del referido año».

Como consecuencia de las circunstancias expuestas anteriormente, y en aplicación de lo establecido en el art. 208 LCSP, la entidad reclamante solicita una indemnización -en concepto de daños y perjuicios- que asciende a la cantidad total de 70.531,41 euros. Dicho importe se desglosa en los siguientes conceptos: a) Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva; b) Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que se tuvieran concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión; c) Gastos salariales del personal que necesariamente tuviera que quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión; d) Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos; e) El 3% 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; y f) Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas.

2.- Mediante diversos oficios de 3 de junio, 24 de junio y 9 de julio de 2020, se solicitó a la Dirección facultativa la emisión de informe con relación a la reclamación presentada por la empresa contratista.

Del mismo modo, y a través de diversas notas de régimen interior fechadas los días 2 y 17 de junio, y 8 y 24 de julio de 2020, se dio traslado de la reclamación interpuesta al Arquitecto de la Gerencia Municipal de Urbanismo -unidad encargada del seguimiento del contrato-, al objeto de que se pronunciara respecto al contenido de aquella.

3.- Con fecha 10 de agosto de 2020, se emite Decreto n.º 2020/1244, de la Alcaldía Presidencia en cuya virtud se acuerda *«suspender, de conformidad con el artículo 22.1.d de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el plazo para resolver la reclamación de daños y perjuicios presentada por la entidad (...), con fecha 29 de mayo de 2020 (número de registro telemático 2020/1105), hasta la recepción de los dos informes técnicos citados en el Antecedente de Hecho Segundo y el preceptivo informe del Consejo Consultivo de Canarias. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses».*

4.- Nuevamente, mediante oficios de 4 de septiembre y 19 de octubre, se solicitó a la Dirección facultativa informe con relación a la solicitud de la contratista instada en virtud del Registro telemático n.º 2020/1105, de 29 de mayo.

Asimismo, se solicitó, una vez más, informe por parte de la Unidad encargada de supervisión del contrato -en virtud de notas de régimen interior de fechas 3 de septiembre y 15 de octubre-.

5.- Con fechas 22 de octubre de 2020 y 5 de noviembre de 2020, se emiten los informes de la Dirección facultativa y del arquitecto de la Gerencia Municipal de Urbanismo, respectivamente, en relación con el contenido de la reclamación planteada por la empresa contratista con fecha 29 de mayo de 2020.

6.- Con carácter previo a la Propuesta de Resolución -mediante oficio de 13 de noviembre de 2020-, se acuerda la apertura del trámite de audiencia, confiriéndole a la entidad mercantil un plazo de diez días hábiles para que pudiera alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimase pertinentes en defensa de sus derechos e intereses.

Según se desprende del expediente administrativo, la apertura del trámite de audiencia consta debidamente notificada a la entidad mercantil reclamante el día 13 de noviembre de 2020.

7.- Una vez transcurrido el plazo otorgado para la cumplimentación del trámite de audiencia, el contratista no formula alegaciones (según se acredita en informe de 1 de diciembre de 2020, emitido por el jefe de servicios generales del punto de información y atención al ciudadano).

8.- Con fecha 11 de diciembre de 2020 se emite Informe Propuesta de Resolución por la que se acuerda *«no reconocer a (...), el derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la suspensión de la obra»* -apartado segundo de la parte dispositiva-.

9.- Con fecha 15 de diciembre de 2020 se solicita la emisión del informe preceptivo de la Intervención; que es finalmente evacuado el día 21 de ese mismo mes y año.

10.- Con fecha 14 de enero de 2021 se acuerda dar traslado al contratista del Informe-Propuesta de Resolución de 11 de diciembre de 2020 (que al tiempo constituye informe jurídico de Secretaría), así como del informe de la Intervención, confiriéndole trámite de audiencia por un plazo de diez días hábiles a los efectos de que pudiera alegar cuanto estimase procedente.

11.- Mediante escrito fechado el día 29 de enero de 2021, el representante de la empresa Iván Ramallo, formula las alegaciones que tiene por convenientes en defensa de sus derechos e intereses.

12.- Tras la anterior tramitación procedimental, se emite Informe-Propuesta de Resolución de 11 de diciembre de 2020 (documento n.º 746).

13.- Mediante oficio de 25 de febrero de 2021 (con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 1 de marzo de 2021), se solicita la evacuación del dictamen de este Consejo Consultivo de Canarias [arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC].

