

Dictamen Núm. 65/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 31 de marzo de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen.

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 5 de enero de 2022 -registrada de entrada el día 7 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad contractual formulada por, adjudicatario de las obras de rehabilitación de la cubierta de un centro educativo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 12 de abril de 2019, se adjudica el contrato de obras de rehabilitación de la cubierta de un centro educativo a la empresa, por un precio de 311.178,92 €, IVA excluido.

2. El día 20 de marzo de 2020 el representante de la adjudicataria solicita “la suspensión de la obra por inviabilidad de ejecución por COVID-19”, en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

3. Con fecha 24 de marzo de 2020 la Adjunta a la Jefa de Servicio de Interior y Jefa de Sección de Contratación, con la conformidad de la Jefa de Servicio de Interior, requiere al contratista para que aporte, de conformidad con lo establecido en el artículo 34.3, párrafo segundo, del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de Medidas Urgentes Extraordinarias para hacer frente al Impacto Económico y Social del COVID-19, la documentación que refleje “las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato”.

A este requerimiento responde el contratista mediante escritos presentados los días 24 y 25 de marzo de 2020. En el de 25 de marzo cuantifica el coste diario que le supone la paralización, “para que conste a la hora de solicitar los daños y perjuicios” respecto de los siguientes conceptos: grúa automontante, alquiler de andamios, alquiler del cerramiento de la obra, suministro eléctrico, alquiler de lonas, seguros y costes de personal. Seguidamente afirma que “todos estos conceptos cuentan con justificación (...) ya presentada al órgano de contratación el pasado mes de septiembre”, en el marco de la solicitud indemnizatoria instada a raíz de la suspensión acordada el 18 de julio de 2019 con motivo de la tramitación de un modificado.

4. En sesión celebrada el 27 de marzo de 2020, la Junta de Gobierno Local acuerda “apreciar la imposibilidad de ejecución del contrato (...) en tanto dure la situación de hecho que la genera, y con los efectos previstos en el artículo 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de Medidas Urgentes Extraordinarias para hacer frente al Impacto Económico y Social del COVID-19”, y dispone que “una vez que finalice” tal situación se “notificará al contratista el fin de la suspensión (...) para que proceda a solicitar la indemnización de daños y perjuicios o en su caso ampliación del plazo de ejecución en los términos previstos en el artículo 34.3 del Real Decreto”.

5. El día 18 de junio de 2020 la Junta de Gobierno Local acuerda el levantamiento de la suspensión, "dando oportunidad al contratista a solicitar la oportuna indemnización de daños y perjuicios conforme a lo previsto en el artículo 34.3 del Real Decreto 8/2020".

Con la misma fecha se extiende acta de reanudación de las obras.

6. El día 8 de julio de 2020, el contratista presenta un escrito en el que refiere que "los recursos adscritos cuantificados a día 30 de marzo de 2020 de la paralización y los motivos que hacen imposible para el contratista el uso de los medios citados en otro contrato son los expuestos (...) el pasado 25 de marzo, siendo hasta la fecha del 25 de junio de 2020 (57 días hábiles y 87 naturales) cuantificados de la siguiente manera:/ Gastos producidos s/precios de proyecto:/ Alq. grúa automontante 87 días nat. a 185,00 €/h x 8 h/día = 128.760,00 € en EM./ Alq. andamio de 87 días naturales a 0,06 €/día x 1.842,28 m² = 9.616,70 € en EM./ Personal asignado para 57 días hábiles a 645,44 €/día = 36.790,08 € en EM./ 3 % previsto certificar s/art. 208 de la LCSP para 76.226,13 € = 2.286,78 € en EM./ Costes por reorganización en paralización y reinicio = no se tienen en cuenta./ Costes por adaptación de medidas de salud en obra = no se tienen en cuenta./ Total cantidad cuantificada para el periodo de paralización en EM = 177.453,56 €./ + 13 % de gastos generales = 23.068,96 €./ + 6 % de beneficio industrial = 10.647,21 €./ - 11,20 % de baja ofertada = - 23.651,01 €./ = 187.518,72 € + IVA./ Gasto directo producido fuera de precios de proyecto:/ Alq. cerramiento de obra para 87 días naturales a 49,00 €/día = 4.263,00 €./ Alq. equipos eléctricos para 87 días naturales a 7,55 €/día = 656,85 €./ Facturación consumos luz obra para 87 días naturales a 4,46 €/día = 388,02 €./ Alq. lonas de protección para 87 días naturales a 22,47 €/día = 1.954,89 €./ Alq. vivienda estancia trabajadores a 2,90 meses a 550 €/mes = 1.595,00 €./ Fijo agua y luz en vivienda para 2,90 meses a 24,29 €/mes = 70,44 €./ Seguros de obra para 87 días naturales a

