

Acuerdo n^o: **28/14**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **10.09.14**

ACUERDO de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 10 de septiembre de 2014, emitido ante la consulta formulada por el coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 10 de mayo de 2013), a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por la mercantil A sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los perjuicios económicos ocasionados como consecuencia de la demora en la devolución de la garantía definitiva del contrato administrativo de la que resultó adjudicataria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La entidad reclamante solicitaba en su escrito, presentado con fecha 30 de mayo de 2012, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la demora en la devolución de la garantía definitiva del contrato del que fue adjudicataria.

Exponía que con fecha 12 de mayo de 2005 resultó adjudicataria del contrato administrativo *“para la enajenación de la parcela donde se ubicaba el Mercado T, vinculada a la construcción de un nuevo centro comercial y a su posterior transmisión a la Asociación de Comerciantes así como a la implantación de uso residencial”*; igualmente que, conforme

el contrato, constituyó la garantía definitiva por un importe de 5.289.600 €, mediante el otorgamiento de un aval emitido por la entidad bancaria B.

Relataba que el pliego de cláusulas administrativas que sirvió de base para la adjudicación del contrato, estableció un plazo de garantía de un año desde la finalización del contrato y en consecuencia transcurrido el mismo, el órgano de contratación debía acordar la devolución de la garantía definitiva.

Planteaba en este punto el reclamante su discrepancia con la fecha de finalización del contrato que fijó el Decreto del delegado del Área de Gobierno de Economía, Empleo y Participación Ciudadana, de 30 de mayo de 2011. Éste, establecía que las obras del nuevo mercado no se dieron por finalizadas hasta el 27 de julio de 2009 y que la completa ejecución del contrato no concluyó hasta el 6 de noviembre de 2009, fecha esta última en que se transmitió a C (entidad que se subrogó en los derechos de la Asociación de Comerciantes).

En concreto, el reclamante planteaba que el contrato debía entenderse plenamente cumplido en las siguientes fechas, que se indicaban de forma alternativa y subsidiaria:

a) El 26 de febrero de 2009, por ser la fecha en que la empresa encargada de la construcción de las obras emitió la certificación final de obra, a la que la Dirección General de Comercio dio el correspondiente visto bueno sin realizar ningún reparo respecto de la conformidad de la misma con el proyecto de ejecución y el pliego de prescripciones técnicas.

b) Con carácter subsidiario a la fecha señalada en el apartado a), el 8 de mayo de 2009, por ser la fecha que consta en el certificado final de obra emitido por la Dirección Facultativa y visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid y el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos

Técnicos de Madrid, fecha que además fue considerada como de terminación de obra por la propia Dirección General de Comercio.

c) Con carácter subsidiario a las fechas señaladas en los apartados a) y b), el 23 de julio de 2009, por ser la fecha en la que la mercantil logró que la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial T recibiera la documentación, que finalmente la Dirección General de Comercio consideró necesaria para que aquélla procediese a manifestar su conformidad o disconformidad con las certificaciones de obra, fecha que además fue considerada por la Dirección General de Comercio como de cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por la mercantil.

Continuaba manifestando que, con independencia de cuál fuese la fecha concreta que se tomase para considerar cumplido el contrato, el 26 de febrero de 2009 o, como muy tarde, el 6 de noviembre de 2009, resultaba incuestionable que, cumplido el plazo de garantía de un año desde el cumplimiento del contrato sin que se produjeran responsabilidades a ejercitar sobre la garantía, ni la Administración formalizase reparos o denuncias, ésta debía haber procedido sin más demora a la devolución o cancelación de la garantía constituida por la mercantil.

En este sentido expresaba que no fue hasta el 3 de junio de 2011, cuando le fue notificado el Decreto del delegado del Área de Gobierno de Economía, Empleo y Participación Ciudadana, de 30 de mayo de 2011, que ordenaba la devolución de la garantía definitiva y la obligación de constituir una nueva adicional por importe de 1.384.704 euros para garantizar las penalizaciones impuestas por la demora de 192 días en la ejecución del contrato.

Consideraba el reclamante que por todo ello se le han ocasionado daños y perjuicios económicos derivados del mantenimiento indebido del aval constituido como garantía definitiva (desde el 26 de febrero de 2010 o,

subsidiariamente, el 8 de mayo, 23 de julio o 6 de noviembre de 2010, hasta el 3 de junio de 2011), fecha en la que fue notificado el Decreto de 30 de mayo de 2011, que autorizaba su cancelación.