14.- Con fecha 8 de abril de 2021 se emite Dictamen 153/2021 de este Organismo Consultivo, en el que se ordena retrotraer las actuaciones, por cuanto « (...) resulta absolutamente necesario clarificar en la nueva Propuesta de Resolución que se remita a este Consejo Consultivo, la postura del órgano instructor: favorable o no a la apreciación de una renuncia a la acción indemnizatoria por parte del contratista ex art. 208 LCSP; y, sólo en este segundo caso, entrar a discutir las diferentes partidas reclamadas por el contratista».

15.- Con fecha 21 de abril de 2021 se formula Informe-Propuesta de Resolución por la que se acuerda *«estimar parcialmente la solicitud de abono en concepto de daños y perjuicios solicitada por la entidad (...), mediante escrito presentado por Registro Telemático nº 2020/1105, de 29 de mayo de 2020, como consecuencia de la suspensión total y temporal de las obras denominadas: "REFORMA DE LA RECTA DE META Y CARRIL DE SALTO DE LONGITUD DE LA PISTA DE ATLETISMO Y REPAVIMENTACIÓN DE LA PISTA DE ATLETISMO IVÁN RAMALLO" y, en consecuencia, reconocer el derecho al abono de la suma de 2.393,37€ a que asciende el 3% reclamado en concepto de "paralización de obra"; con desestimación del resto de importes objeto de reclamación, por los motivos que constan en el Fundamento de Derecho IV»*.

Con idéntica fecha la Secretaria accidental del Ayuntamiento de los Realejos emite nota de conformidad con el informe jurídico elaborado por el Servicio de Contratación municipal (art. 3.4 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional).

16.- Con fecha 21 de abril de 2021 el órgano instructor acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia del expediente, concediendo al contratista un plazo de 10 días hábiles para poder formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimara pertinentes en defensa de sus derechos.

Consta debidamente acreditado en el expediente la notificación al contratista de dicho trámite de vista y audiencia.

17.- Con fecha 10 mayo de 2021 la entidad contratista formula escrito de alegaciones.

18.- El día 12 de mayo de 2021 se formula, nuevamente, Informe-Propuesta de Resolución por la que se acuerda *«estimar parcialmente la solicitud de abono en concepto de daños y perjuicios solicitada por la entidad (...), mediante escrito presentado por Registro Telemático nº 2020/1105, de 29 de mayo de 2020, como consecuencia de la suspensión total y temporal de las obras denominadas: “REFORMA DE LA RECTA DE META Y CARRIL DE SALTO DE LONGITUD DE LA PISTA DE ATLETISMO Y REPAVIMENTACIÓN DE LA PISTA DE ATLETISMO IVÁN RAMALLO” y, en consecuencia, reconocer el derecho al abono de la suma de 2.393,37€ a que asciende el 3% reclamado en concepto de “paralización de obra”; con desestimación del resto de importes objeto de reclamación, por los motivos que constan en el Fundamento de Derecho IV».*

IV

1. La Propuesta de Resolución sometida al análisis jurídico de este Organismo Consultivo estima parcialmente la reclamación de daños y perjuicios formulada por la entidad contratista -Iván Ramallo- como consecuencia de la suspensión total y temporal de las obras de *«REFORMA DE LA RECTA DE META Y CARRIL DE SALTO DE LONGITUD DE LA PISTA DE ATLETISMO Y REPAVIMENTACIÓN DE LA PISTA DE ATLETISMO IVÁN RAMALLO»*) y, en consecuencia, reconoce el derecho al abono de la cantidad reclamada en concepto de *«paralización de obra»* (2.393,37 euros); desestimando el resto de conceptos indemnizatorios solicitados.

Respecto a una eventual renuncia a la acción indemnizatoria por parte del contratista ex art. 208 LCSP, la propuesta de resolución señala que, *« (...) si bien en el momento de la firma del Acta de Suspensión la empresa manifestó expresamente que la misma no le producía daños ni perjuicios, consta acreditado en el expediente que mediante escrito de fecha 6 de junio de 2019 manifestó todo lo contrario (“que bajo ningún concepto renuncia a la reparación del daño o posible indemnización a la que pudiera tener derecho”). Ante la falta de claridad de dicha posible renuncia, que en cualquier caso deberá ser clara e indubitada, y en aras del principio de agilidad procedimental, se estima más ajustado a Derecho la admisión a trámite de dicha reclamación, y posteriormente, entrar en el fondo del asunto y determinar la procedencia/improcedencia del abono de cada una de las cantidades reclamadas en concepto de daños y perjuicios por la suspensión total y temporal de las obras»* (Antecedente de Hecho vigesimoprimero).