5,78 €/día = 502,86 €/ Total cantidad cuantificada en el periodo de paralización en EM: 9.431,06 €+ IVA”.

Precisa a continuación que los citados conceptos “han sido cuantificados al inicio de la paralización”, que “el 3 % correspondiente a las cantidades previstas de certificar solo se puede calcular una vez reiniciadas las obras” y “que el personal asignado no podrá recuperar las horas perdidas dado que el tiempo de duración de la obra es muy corto y es personal desplazado desde fuera de la localidad de Oviedo”. Afirmo que “han sido corregidos errores previos en las cuantificaciones e incorporados nuevos gastos”, y finalmente significa que las justificaciones de los daños reclamados “obran en poder del Ayuntamiento, puesto que son similares, proporcionales y ciertos a los presentados para la justificación de la primera paralización temporal total llevada a cabo por el órgano de contratación entre las fechas del 27 de julio y el 28 de agosto del 2019”.

Adjunta explicación de cada uno de los conceptos reclamados, junto con diversas facturas; oferta; recibos; propuestas de seguro; relaciones nominales de trabajadores correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2020 expedidas por la Tesorería General de la Seguridad Social, y certificados de estar al corriente de varias empresas proveedoras expedidos por la Tesorería General de la Seguridad Social y la Agencia Tributaria.

7. Con fecha 1 de septiembre de 2020 el Coordinador Técnico de Edificación suscribe un informe en el que pone de relieve que, de conformidad con lo señalado en “el artículo 34 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de Medidas Urgentes Extraordinarias para hacer frente al Impacto Económico y Social del COVID-19, no resulta de aplicación a las suspensiones (...) lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por lo que los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los que se citan” en el referido Real Decreto-ley.

Considera “indemnizables y suficientemente justificados” los conceptos relativos al alquiler de grúa automontante, alquiler de equipos eléctricos,

consumos de luz de obra y seguros por importe de 3.752,38 € (*sic*). Respecto a las partidas reclamadas, realiza las siguientes puntualizaciones: en cuanto al perjuicio relativo al alquiler de la grúa automontante, lo califica como “absolutamente desproporcionado a primera vista” y entiende que debe valorarse en “28 € diarios”, según la documentación aportada por el contratista el 6 de septiembre de 2019 en el marco del procedimiento de responsabilidad contractual instruido a causa de la primera suspensión del contrato acordada el 24 de julio de 2019; en relación con el alquiler de andamios, estima que el importe y la medición de esta partida no están justificados, resultan de aplicar “un precio nuevo del proyecto modificado” -que aún no había sido aprobado a la fecha de suspensión- y “no corresponde a andamios exteriores”; sobre los gastos salariales, afirma que “son indemnizables *ex lege*” aunque en el caso de que se trata los importes “no se acreditan suficientemente desde el momento en que lo que se aporta como justificación de la cantidad reclamada es un alambicado procedimiento de cálculo de un supuesto coste horario medio del personal de la empresa a partir de las cotizaciones globales a la Seguridad Social, con lo fácil -y convincente- que sería consignar los documentos contables o bancarios que acrediten los mismos”; la cantidad “del 3 % a cargo de la certificación prevista no está incluida en los cuatro epígrafes contemplados en el mencionado artículo 34”, y, respecto del coste de mantenimiento de la garantía definitiva, precisa que aunque sí resulta indemnizable no ha sido reclamado por el contratista.