Solicitaba por ello una indemnización que determinaba en función de la fecha considerada como de finalización del plazo de garantía, por los siguientes importes, que habría que incrementar con el interés legal correspondiente:

Fecha de finalización del plazo de garantía	Importe de las comisiones bancarias abonadas hasta el 3 de junio de 2011
Desde el 26 de febrero de 2010	40.233,64 euros
Desde el 8 de mayo de 2010	34.029,76 euros
Desde el 23 de julio de 2010	27.439,07 euros
Desde el 6 de noviembre de 2010	18.283,99 euros

Acompañaba a su escrito copia del Decreto del delegado del Área de Gobierno de Economía, Empleo y Participación Ciudadana, de 30 de mayo de 2011; copia del aval constituido a efecto de garantía definitiva, y certificado de las comisiones pagadas por el mismo; escritos de la mercantil presentados ante el Ayuntamiento de Madrid con fechas 29 de julio y 8 de noviembre de 2010 y 24 de enero de 2011.

SEGUNDO.- Para la debida comprensión de las vicisitudes ocurridas en la ejecución del contrato, debemos referirnos a los antecedentes relativos tanto al procedimiento de contratación, como al de imposición de las penalidades que se impusieron al adjudicatario por demora en la ejecución, señalando además que este Consejo emitió en su día el Dictamen 94/10, de 7 de abril, relativo entonces a una solicitud de dictamen sobre la interpretación del contrato.

De este modo, en lo que resulte pertinente de todo ello para la correcta decisión de la cuestión sometida a dictamen, se reseñan los siguientes antecedentes.

1.- Respecto del procedimiento de contratación.

Con fecha 12 de mayo de 2005, por Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, se adjudicó a A el contrato ya referenciado, cuyo objeto era la enajenación de la parcela donde se ubicaba el Mercado T, vinculada a la construcción de un nuevo centro comercial y a su posterior transmisión a la Asociación de Comerciantes, así como a la implantación de uso residencial.

El adjudicatario constituyó la correspondiente garantía definitiva, por importe de 5.289.600 euros, mediante aval bancario emitido por la entidad B con fecha 27 de mayo de 2005.

Tras diversas desavenencias respecto a algunas certificaciones de obra, finalizadas las mismas se otorgó la escritura pública de transmisión del centro comercial a la entidad mercantil que sustituyó a la Asociación de comerciantes (el 6 de noviembre de 2009). Dicha fecha se fijó por el Decreto de 11 de octubre de 2010 como de cumplimiento del contrato e inicio del plazo de garantía de un año, plazo que fijaba el pliego de contratación.

2.- Respecto del procedimiento de imposición de penalidades.

El Delegado del Área de Gobierno de Economía y Empleo, mediante Decreto de 4 de noviembre de 2009, dispuso: 1) iniciar el procedimiento para la imposición de penalidades al contratista, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 28 del PCAP; 2) fijar el importe de las mismas en la cantidad de un millón trescientos ochenta y cuatro mil setecientos cuatro

euros (1.384.704 €) por la demora en 192 días en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

Tramitado el procedimiento, previo informe de la Dirección General de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento y dictamen del Consejo Consultivo sobre la interpretación del contrato (Dictamen 94/10 ya citado), se dictó el Decreto de 16 de abril de 2010 de imposición de penalidades a la adjudicataria, por el importe reseñado, de los cuales correspondía a la Asociación de Comerciantes un total de 1.153.920 euros como compensación a la inactividad comercial.

El Decreto de imposición de penalizaciones fue recurrido tanto por todos los interesados, incluida la entidad adjudicataria del contrato hoy reclamante.

Dichos recursos dieron lugar a la Sentencia de 6 de noviembre de 2012, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 7 de Madrid, y a la Sentencia de 20 de febrero de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimaron los recursos confirmando la penalidad.

También se dictaron los autos de 9 de diciembre de 2010 y 28 de noviembre de 2011 sobre la medida cautelar de suspensión del Decreto recurrido.

3.- Sobre la devolución de la garantía.

El 28 de enero de 2011 la entidad adjudicataria procedió a prestar garantía por importe de las penalidades impuestas, por lo que el 21 de febrero de 2011, la Dirección General de Comercio informó de la procedencia de la devolución de la garantía, una vez comprobadas las obligaciones de las que respondía, esto es, de las penalidades impuestas al contratista; daños y perjuicios irrogados a la Administración con motivo de

la ejecución del contrato y defectos de la construcción que pudieran advertirse en el nuevo Mercado en el plazo de garantía.

Mediante Decreto de 30 de mayo de 2011 (folios 1677 a 1684), notificado al adjudicatario el 3 de junio siguiente se acordó, en su punto segundo, autorizar la devolución a la adjudicataria de la garantía definitiva, condicionada al afianzamiento de la cantidad de 1.348.704 €, como garantía del pago de la penalización impuesta.

TERCERO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante, RPRP).