De esta manera, y como reconoce la propia Administración Pública, procede entrar en el fondo del asunto planteado, analizando los diversos conceptos indemnizatorios reclamados, y, por tanto, determinando la procedencia o no de su reconocimiento y posterior abono.

2. No obstante, y con carácter previo, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas referentes al régimen jurídico aplicable a la suspensión de los contratos administrativos.

2.1. De acuerdo con la cláusula 33.^a del Pliego de cláusulas Administrativas Particulares, «si la Administración acordase la suspensión del contrato o la misma tuviere lugar por aplicación de lo dispuesto en el artículo 198.5 de la LCSP, se extenderá un acta, de oficio o a solicitud del contratista y se procederá por la Administración al abono a aquél, de los daños y perjuicios efectivamente sufridos, con arreglo a las reglas previstas en el artículo 208.2 de la LCSP.

De la suspensión se levantará la correspondiente 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 aquél. Dicha acta deberá ser firmada por el Director Facultativo y Responsable del Contrato y por el contratista».

Por su parte, el art. 208 LCSP («Suspensión de los contratos») dispone lo siguiente:

«1. 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.

2. 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 Suprimido.

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.

b) Solo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta. El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud.

c) El derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato».

2.2. Respecto a la suspensión de los contratos, la doctrina jurisprudencial ha tenido ocasión de señalar lo siguiente (véase, entre otras, la sentencia n.º 1343/2020, de 30 de junio de 2020, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Rec. 456/2019):

«Existe coincidencia entre las partes en que la paralización de las obras, parcial y total, como consecuencia de los dos Modificados, no estuvieron motivadas, en ninguna medida, ni directa ni indirectamente, por causas imputables al contratista.

El art. 102.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, Ley Contratos de las Administraciones Públicas dispone “Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste.

La suspensión de las obras por causa imputable a la Administración otorga al contratista el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios efectivamente sufridos, debiéndose procurar la indemnidad patrimonial del contratista en el caso de incumplimiento imputable a la Administración, debiendo de ser indemnizados todos los perjuicios que se acrediten como real y efectivamente producidos.

La sentencia de 1 octubre 2014 del Tribunal Supremo determina “que ha de tratarse de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa. Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la suspensión, y habrá de hacerlo así: primero, describiendo el concreto personal y demás elementos materiales que

necesariamente han tenido que quedar adscritos y dedicados en exclusiva a la obra que haya sido objeto de la suspensión; segundo, ofreciendo prueba, con suficientes garantías de objetividad, que demuestre que el personal y los elementos así descritos estuvieron efectivamente adscritos a la obra suspendida y no fueron utilizados en otras obras o actividades distintas de la contratista; y tercero, aportar la documentación que, directamente referidas a tales elementos, ponga de manifiesto el montante de su costo.

La segunda es que por aplicación de las reglas de la carga de la prueba incumbe a la contratista probar y justificar debidamente todo lo anterior”».

Por su parte, el Consejo de Estado *«ha señalado reiteradamente (entre otros, dictámenes números 99/2020, de 21 de mayo, o 545/2020, de 26 de noviembre) que, con carácter general, el derecho del contratista a cobrar, sobre dicha base legal, los incrementos de costes directos e indirectos así como de los gastos generales en que ha incurrido por suspensiones y aumento del plazo de ejecución de las obras han de referirse a situaciones en que la Administración hubiera acordado la suspensión del contrato, siempre que la suspensión de los trabajos hubiera tenido lugar por causa imputable a ella y no al contratista. Asimismo, los conceptos indemnizables deberán ser justificados y acreditados por este, lo que implica la aportación de los correspondientes medios de prueba, a partir de los que quepa, razonablemente, deducir la producción de un daño concreto y efectivo.*

Según tiene dicho este Consejo de Estado, la justificación de las causas por las que el contratista formula su pretensión indemnizatoria debe contenerse en el escrito de reclamación presentado al efecto, en el que han de detallarse los hechos y las circunstancias que avalan su pretensión. Ha de recordarse en este punto lo señalado en la Memoria del Consejo de Estado del año 2004, en la que se decía que debía tratarse de evitar que la suspensión de los contratos fuera ocasión de lucro o beneficio para el contratista, exigiendo para ello la debida justificación de los gastos efectivamente sufridos por aquel, los cuales tendrían que guardar una relación directa con la suspensión, todo ello con la finalidad de evitar las negativas consecuencias que lo contrario puede tener para los intereses públicos» (dictamen n.º 630/2020, de 17 de diciembre).