8. Mediante oficio de 19 de noviembre de 2020, la Jefa de Servicio del Área de Interior requiere al contratista para que “aporte justificación motivada solo respecto a gastos indemnizables durante el periodo de suspensión, de conformidad con la Instrucción para resolución de expediente de indemnización por imposibilidad en la ejecución del contrato conforme al art. 34 RD Ley 8/2020, que se adjunta”.

9. El día 30 de noviembre de 2020, la mercantil presenta un escrito en el que manifiesta su disconformidad con el análisis de la solicitud indemnizatoria realizada por el Coordinador Técnico de Edificación, pues entiende que todas las partidas reclamadas incluyen “conceptos necesarios para la ejecución de nuestro contrato”.

Rechaza que los precios correspondientes al alquiler de la grúa automontante y de andamios sean desproporcionados o carezcan de justificación, pues el coste de alquiler de la grúa “es el contenido en el proyecto modificado aprobado por el Ayuntamiento” y la medición de los andamios “no es otra que la reflejada en el proyecto inicial”. Se sorprende de que el Coordinador Técnico de Edificación no considere “cuantía alguna indemnizable a pesar de estar tarifado por el Ayuntamiento el precio del alquiler de este importante medio auxiliar”, ni aplique “el criterio seguido por él mismo (...) para la cuantificación de los daños por el alquiler de la grúa, a pesar de que en nuestro edificio están también justificados los gastos reales que supone el alquiler del andamio, habiendo aportado las facturas correspondientes”. En cuanto a los gastos salariales, critica que no se acepten como justificación “los precios establecidos en (el) proyecto aprobado por el Ayuntamiento” ni la “relación nominal de trabajadores”. Reconoce que la cantidad del 3 % a cargo de la certificación prevista “no está incluida en los cuatro epígrafes contemplados en el mencionado artículo 34”. Seguidamente reprocha que el Coordinador Técnico de Edificación considere justificados los gastos de “alquiler de equipos eléctricos, consumos de obra y seguros de obra” y que, en cambio, “no considere como tales, a pesar de ser de la misma tipología y sorprendiendo con un nuevo cambio de criterio”, los de “alquiler de cerramiento de obras” y “alquiler de lonas de protección”, que entiende “necesario y obligatorio para el mantenimiento de la obra”. Rechaza la exclusión de los gastos de “alquiler de vivienda de los trabajadores” y “consumos de agua y luz de la vivienda”, que -según afirma- están “adscritos directamente a la ejecución del contrato”, y finalmente solicita que se tenga por presentada la documentación justificativa que adjunta (nóminas correspondientes a los meses de mayo y junio de 2020,

recibos de liquidación de cotizaciones y declaraciones de trabajador en una liquidación) y que se le indemnice en la cuantía de 196.949,79 €+IVA.