Constituyen aspectos a destacar de su tramitación, los siguientes:

Por acuerdo de 7 de marzo de 2013, notificado el 22 de marzo, se requirió al reclamante: aportar declaración en la que manifestase no haber sido indemnizado, ni serlo en el futuro, por los mismos hechos; indicar si, por los mismos hechos se seguían otras reclamaciones civiles, penales o administrativas; e indicar los restantes medios de prueba de los que pretendiese valerse.

El requerimiento fue atendido mediante escrito presentado el 3 de abril de 2013.

Se ha solicitado informe de la Dirección General de Comercio y Desarrollo Económico, que fue remitido con fecha 8 de julio de 2013, en el que manifestaba que no consta la interposición de recurso alguno contra

el Decreto del delegado del Área de Gobierno de Economía, Empleo y Participación Ciudadana, de 30 de mayo de 2011, y acompañaba informe de la Asesoría Jurídica de 22 de abril de 2013 así como la documentación relativa al procedimiento de contratación.

En este informe de la Asesoría Jurídica se ponía de manifiesto, entre otros aspectos, que la ejecución de las penalizaciones debía paralizarse hasta la resolución definitiva de la solicitud de la medida cautelar de suspensión en sede procesal.

Mediante escrito de la jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial, de 2 de octubre de 2014, notificado el 9 de octubre siguiente, se confirió trámite de audiencia al reclamante, no constando la presentación de alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

La jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial, con fecha 17 de junio de 2014, formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial, al considerar que no constituía una lesión antijurídica la no devolución de la garantía definitiva del contrato, en tanto existiesen responsabilidades que debían ejecutarse con cargo a la misma, constituyendo la imposición de penalidades una de las responsabilidades a las que está afecta la garantía definitiva del contrato.

CUARTO.- En este estado del procedimiento se formula consulta por el coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 10 de mayo de 2013), a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 18 de julio de 2014, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por la Excm. Sra. Dña. Beatriz Grande Pesquero, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado

por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 10 de septiembre de 2014.

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

A la vista de estos antecedentes, formulamos la siguiente,

CONSIDERACIÓN DE DERECHO

ÚNICA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración, tiene su origen en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que al efecto dispone: *“Los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

Para encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual, es preciso que nos encontremos ante el desarrollo normal o anormal de un servicio público, y no ante daños nacidos en virtud de vínculos dimanantes de relaciones jurídicas específicas. En ausencia de servicio público, el daño alegado ha de ser resarcido, no por la vía de la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración, sino por la que se prevea en el ordenamiento jurídico para indemnizar daños derivados de esas concretas relaciones jurídicas.

En el caso analizado, se alega por parte del reclamante que los daños objeto de resarcimiento tienen su origen en una a su juicio tardía cancelación del aval bancario por el que se constituyó la garantía definitiva del contrato.

Ningún atisbo existe de qué servicio de competencia municipal ha funcionado deficientemente en la causación del daño, hecho éste que resulta de la mayor trascendencia en tanto solo los daños acaecidos en el desarrollo de servicios públicos son resarcibles por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración. A dichos efectos, no puede admitirse como tal, aún teniendo en cuenta el sentido amplio con que la jurisprudencia ha interpretado la expresión “servicios públicos” utilizada por el artículo 106.2 de la Constitución Española, el deber genérico de eficiente funcionamiento administrativo, pues con esa extensa interpretación se llegaría al efecto no deseado de convertir a la responsabilidad patrimonial en un cajón de sastre, en detrimento de otras vías de resarcimiento más adecuadas para hacer efectivo el principio de indemnidad.

A esta cuestión nos hemos referido en diversas ocasiones. En nuestro Dictamen 207/11, razonábamos que alguna de las peticiones de indemnización no podían encauzarse por la vía de la responsabilidad patrimonial, ya que tenían su origen en una relación contractual con el Instituto de la Vivienda de Madrid, y por tanto debían dilucidarse por la vía de la responsabilidad contractual y resolverse de acuerdo con las previsiones contenidas en la legislación sobre viviendas de protección oficial. En el mismo sentido nuestro Acuerdo 1/12, en el que estimamos que la reclamación tenía su origen en una conducta del empresario acaecida en el marco de un contrato de trabajo ajeno a la Administración, cuyo incumplimiento se erigía en el origen del daño alegado, para el que existía una específica vía resarcitoria, con la que dar satisfacción al principio de indemnidad, *“evitando el efecto de considerar el instituto de responsabilidad patrimonial como un instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria”*.

De igual manera no consideramos aplicable el instituto de la responsabilidad patrimonial en el Acuerdo 5/14, en el que el perjuicio económico que se alegaba derivaba de la condena a subrogarse en las condiciones de trabajo de los trabajadores contratados por la anterior adjudicataria y que atribuye al incumplimiento en los pliegos de la obligación de información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, ni en el Acuerdo 7/14, en cuyo caso se reclamaban impagos y retrasos al contratista por parte de la Administración contratante.