Así pues, para que proceda la indemnización en estos casos es necesario que la causa de la suspensión no sea imputable, directa o indirectamente, al contratista. Y, al igual que para la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la que la carga de la prueba de los daños y de su relación con los servicios públicos corresponde al reclamante, en la responsabilidad contractual también es aplicable la regla general de la carga de la prueba del art. 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La prueba de su realidad y cuantía es esencial ya que como

señala el Dictamen n.º 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado, ha de prevalecer la «efectividad» en la producción de los daños y perjuicios.

Finalmente, la doctrina de este Consejo Consultivo de Canarias relativa a la responsabilidad contractual queda perfectamente delimitada, entre otros, en su Dictamen 212/2021, de 29 de abril (con cita del Dictamen 416/2018, de 9 de octubre):

« (...) como dijimos en nuestro Dictamen 416/2018, de 9 de octubre, " (...) para que exista responsabilidad contractual es necesario que concurren los siguientes elementos: `el personal; una actividad positiva u omisiva; la producción de un resultado perjudicial para alguien, y una relación de causalidad entre la acción desarrollada y la consecuencia producida´. Es, en definitiva, una responsabilidad que supone `la preexistencia de un vínculo o relación jurídica contractual´, vertebrada sobre el elemento de la culpa y cuya aplicación `se sustenta en el hecho indubitado de que el incumplimiento de una obligación por una de las partes haya causado un daño o perjuicio a la otra´ daño que ha de ser indemnizado en su integridad. Por lo que la responsabilidad exigida por la entidad mercantil está supeditada a la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Existencia de un incumplimiento por la Administración de sus obligaciones contractuales, basados en circunstancias y hechos probados.*
- b) Producción efectiva de daños y perjuicios al contratista, cuantificables y concretos, y*
- c) Relación de causalidad entre el incumplimiento y los daños y perjuicios.*

El incumplimiento debe ser imputable directa y únicamente a la Administración contratante, es decir, sin interferencias extrañas, acontecimientos externos de carácter imprevisible o irresistible, que puedan anular la relación de causalidad, (...) y los daños o perjuicios causados. Los daños o perjuicios reclamados deben concretarse y comprender los `efectivamente sufridos´, entendiéndose como tales los daños efectivos o reales que hubiere sufrido el contratista, sin que proceda la compensación integral, sino de aquellos daños que realmente se hubieran producido. La certeza de la presencia de los requisitos señalados debe quedar probada en la reclamación, recayendo la carga de la prueba en el reclamante (art. 217.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)».

3. A la vista de lo anteriormente expuesto, y previo a cualquier otra consideración, ha de examinarse la causa de la suspensión y, en particular, si resulta atribuible o no al contratista, pues, como se ha indicado anteriormente, del tenor del art. 208 LCSP se desprende, tal como ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial, que el legislador ha querido establecer el derecho del contratista al abono por parte de la Administración de los daños y perjuicios sufridos por aquel

cuando la Administración acuerde la suspensión del contrato por causa no imputable a aquel.

En este sentido, y como señala el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 731/2018, de 10 de enero de 2019, *« (...) el análisis sistemático del mencionado precepto legal lleva a la conclusión de que para que la Administración sea responsable de indemnizar los daños y perjuicios, no solo ha de acordar formalmente la suspensión del contrato, sino que dicha suspensión no debe ser imputable al contratista. A dicha conclusión se llegaría igualmente por aplicación supletoria de las normas del Derecho privado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 del citado texto refundido de la Ley de Contratos antes citado, pues el artículo 1101 de Código Civil dispone 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 aquél”. Ello resulta de aplicación igualmente a los retrasos experimentados en el plazo de ejecución de los contratos cuando no lleven aparejada una suspensión».*

Pues bien, en el caso sometido a consulta, una apreciación conjunta de las actuaciones obrantes en el expediente pone de manifiesto que la suspensión de la ejecución de las obras, condicionado por la necesidad de redactar un proyecto modificado, obedeció a causas no imputables al contratista. Circunstancia esta que no es discutida por la propia Administración Pública en su Propuesta de Resolución.

4. Sentado lo anterior, resulta conveniente analizar de forma separada la procedencia de la indemnización por cada uno de los conceptos reclamados por la adjudicataria del contrato; teniendo en cuenta que la contratista circunscribe su reclamación al periodo de suspensión temporal de las obras, que abarca desde el 31 de mayo de 2019 hasta el 15 de julio de ese mismo año.