10. El día 3 de diciembre de 2020, el Coordinador Técnico de Edificación suscribe un nuevo informe en el que analiza la documentación presentada por el adjudicatario. En él señala que “solamente dos” de los trabajadores cuyas nóminas aporta “concuerdan con los que el contratista declaró que pretendía desplazar a la obra en el documento de vigilancia de cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales insertado en el expediente el 10-05-2019”, y considera “a la vista de todos estos datos” que “no solo no se considera acreditada la adscripción de todos estos trabajadores a esta obra a la fecha exigida reglamentariamente, sino que tres de ellos (...) causaron alta en la empresa en una fecha posterior al 15-03-2020, y otro más, el técnico de prevención, conforme a los pliegos que rigen la contratación, solo tiene asignada una dedicación parcial a esta obra”. No obstante añade, “por si jurídicamente se siguiera un distinto criterio al expuesto”, que los trabajadores que identifica “figuraban en el mencionado documento de vigilancia desde el primer momento”. Finalmente subraya “la debilidad probatoria de la que adolecen (...) los supuestos perjuicios padecidos por el contratista durante la suspensión de las obras (...), evidenciada considerando solamente que si la cifra reclamada de 196.949,74 euros, IVA excl., correspondiera verdaderamente a los costes reales de personal, alquileres y mantenimiento de maquinaria, seguros y garantías devengados en un periodo inferior a los tres meses (del 30-05-2020 al 24-06-2020) resultaría absolutamente imposible ejecutar una obra cuyo precio de adjudicación fue de 311.178,92 €, IVA excl.; pues tales costes, extendidos al periodo de seis meses de ejecución del contrato, ascenderían por sí solos a la exorbitante cifra de 393.899,58, que excede con mucho a la de las obras adjudicadas y que no incluiría todos los demás costes y gastos (de materiales, trabajos de subcontratistas, control de calidad, seguridad y salud, etc. etc.) que son imprescindibles para la ejecución de este contrato”.

11. Con fecha 15 de febrero de 2021, la Jefa de Servicio del Área de Interior dicta providencia dirigida al Coordinador Técnico de Edificación en la que le “requiere informe sobre la procedencia de la indemnización en base a la documentación acreditativa aportada por el contratista cuantificando la cantidad a abonar (...), pudiendo realizar para ello las comprobaciones que se estimen procedentes con el contratista, con la Dirección de Obra y con los restantes intervinientes (...) que permitan dar respuesta a la solicitud, y la realización en su caso de la propuesta de gasto por el importe de los (...) que se entiendan justificados”.

12. El día 22 de febrero de 2021, el representante del contratista presenta un escrito en el registro municipal en el que refiere que el 17 de febrero de 2021, a las 11:25 horas, ha recibido un correo electrónico del Coordinador Técnico de Edificación al objeto de que aporte “desglose y documentación que acredite el pago de las cantidades abonadas durante el periodo de suspensión de las obras agrupadas por meses” por los conceptos de “salario base, complemento discapacidad, gratificaciones extraordinarias y retribución vacaciones o conceptos equivalentes, exclusivamente”, y “por la dedicación a la obra de conformidad con lo que hubiera sido exigido en los pliegos que rigen la contratación”, así como el “desglose y documentación que acredite el pago de las cantidades abonadas” por otros conceptos que el representante del contratista no especifica; requerimiento que se ordena atender “a la mayor brevedad posible, como más tarde el lunes día 22 de febrero de 2021, a las 10:00 horas”.

Afirma que “las notificaciones vía correo electrónico son inválidas y por tanto ineficaces” al incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y que también resulta inválido el plazo otorgado para responder a la solicitud de “2 días hábiles, 23 horas y 35 minutos”, por no ajustarse al establecido en el artículo 68.1 de la misma Ley.

Manifiesta que no se niega “a aportar ningún documento, pero siempre y cuando la petición sea realizada en tiempo, forma, en el marco de un procedimiento administrativo y de acuerdo con las leyes que lo disciplinan”, y que “ya ha justificado los gastos reclamados por medio de la documentación aportada con la propia solicitud de indemnización de daños que ha iniciado este procedimiento”.

Solicita que se resuelva estimar su pretensión indemnizatoria dejando sin efecto el requerimiento o, alternativamente, que se le requiera “en la forma y con el plazo legalmente establecido la aportación concreta de documentación que no obre ya en poder del responsable del contrato encargado de informar”. Pide asimismo la “suspensión cautelar del requerimiento formulado vía email”, y finalmente invoca la aplicación del artículo 115.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al “desconocer la naturaleza jurídica de la pretensión formulada por el responsable del contrato”.

