

Dictamen n^o: **137/10**
Consulta: **Consejero de Transportes e Infraestructuras**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **26.05.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 26 de mayo de 2010 sobre consulta formulada por el Consejero de Transportes e Infraestructuras, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por la empresa A, en reclamación de indemnización, por los daños sufridos como consecuencia de la renuncia a la celebración del contrato “Duplicación de la carretera M-509, Tramo M-50 a Villanueva del Pardillo”.

La cuantía de la indemnización solicitada asciende a 15.082, 70 €.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito dirigido a la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, con fecha 27 de julio de 2009, la empresa A solicita le sean compensados los gastos en que ha incurrido para la presentación de la oferta correspondiente al contrato más arriba indicado, al haber desistido la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la celebración del mismo, mediante resolución que fue notificada a la reclamante con fecha 14 de mayo de 2009.

SEGUNDO.- De la documentación obrante en el expediente se derivan los siguientes hechos:

1. –Con fecha 29 de diciembre de 2008, el Gobierno de la Comunidad de Madrid autorizó la contratación de la duplicación de la carretera M-509, Tramo M-50 a Villanueva del Pardillo, con un presupuesto de licitación de 52.637.545, 62 €. Convocada la licitación por resolución de 7 de enero de 2009, la apertura de las ofertas económicas se realizó con fecha 17 de marzo de 2009. La empresa reclamante presentó una oferta por la cantidad de 32.135.221,60 €, no siendo la oferta económicamente más ventajosa.

2.- Con fecha 12 de mayo de 2009, la Dirección General de Carreteras de la Consejería de Transportes e Infraestructuras elabora un informe en el que se propone la redacción de un nuevo proyecto, y en consecuencia una nueva licitación. Este informe no ha sido incorporado al expediente administrativo, no obstante se da cuenta del mismo en la Resolución de 13 de mayo de 2009 del Consejero de Transportes e Infraestructuras, dictada por el Viceconsejero por delegación de funciones, que obra a los folios 72 y siguientes del expediente administrativo. En la misma se resuelve:

“Primero: Renunciar a la celebración del contrato de obras denominado Duplicación de la carretera M-509, Tramo M-50 a Villanueva del Pardillo.

Segundo: Informar a la Comisión Europea

Tercero: Compensar a los licitadores por los gastos en que hubieran incurrido en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas que rige el procedimiento.”

3.- Respecto de las causas justificativas de la renuncia a la contratación por parte de la Administración, se indica en la Resolución de 13 de mayo

de 2009, con cita del informe del día anterior, que el objetivo de dicho contrato era la mejora de la seguridad vial lo que *“resultaría muy difícil con la solución dada en el proyecto al enlace existente entre la carretera M-50 con la carretera M-509, enlace con pesas, es decir con dos glorietas de diamante, que conllevaría a que gran parte del tráfico transcurriría por la glorieta situada en la M-509 duplicada, pudiéndose generar serios problemas de movilidad y de seguridad vial, haciendo así, inútil el objetivo perseguido ya que, al hecho de que en aquella tipología, glorietas de diamante, se haya incluido una salida directa del ramal de salida que a la glorieta oeste que no existía en el Estudio Informativo original, evitando el paso por la misma. Incluyendo, esta salida, una estructura para el cruce sobre la misma de la futura vía de servicio del Carril del Tejar, se ha unido el que el Ayuntamiento de Majadahonda ha previsto, para los accesos a un futuro centro comercial “Carril del Tejar”, ha previsto una solución en la zona del enlace que incluye la duplicación del tablero del enlace de la M-50 con la M. 509, vías de servicio que acceden a las glorietas del citado enlace y un ramal directo de salida de la M-509 a la M-50 sur”* (sic) (folio 73 del expediente administrativo).

4.- La Consejería de Transportes e Infraestructuras realiza una propuesta de resolución por la que se acuerda abonar a la entidad A una indemnización de 15.082,70 € por los gastos derivados de su participación en el procedimiento de licitación de referencia (folios 68 y 69 del expediente administrativo), estimando la reclamación presentada con fecha 27 de julio de 2009. Con fecha 23 de diciembre de 2009 el servicio jurídico en la Consejería de Transportes e Infraestructuras informa favorablemente dicha propuesta.

TERCERO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con 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.