El mismo criterio puede verse en la doctrina del Consejo de Estado, que en su Dictamen 2591/2003, de 30 de octubre, señala a propósito de esta cuestión:

“(…) que la acción de responsabilidad patrimonial no tiene un alcance tal que permita reconducir a ella los daños o perjuicios que tienen su origen en una relación jurídica distinta previamente establecida o para los cuales se prevén regímenes de resarcimiento propios, salvo las exigencias propias del principio de indemnidad.

Así, el Consejo de Estado ha declarado que la acción de indemnización de daños y perjuicios (...) derivada de un contrato administrativo de obras, no puede configurarse como un supuesto de responsabilidad extracontractual, (dictámenes 1.754/2000, de 18 de mayo de 2000 y 288/2000, de 13 de abril de 2000) o que la acción de indemnización de daños y perjuicios derivada de la suspensión temporal de unas obras tiene naturaleza contractual (dictamen 49.272, de 2 de octubre de 1986).

Igualmente ha señalado que cuando el legislador ha previsto una vía específica de resarcimiento para perjuicios acaecidos en el seno de una determinada relación jurídica, tal vía resulta de aplicación

preferente (dictámenes 1.897/97, de 20 de mayo, 48.115, de 2 de abril de 1986 y 3.917/98, de 21 de enero de 1999). En idéntico sentido se ha manifestado (en los dictámenes 48.675, de 20 de febrero de 1986, 48.115, de 2 de abril de 1986, 549/96, de 16 de mayo de 1996 y 1.480/97, de 29 de mayo de 1997) sobre la improcedencia de encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extra-contractual de la Administración cuando el hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico, como son los eventuales efectos lesivos que se producen en el seno de una actuación expropiatoria (...).

De esta doctrina constante se desprende que la responsabilidad objetiva de la Administración como vía de resarcimiento no puede ser conceptuada o interpretada como instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria (dictamen 54.319, de 5 de diciembre de 1992) y, por tanto, en el caso que suscita el presente expediente, es en el seno de la relación concesional entre la empresa interesada y la Administración en el que ha de sustanciarse la divergencia planteada”.

En el mismo sentido sus dictámenes 1578/2001 y 2703/2004, entre otros.

A la delimitación entre el ámbito de la responsabilidad contractual y la extracontractual se refieren en ocasiones los tribunales. Así la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de julio de 2000, recurso 368/1996 manifiesta: “la responsabilidad contractual es la que deriva del incumplimiento -por una de las partes contratantes- de un deber estipulado en el contrato”. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 29 de marzo de 2005, recurso 1537/2001) en la misma línea:

“la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha diferenciado las reclamaciones de cumplimiento de una obligación de pago que tiene un origen contractual de un lado, y de otro las reclamaciones que tienen su fundamento en la responsabilidad extracontractual de la Administración”.

En definitiva, resulta necesario que los daños que se reclaman por la vía de la responsabilidad patrimonial de la administración sean independientes de toda relación contractual, pues en caso contrario su resarcimiento deberá exigirse en el marco de dicho contrato y conforme las normas propias de la responsabilidad contractual.

En el caso que nos ocupa, esa independencia no concurre, pues, como se ha dicho, el reclamante considera que cumplió con sus obligaciones contractuales en determinada fecha, en la cual, según su criterio, tenía derecho a la cancelación de la garantía, de modo que, al no cancelarse el aval bancario en aquel momento, alega que se le ha irrogado un daño económico indebido al tener que hacer frente a los gastos de mantenimiento del aval. Esta solicitud de resarcimiento del daño tiene así una clara conexión con el propio contrato, pues supone en realidad su liquidación.

Tratándose, por tanto, de una reclamación de cantidad vinculada a una relación contractual, no resulta procedente la emisión de dictamen por este Consejo Consultivo ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC), este órgano deberá ser consultado *“en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial”*, no siendo competente para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios que se tramiten en el marco de una relación contractual, como es el caso.

Por último, a pesar que el Ayuntamiento ha tramitado la solicitud de la entidad reclamante mediante un procedimiento de responsabilidad patrimonial, y a través de su órgano municipal competente para este tipo de reclamaciones, lo cierto es que el escrito de reclamación no menciona en ningún momento que se plantee una reclamación de este tipo. La entidad que se siente perjudicada se limita a solicitar los daños que a su juicio le son debidos sin que, como decimos, exista la más mínima referencia al instituto de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración.

Por lo anteriormente expuesto el Consejo Consultivo adopta el siguiente



ACUERDO

Devolver el expediente, cuyos datos figuran en los antecedentes de hecho del presente Acuerdo, por no ser procedente el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 10 de septiembre de 2014