13. Con esa misma fecha, el Coordinador Técnico de Contratación suscribe un informe en el que señala que el correo electrónico trasladado a la contratista el 17 de febrero de 2020 era “una mera solicitud de datos” que aquella “entiende como un acto administrativo”, presentando “por registro un escrito que tiene la apariencia de recurso de reposición, sin aportar ninguno de los documentos o justificaciones que le fueron solicitados, particularmente los que acrediten fehacientemente que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubieran contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales a fecha 14 de marzo de 2020, y que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, a fecha 14 de marzo de 2020”.

Concluye que, “puesto que el reconocimiento del derecho a la indemnización (art. 34) conlleva unas obligaciones documentales de público conocimiento en tanto en cuanto derivan de un decreto publicado en el BOE, y

puesto que dichas obligaciones no solo no fueron acreditadas en su momento, sino que tampoco han sido acreditadas ahora al ser solicitadas de forma expresa, no procede, salvo mejor criterio jurídico, reconocer el derecho a la misma”.

Adjunta al informe una copia del correo electrónico.

14. El día 11 de marzo de 2021, la Jefa de Servicio del Área de Interior requiere al contratista, “de conformidad con el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en aras a no generar indefensión al interesado”, para que aporte en el “plazo de 10 días hábiles a contar desde el día siguiente a la notificación” la documentación “ya requerida por el responsable del contrato” a efectos de “determinar la indemnización que proceda”. Precisa que la documentación requerida es el “desglose y documentación” que acredite el pago de los siguientes conceptos correspondientes al periodo de suspensión: costes salariales de los trabajadores dados de alta en la empresa el día 14 de marzo de 2020; gastos por mantenimiento de la garantía definitiva; costes de alquileres y mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos, y gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato.

Asimismo, le indica que “el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones (...) únicamente tendrá lugar cuando el contratista (...) acredite fehacientemente que se cumplen” las condiciones a que se refiere el artículo 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de Medidas Urgentes Extraordinarias para hacer frente al Impacto Económico y Social del COVID-19, por lo que le requiere para que presente también “la documentación que acredite: (...) Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales a fecha 14 de marzo de 2020 (...). Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas

y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, a fecha 14 de marzo de 2020”.

Consta acreditado en el expediente que el requerimiento se pone a disposición del contratista en la sede electrónica el día 11 de marzo de 2021 a las 10:16 horas, otorgándosele “un plazo de 10 días hábiles a contar desde el día siguiente a la notificación” para su cumplimentación.

15. Con fecha 6 de mayo de 2021, el Coordinador Técnico de Edificación suscribe un informe en el que pone de relieve que no consta que el contratista haya atendido al requerimiento de documentación cursado el 11 de marzo de 2021, por lo que no procede reconocer la indemnización solicitada.

16. El día 13 de mayo de 2021, el Asesor Jurídico de Contratación y el Adjunto al Jefe de Servicio y Jefe de Sección de Contratación elaboran propuesta de resolución desestimatoria de la pretensión indemnizatoria por suspensión del contrato entre las fechas 30-03-2020 y 24-06-2020 motivada por COVID-19, al no haber dado respuesta el contratista al requerimiento efectuado el 11 de marzo de 2021. En ella indican que, según consta en el expediente, el citado requerimiento se puso a disposición del contratista en “el Portal de Ciudadano” y que al no haber accedido este al contenido de la notificación la misma “caducó en fecha 22-03-2021”.

17. Con fecha 22 de diciembre de 2021, la Directora General de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Oviedo libra un informe en el que propone “desestimar” la pretensión indemnizatoria “por no acreditar los presupuestos necesarios que permiten su reconocimiento, sin entrar en el fondo de la cuantía reclamada en cuanto (a) conceptos y cuantías”.

18. El día 27 de diciembre de 2021, la Jefa de la Sección de Fiscalización Previa suscribe un informe de fiscalización favorable a la propuesta desestimatoria.

19. En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de enero de 2022, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad contractual formulada por, adjuntando a tal fin copia del expediente en soporte digital y físico.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y 18.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, en relación con el artículo 191.3, letra c), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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), a cuyo tenor 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".