4.1. Respecto al concepto indemnizatorio previsto en el art. 208.2, letra a), ordinal 5.º de la LCSP [*« (...) 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»*], y reclamado por el contratista -en la cuantía de 5.983,42 euros-, se entiende que es conforme a Derecho la estimación parcial planteada por la Propuesta de Resolución.

Tal y como señala el órgano instructor, *« (...) en ambos lotes, el acta de comprobación del replanteo e inicio de las obras se formalizó el día 13 de mayo de 2019, con un periodo de ejecución inicial de 30 días, y (...) los trabajos se suspenden con efectos retroactivos de 31 de mayo de 2019».*

De esta manera, la entidad contratista « (...) trabajó un total de 18 días, restando un periodo de 12 días, por lo que en ningún caso procedería la indemnización que se solicita por el plazo total, y tampoco tomando como referencia el precio del contrato después de tramitarse un modificado (motivo de la suspensión), sino que el periodo a tener en cuenta es el del periodo de la suspensión según el cronograma de los trabajos, y conforme al precio del contrato a la fecha de la suspensión (precio inicial de 81.159,10 € para el lote 1, sin IGIC; y 118.288,48€ para el lote 2, sin IGIC). Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208.2. a).5º de la LCSP, ya citado.

En este sentido se pronuncia además la Unidad Encargada de la Supervisión del contrato en su informe de fecha 5 de noviembre de 2020 (...).

Por tanto, en concepto de 3% de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el periodo de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo, el precio inicial del contrato y el plazo de ejecución total, será de 2.393,37€ (a razón de 973,91€ respecto del lote 1, más 1.419,46€ respecto del lote 2)».

4.2. En relación con los «gastos por mantenimiento de la garantía definitiva» [art. 208.2, letra a), ordinal primero de la LCSP], no procede su abono por cuanto no consta acreditada fehacientemente su realidad, efectividad e importe, según se exige en el precepto legal citado anteriormente.

En este sentido, se ha de señalar que, si bien figura en el expediente administrativo la constitución de la preceptiva garantía definitiva para cada uno de los dos lotes -equivalente al 5% del precio de adjudicación de cada lote (sin IGIC)-, mediante sendos certificados de seguro de caución con la empresa «Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A., Cía. de Seguros y Reaseguros SME» -CESCE- (identificados con el n.º 2019/18332 y 2019/18333, por importes de 5.639,50 € para el lote 1, y de 7.617,83 € para el lote 2), sin embargo, la entidad contratista no acredita la realidad de estos gastos.

Tal y como se indica en la propuesta de resolución, « (...) en su escrito de reclamación de 29 de mayo de 2020, la entidad contratista no aportó prueba alguna respecto a los costes de mantenimiento de dichas garantías referidos al periodo de la suspensión de las obras, tal y como además se indica en el informe de la Unidad Encargada de Supervisión del Contrato de 5 de noviembre de 2020. (...) posteriormente, en fase de alegaciones, la empresa aporta con fecha 29 de enero de 2021, un recibo anual por importe de 140,63 €, en relación a una póliza de seguro de caución identificada con el nº 09/1/1.005.288, y fecha de vencimiento 31/07/2019, emitida por CESCE. Del contraste de dicha documentación con los certificados de seguro de caución que obran en el expediente, resulta que no consta acreditado si el recibo aportado (referido además a un solo seguro de caución) engloba o se refiere a la garantía definitiva de alguna de las obras incluidas en los dos lotes 1 y 2 del

contrato que nos ocupa. Tampoco consta acreditado el importe de la posible comisión de mantenimiento de las garantías definitivas durante el periodo de la suspensión».

Por tales razones, se ha de desestimar esta partida indemnizatoria en su integridad ante la falta de justificación de los daños y perjuicios.

4.3. El tercer concepto reclamado por la contratista es el denominado «*coste de productos*», en el que se incluye el aumento del coste de productos por retraso de obra, arrojando una diferencia de precio total -para ambos lotes- de 4.984,40 euros.

En este caso, la partida reclamada no se entiende incluida dentro de los diversos conceptos indemnizables recogidos en el art. 208.2, apartado a) LCSP (en idéntico sentido se pronuncia la Propuesta de Resolución y el informe de 5 de noviembre de 2020, emitido por la Unidad encargada de la supervisión del contrato). Lo que, unido a la falta de acreditación de su «*realidad, efectividad e importe*» determina la improcedencia de indemnizar al contratista por este concepto.