La consulta ha sido formulada por la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de Medidas Urgentes Extraordinarias para hacer frente al Impacto Económico y Social del COVID-19, está la mercantil interesada

activamente legitimada para solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios efectivamente sufridos durante el periodo de suspensión del contrato.

El Ayuntamiento de Oviedo está pasivamente legitimado en tanto adjudicador de las obras cuya paralización da lugar a la responsabilidad contractual que se demanda.

TERCERA.- Tratándose de un caso de responsabilidad contractual ha de estarse, por lo que al procedimiento se refiere, al específicamente contemplado en el artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que, según viene señalando reiteradamente el Consejo de Estado (por todos, Dictamen Núm. 337/2021), resulta de aplicación a estos casos junto con la LCSP dada la fecha en que se adjudicó el contrato del que trae causa la reclamación.

Las exigencias procedimentales que han de observarse para tramitar con las debidas garantías la pretensión de la adjudicataria son, de acuerdo con el precepto del RGLCAP que acaba de citarse, las siguientes: propuesta de la Administración o petición del contratista; audiencia del contratista e informe del servicio competente; informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, y resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

Obran en el expediente remitido la petición del contratista, así como los informes del Servicio competente y de la Asesoría Jurídica y de la Intervención municipales. Ahora bien, no consta que se haya dado audiencia al adjudicatario en los términos impuestos por el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC); esto es, "Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución". En particular, no queda reflejado que se le haya dado a la contratista la oportunidad de conocer y rebatir, en su caso, los informes suscritos por el Coordinador Técnico de Edificación con fechas 3 de diciembre de 2020 -en el que se cuestiona la

efectividad de la partida indemnizatoria correspondiente a los costes salariales con argumentos nuevos, no empleados hasta la fecha- y 22 de febrero de 2021. Por otra parte, los requerimientos dirigidos al adjudicatario de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la LPAC constituyen trámites distintos a la sustanciación de la audiencia, a la que no pueden sustituir. Sin embargo, puesto que no nos encontramos ante un procedimiento sancionador y teniendo cuenta que la desestimación de la pretensión propuesta se fundamenta únicamente en la falta de acreditación de las condiciones necesarias para el reconocimiento de la indemnización, que están perfectamente definidas en el artículo 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, sin entrar a analizar la procedencia de atender o no cada una de las partidas indemnizatorias solicitadas, entendemos que no se ha generado una indefensión real y efectiva que pudiera dar lugar a la retroacción del procedimiento.

Asimismo, hemos de advertir de otras irregularidades en la tramitación de este que tampoco tienen carácter invalidante. La primera de ellas se origina al no haber comunicado al contratista, de acuerdo con lo señalado en el artículo 21.4 de la LPAC, la fecha en que su solicitud indemnizatoria ha sido recibida por el órgano competente, y al no haberle informado del plazo máximo establecido para la notificación de la resolución finalizadora del procedimiento ni de los efectos del silencio administrativo.

La segunda se produce al haber requerido inicialmente al adjudicatario mediante correo electrónico para que aportase la documentación acreditativa de las condiciones establecidas para la obtención de la indemnización de conformidad con lo previsto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de Medidas Urgentes Extraordinarias para hacer frente al Impacto Económico y Social del COVID-19. Respecto a las notificaciones practicadas por correo electrónico hemos de indicar que, aun cuando de conformidad con el tenor del artículo 41.1 de la LPAC no cabría descartar el empleo de este medio para la práctica de notificaciones siempre que permitiera tener constancia del envío o puesta a disposición y de la recepción o acceso por el interesado o su

representante, de las fechas y horas, del contenido íntegro y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma, lo cierto es que la LPAC únicamente contempla como medios de notificación electrónica la comparecencia en la sede electrónica y el acceso a la dirección electrónica habilitada única (artículo 43), excluyendo expresamente en el último párrafo del artículo 41.1 que las notificaciones puedan realizarse por correo electrónico. Según señala la doctrina, la razón de ser del citado tratamiento legal tiene su origen en las dificultades prácticas advertidas durante la vigencia de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, y su reglamento de desarrollo; normas estas que, aun sin citarlo expresamente, sí parecían admitir el uso del correo electrónico como medio de notificación. La casuística producida entonces sirvió para evidenciar que las heterogéneas características técnicas de los múltiples sistemas de correo electrónico existentes no siempre permitían asegurar, con la necesaria fiabilidad, el conocimiento de las fechas de emisión, puesta a disposición y acceso de los interesados, dando lugar a numerosos conflictos. Por ello, y en aras de la seguridad jurídica, el legislador ha relegado en la LPAC la utilización de este canal de comunicación a la práctica del correspondiente aviso de puesta a disposición de la notificación (artículo 41.6), advirtiendo de forma expresa que “La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida”. En el caso de que se trata, resulta palmario que el vicio consistente en el empleo del correo electrónico para la notificación del requerimiento de subsanación y aportación documental de determinados gastos reclamados no trasciende al plano sustantivo, ya que el propio representante de la contratista admite en su escrito de 22 de febrero de 2021 que recibió la notificación y conoció su contenido. Como viene declarando el Tribunal Supremo, cuando resulta probado que el destinatario tuvo un conocimiento pleno del contenido del acto notificado, tal y como acontece en el caso que examinamos, el elemento finalista o funcional de la notificación ha de prevalecer sobre el puramente formalista, pudiendo citarse al respecto, por todas, la Sentencia de 17 de noviembre de 2016 -ECLI:ES:TS:2016:5004- (Sala

de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), en la que se analiza la validez de ciertas notificaciones realizadas mediante correo electrónico. Tampoco invalida dicha notificación el hecho de que se haya conferido a la mercantil interesada para proceder a la subsanación un plazo inferior al establecido en el artículo 68.1 de la LPAC, pues la contratista tuvo tiempo suficiente para atender al requerimiento solicitado, y además la Administración no anudó al incumplimiento de tal plazo la consecuencia jurídica prevista en el citado precepto; esto es, la de tener por desistido al interesado de su petición previa resolución.

En tercer lugar, respecto a la notificación del mismo acto practicada con posterioridad a través de la puesta a disposición del requerimiento en la sede electrónica municipal, advertimos que no consta en el expediente que la misma haya ido precedida del aviso a que se refiere el artículo 41.6 de la LPAC. Teniendo en cuenta dicha circunstancia, y puesto que obra en el expediente (folios 2401 a 2404) un escrito presentado por el representante de la contratista el día 18 de marzo de 2021 en el que este refiere la imposibilidad de acceder a ciertas notificaciones a causa de problemas técnicos en el funcionamiento del sistema que -según afirma- habrían sido reconocidos por la propia Administración municipal, se echa en falta en la propuesta de resolución el análisis de si el sistema podría haber generado efectivamente algún fallo impeditivo del acceso a la notificación puesta a disposición del adjudicatario el día 11 de marzo de 2021, o si, por el contrario, el sistema funcionaba correctamente. En todo caso, las deficiencias señaladas no tienen trascendencia sustantiva alguna pues, asumido por el representante de la interesada que recibió la notificación realizada por correo electrónico, la misma debe considerarse válida y eficaz, disponiendo expresamente al respecto el artículo 41.6 de la LPAC que “La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida”.

En cuanto a la competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad contractual, corresponde al órgano de contratación conforme a lo señalado en el artículo 97 del RGLCAP. Puesto que el contrato al que se

refiere la pretensión resarcitoria analizada fue adjudicado por la Junta de Gobierno Local, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 4, de la LCSP, habrá de ser dicho órgano el que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento.