4.4. Respecto al cuarto concepto reclamado por el contratista («*Gastos de personal y otros*») resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones, en función del desglose efectuado por el propio adjudicatario del contrato en su escrito de reclamación.

4.4.1. En lo que se refiere a la reclamación de gastos de personal adscrito a la obra y otros gastos relativos a determinados trabajadores [(...), (...) y (...)], se advierte, en unión de criterio con la Propuesta de Resolución, que dichos conceptos no resultan indemnizables por cuanto se corresponden con desembolsos efectuados en fechas en las que no se había suspendido la ejecución del contrato (desde el 13 de mayo hasta el 23 de mayo de 2019). Recuérdese que el acta de suspensión se suscribe con efecto retroactivo desde el día 31 de mayo de 2019, por lo que, como señala el instructor « (...) *no se entiende que se solicite abono de daños y perjuicios por suspensión del contrato de conceptos comprendidos durante un periodo en el que se estaba ejecutando el contrato, de fecha anterior a la suspensión de las obras*».

Por otro lado, la reclamación de dichos gastos se efectúa en relación con una obra y/o contrato administrativo distinto al que se analiza en el presente expediente. En este sentido, resulta oportuno reproducir los argumentos expuestos por la Propuesta de Resolución respecto a dicha circunstancia:

« (...) la (...) "LIQUIDACIÓN N° 1" y "LIQUIDACIÓN N° 3" comprende periodos anteriores a la fecha de la suspensión, además de referencias a otra supuesta obra ajena a este Ayuntamiento, ejecutada en el vecino municipio de La Orotava. (...) la "LIQUIDACIÓN N° 2"

(...) hace referencia a visita del representante legal de la contratista (y no trabajador de la empresa), según se refleja en su propia liquidación de gastos, para "Reunión en el Ayuntamiento de Los Realejos Modificación de Proyecto y Visita al Ayuntamiento de La Orotava estado de las certificaciones".

A mayor abundamiento, con relación a la liquidación de gastos por desplazamientos se aportan dietas de (...) y (...) (LIQUIDACIÓN Nº 3 -previa a la suspensión-), con cargo a la obra "(...)", durante un periodo en el que la obra no se había suspendido, de lo que se deduce que se trata de trabajadores que, en todo caso, no estaban adscritos a las obras de este Ayuntamiento de Los Realejos, (coincidiendo las fechas de las dietas y de confirmación de reservas de billetes de barco, y factura del complejo de apartamentos con la de las dietas por desplazamiento a dicha obra de la Orotava -"(...)"-, según se pone de manifiesto en su propia liquidación).

Sin perjuicio de lo expuesto, con relación a los gastos salariales, no se acredita fehacientemente ni la adscripción del trabajador, en exclusiva, durante la suspensión de las obras a éstas; ni la realidad, efectividad e importe de dichos gastos salariales; no consta ni tan siquiera su relación laboral con la empresa (contratos); tampoco consta si como consecuencia de la suspensión de las obras se llevó a cabo la suspensión de contrato laboral; no se aportan justificantes del gasto (nóminas y abono de nóminas).

Si bien una de las partidas indemnizables está constituida "Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión", las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1995 y de 24 de septiembre de 1999 ponen de manifiesto que dentro de este concepto no se incluye la totalidad del personal de la empresa que permaneció ocioso durante la paralización de los trabajos contratados, sino únicamente los concretos profesionales que permanecieron adscritos a la obra durante el período de suspensión, y que por esa causa no pudieron realizar la actividad que normalmente despliegan».

A la vista de lo anteriormente expuesto, se entiende que no procede estimar cantidad alguna en compensación por dicho concepto.

4.4.2. La empresa contratista formula, igualmente, reclamación de gastos de personal adscrito a la obra y otros gastos relativos a un concreto trabajador cualificado (...).

Pues bien, respecto a este concepto indemnizatorio, y a la luz del contenido del expediente administrativo, se entiende que no procede su abono; debiendo reproducir lo argumentos expuestos por la Propuesta de Resolución:

« (...) no acredita la realidad, efectividad e importe y abono de dichos gastos, añadiendo conceptos que, en todo caso, no son indemnizables, como lo son el vehículo, el móvil o los gastos generales, al no estar incluidos en el tenor literal del artículo 208.2.a).3

LCSP. (...) No se aporta contrato de trabajo, nómina ni la justificación de su abono a dicho profesional.