Finalmente, en lo que se refiere al plazo máximo para resolver y notificar, a falta de una norma específica que lo fije ha de estarse a lo señalado en el artículo 21.3 de la LPAC, conforme al cual, cuando “las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses”, sin que la aplicación del citado precepto ofrezca duda alguna en los procedimientos como el que analizamos a la vista de la disposición final cuarta de la LCSP, que se remite expresamente a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en lo que no merece un tratamiento singular en la normativa contractual. Presentada la reclamación de responsabilidad contractual el día 8 de julio de 2020, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya con creces el plazo de tres meses para adoptar y notificar la resolución expresa. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

CUARTA.- Se somete a nuestra consideración la solicitud de responsabilidad contractual formulada por la adjudicataria del contrato de obras de rehabilitación de la cubierta de un centro educativo.

El origen de la reclamación, motivada por la suspensión del citado contrato, se encuentra en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de Medidas Urgentes Extraordinarias para hacer frente al Impacto Económico y Social del COVID-19; norma que, según se expresa en su parte expositiva, establece un régimen específico de suspensión de los contratos para evitar su resolución como consecuencia de la aplicación de medidas dirigidas a combatir la pandemia. Señala el apartado 3 del citado artículo 34 que los adjudicatarios de los contratos públicos de obras, vigentes a la entrada en vigor de la norma cuya ejecución devenga imposible como consecuencia de la

situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, podrán solicitar la suspensión de los mismos desde que se produzca la situación de hecho que impide su prestación y hasta que la misma pueda reanudarse, lo que tendrá lugar cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notifique al contratista el fin de la suspensión.

Esta norma no solo establece un supuesto especial de suspensión, sino que además ordena a la entidad adjudicadora el abono al contratista de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su efectividad y cuantía.

El citado Real Decreto-ley -norma especial de aplicación temporal que atiende una situación excepcional y de preferente aplicación a la legislación ordinaria de contratos públicos- declara inaplicables el apartado 2.a) del artículo 208 y el artículo 239 de la LCSP, y precisa que los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes: "Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el periodo de suspensión (...). Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al periodo de suspensión del contrato (...). Los gastos de 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 y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos (...). Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato".

Asimismo, el referido precepto establece que "el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios que se contempla en este artículo únicamente tendrá lugar cuando el contratista

adjudicatario principal acredite fehacientemente que se cumplen las siguientes condiciones:/ Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020./ Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, a fecha 14 de marzo de 2020”.

Con carácter general, conforme reiterada jurisprudencia, en una reclamación contractual la carga de la prueba de los perjuicios sufridos corresponde al contratista. En el caso examinado, no ha sido fehacientemente acreditada ninguna de las citadas condiciones, señalando al respecto el informe suscrito el 3 de diciembre de 2020 por el Coordinador Técnico de Edificación que “solamente dos” de los trabajadores cuyas nóminas aporta “concuerdan con los que el contratista declaró que pretendía desplazar a la obra en el documento de vigilancia de cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales insertado en el expediente el 10-05-2019”, y deduciendo que “no solo no se considera acreditada la adscripción de todos estos trabajadores a esta obra a la fecha exigida reglamentariamente, sino que tres de ellos (...) causaron alta en la empresa en una fecha posterior al 15-03-2020, y otro más, el técnico de prevención, conforme a los pliegos que rigen la contratación, solo tiene asignada una dedicación parcial a esta obra”. Debe advertirse, además, que existen indicios de que el adjudicatario de la obra pudiera no estar al corriente en sus obligaciones de pago a los subcontratistas y suministradores a fecha 14 de marzo de 2020, pues consta en el expediente (folio 1557) el escrito presentado por una de las empresas subcontratistas de la obra en el que solicita de la Administración municipal el abono de 41.498,44 euros adeudados por el contratista principal.

En estas condiciones, los taxativos términos en que está redactado el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, norma especial aquí aplicable, impiden que pueda reconocerse al contratista el derecho a percibir la

indemnización pretendida por falta de acreditación de los requisitos o condiciones en él establecidos, y tal circunstancia determina que el análisis de la efectividad y cuantía de los daños correspondientes a cada una de las partidas indemnizatorias solicitadas resulte innecesario.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad contractual solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.