Se observa que se aporta una factura por importe de 7.177,11 €, por el concepto de "Gastos de asesoramiento técnico y redacción de modificado para el expediente denominado: REFORMA DE LA RECTA DE META Y EL CARRIL DE SALTO DE LONGITUD DE LA PISTA DE ATLETISMO REPAVIMENTACIÓN DE LA PISTA DE ATLETISMO IVAN RAMALLO. LOTE 1 Y LOTE 2 REPAVIMENTACIÓN DE LA PISTA DE ATLETISMO IVÁN RAMALLO", al respecto, destacar:

a) que la factura ha sido emitida por un tercero, la entidad (...)

b) que quien presentó el proyecto modificado aludido en dicha factura fue el Director Facultativo de las obras, (...), mediante Registros Telemáticos nº 2019/636, de fecha 14 de junio de 2019, y nº 2019/643, de 17 de junio de 2019, director de las obras a quien correspondía dicha obligación;

c) que la citada factura es de fecha posterior al periodo de suspensión de la obra, así como de la presentación del modificado y aprobación de éste (la factura es de fecha 31 de julio de 2019);

d) que, pese a que sólo se presente la factura de referencia, para el supuesto de tratarse de los gastos de un ingeniero, supuestamente de alta en el RETA, del que no se aporta nómina, la adscripción durante toda la ejecución de las obras no implica indemnización, es decir, porque lo es para todas sus vicisitudes (que forman parte del riesgo y ventura de la contrata), ya que el precepto legal solo ampara la indemnización por gastos "salariales" del personal».

4.4.3. Respecto al porcentaje de costes generales de la empresa correspondientes a los meses de junio y julio, cabe efectuar una serie de consideraciones.

Por un lado, y como señala la Propuesta de Resolución, « (...) se pretende reclamar unos gastos más allá del periodo de suspensión de la obra, al incluir supuestamente los "% Gastos Generales de la Empresa correspondientes a los meses de junio y julio", sin tener en cuenta que el acta de reanudación de los trabajos se firmó el día 16 de julio de 2019».

Ello sin perjuicio de entender que la reclamación de los citados costes generales no tiene cabida en el tenor literal del art. 208.2, apartado a) LCSP.

A mayor abundamiento, se ha de tener en cuenta que es doctrina reiterada por el Consejo de Estado que « (...) los gastos generales no pueden indemnizarse de forma genérica o mediante porcentaje a tanto alzado, sino que ha de acreditarse su realidad, efectividad e importe, sin que sea dable ni presumir su existencia ni determinar su importe mediante un porcentaje del presupuesto material de ejecución» (Dictamen 813/2019, de

21 de noviembre). Como indica el Dictamen 630/2020, de 17 de diciembre, « (...) el Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones (entre otros, dictámenes números 1.753/2005, de 22 de diciembre, 2.041/2005, de 19 de enero de 2006, o 37/2006, de 20 de abril, así como en la Memoria del año 2007) que los gastos generales pueden y deben 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 importe mediante un porcentaje a tanto alzado, que es precisamente lo que se hace en la presente reclamación, en la que no se despliega una mínima actividad probatoria respecto de estos gastos».

Por su parte, la sentencia n.º 2138/2016, de 3 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, viene a señalar lo siguiente:

« (...) quien pretende ser resarcido debe acreditar el daño por el que reclama indemnización. (...) »

De los artículos 146 y 68 del Reglamento General de Contratación tampoco se sigue que fuera obligado estar a un porcentaje para fijar la indemnización de la UTE por la incidencia en los gastos generales de la prolongación de la obra. Así, el primero de estos preceptos vincula la modificación del contrato con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios originados al contratista en los términos establecidos por esa disposición. Y el artículo 68 establece que el presupuesto de ejecución por contrata se obtendrá incrementando el de ejecución material en los gastos generales de estructuras que inciden sobre el contrato y están cifrados en unos porcentajes que van del 10 al 20% -a fijar por la Administración- en concepto de gastos financieros, cargas fiscales, tasas que inciden en el coste de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato. Asimismo, habrá de incrementarse en un 6% en concepto de beneficio industrial del contratista. Estos porcentajes, dice también, podrán ser modificados por acuerdo del Gobierno cuando por variación de los supuestos actuales se considere necesario.

Pues bien, de estas prescripciones y de las del artículo 103.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con las que concuerda el artículo 65 del Pliego de Cláusulas Generales, no se desprende que baste para fundamentar pretensiones de resarcimiento del contratista y su cuantía en supuestos de prolongación de las obras como el que se dio aquí la aplicación de un porcentaje con independencia de la acreditación del perjuicio sufrido. El artículo 146 habla, en efecto, de daños sufridos, no presumidos. Y este artículo 103.2 contrae la indemnización que debe abonar la Administración por la suspensión del contrato a los daños y perjuicios "efectivamente sufridos" por el contratista. Además, no estaba eximida la UTE --que percibió un abono adicional por el modificado-- de, al menos, un principio de prueba de los perjuicios que se le irrogaron y que supusieron el aumento de sus gastos generales o de la imposibilidad de establecerlos. Justamente lo que dice la sentencia.

Tal posición, por lo demás, tiene apoyo en la jurisprudencia que la propia Sala de la Audiencia Nacional invoca y es coherente con la seguida en las sentencias más recientes que

se han ocupado de esta cuestión (sentencias 1600/2016, 31/2016 y las que en ella se citan y de 1 de octubre de 2014). En esta última se dice:

Entrando ya en el análisis de la pretensión indemnizatoria que fue deducida en el proceso de instancia (...), son convenientes unas consideraciones previas sobre los requisitos que han de concurrir para que haya lugar (...).

La primera es que la expresión “daños y perjuicios efectivamente sufridos” que utiliza el precepto legal es que ha de tratarse de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa.

Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la suspensión, y habrá de hacerlo así: primero, describiendo el concreto personal y demás elementos materiales que necesariamente han tenido que quedar adscritos y dedicados en exclusiva a la obra que haya sido objeto de la suspensión; segundo, ofreciendo prueba, con suficientes garantías de objetividad, que demuestre que el personal y los elementos así descritos estuvieron efectivamente adscritos a la obra suspendida y no fueron utilizados en otras obras o actividades distintas de la contratista; y tercero, aportar la documentación que, directamente referidas a tales elementos, ponga de manifiesto el montante de su costo.

La segunda es que por aplicación de las reglas de la carga de la prueba incumbe a la contratista probar y justificar debidamente todo lo anterior».

En atención a lo expuesto anteriormente, se entiende que procede desestimar la reclamación formulada por este concepto.

4.4.4. En lo que se refiere a la reclamación del importe del «seguro de responsabilidad civil de la empresa, cláusula 4.4. Pliego administrativo», resulta oportuno reproducir lo expuesto por la propia Propuesta de Resolución:

«Dado que es un seguro que cubre la responsabilidad civil de la empresa por toda su actividad, no sólo y únicamente de esta obra, sin que esté “vinculados al objeto del contrato”, tal y como se exige en el artículo 208.2.a) 5º LCSP, se entiende que el mantenimiento de la prima no le causa a la contratista daño o perjuicio concreto que fuera indemnizable al amparo del citado precepto. Además, se aporta recibo de diciembre de 2019 (para el periodo 31/12/2019 hasta 31/12/2020), no la prima del año en que se produjo la suspensión, sin que conste acreditado el pago del recibo correspondiente al periodo de la suspensión».

De esta manera, y al amparo de lo expuesto en las líneas precedentes, no procede reconocer la reclamación derivada de dicho concepto.

4.4.5. Finalmente, y en lo que se refiere a la reclamación de los gastos de «*amortización de maquinaria adscrita al contrato*», se ha de convenir con la Propuesta de Resolución que la «*amortización*» de la maquinaria no resulta un concepto indemnizable ex art. 208.2, apartado a), ordinal 4.º LCSP; que dichos gastos no aparecen debidamente justificados en cuanto a su realidad y/o existencia; y que no se acredita « (...) *que dichos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido*». En este sentido, y como indica el órgano instructor, « (...) *no consta que no pudiera ser utilizada (la maquinaria) en otra obra máxime cuando de la documentación aportada se deduce (...) que paralelamente se estaba ejecutando una obra en el vecino municipio de La Orotava, ajena a este Ayuntamiento*».

Por todo ello, se entiende que tampoco procede indemnizar a la contratista en virtud de este concepto.

5. Por todo lo anteriormente expuesto, procede afirmar que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial contractual planteada por la entidad mercantil Iván Ramallo -adjudicatario del contrato administrativo de obras denominado «*Reforma de la recta de meta y carril de salto de longitud de la pista de atletismo y repavimentación de la pista de atletismo IVÁN RAMALLO*»- frente al Excmo. Ayuntamiento de La Villa de Los Realejos, se entiende conforme a Derecho en los concretos términos que se han razonado en el Fundamento IV de este Dictamen.