CUARTO.- Respecto de los hitos del procedimiento, debe destacarse con carácter previo que la administración no ha aplicado en este caso los preceptos reguladores de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, quizá dada la especialidad del supuesto generador del daño.

El *iter* procedimental seguido para concluir con la propuesta de resolución estimatoria del reembolso de los gastos de licitación efectuados por la empresa reclamante comprende únicamente la Resolución de 13 de mayo de 2009, en la que se acuerda renunciar a la celebración del contrato e indemnizar a los licitadores de los gastos padecidos, que se notificó a la interesada el día 14 de mayo de 2009, y una vez presentada la reclamación por aquélla, la correspondiente propuesta de resolución y la solicitud de dictamen a este Consejo.

No consta, por tanto, en el expediente la concesión del trámite de audiencia a la empresa perjudicada, exigida por el artículo 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Tampoco consta el informe del servicio causante del daño exigido por el artículo 10 del Real Decreto 429/1993. Únicamente, en la propia Resolución de 13 de mayo de 2009, se hace referencia a las causas que motivaron la renuncia a la contratación, con cita a un informe de la Dirección General de Carreteras de 12 de mayo de 2009, al que más arriba hemos hecho referencia.

QUINTO.- En este estado del procedimiento se formula consulta por el Consejero de Transportes e Infraestructuras que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 7 de mayo de 2010, por trámite ordinario correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Consejera D^a Rosario Laina Valenciano que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado,

por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 26 de mayo de 2010

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación en soporte digital que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

Respecto del carácter preceptivo del dictamen cabe señalar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.2 de la LCSP, *“La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación provisional. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.”*

Esta remisión a los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración, debe considerarse como supletoria para el caso de que el pliego de cláusulas administrativas no establezca nada en relación con el reembolso de tales gastos, pero, en todo caso, permite considerar que la

petición es de carácter extracontractual pues lo contrario supondría dividir o establecer dos naturalezas distintas para una misma situación jurídica, en función de que la indemnización esté prevista o no en el pliego, lo que este Consejo Consultivo no considera posible desde la óptica del principio de igualdad y sobre todo de la seguridad en la definición de las instituciones jurídicas.

En este caso, la procedencia de la indemnización por renuncia a la celebración del contrato, está prevista en la cláusula 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares que, reproduciendo lo establecido en el artículo 139 de la LCSP, señala que “ *Si antes de la adjudicación provisional, el órgano de contratación renunciase a la celebración del contrato, o desistiese del procedimiento, en la notificación a los licitadores de la resolución motivada indicará la compensación que proceda abonar por los gastos de licitación, de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración*”.

Esta remisión genérica a los principios que rigen la responsabilidad patrimonial, nos hace concluir que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y que por lo tanto, procede la emisión de dictamen preceptivo, como más arriba hemos señalado.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- La empresa reclamante está legitimada activamente para sostener la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1.992, (LRJ-PAC).

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, al dictarse la Resolución a la que se imputa el daño, por un órgano encuadrado en su organización administrativa.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. En este caso dada la predeterminación legal de la obligación de resarcir el daño, y la inequívoca concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, la administración podría haber optado por tramitar la reclamación por los cauces del procedimiento abreviado, regulado en el Capítulo III del RD 429/1993, opción de la que no ha hecho uso, apreciándose no obstante, un desarrollo irregular del procedimiento ordinario regulado en el Capítulo II del mismo texto legal, que como más adelante se señala, y en aras de los principios de economía procesal y de celeridad, y sobre la base de ausencia de indefensión, no da lugar a retroacción.

Como hemos expuesto en el examen de los hechos, no consta, en el expediente la concesión del trámite de audiencia a la empresa perjudicada, exigida por el artículo 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Sin embargo, esta irregularidad no debe ser considerada invalidante a la luz de lo dispuesto en el artículo 84.4 de la LRJPAC, cuando establece “*se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado*”.

No consta tampoco el informe del servicio causante del daño exigido por el artículo 10 del Real Decreto 429/1993. Únicamente, en la propia Resolución de 13 de mayo de 2009, se hace referencia a las causas que motivaron la renuncia a la contratación, con cita a un informe de la Dirección General de Carreteras de 12 de mayo de 2009, al que más arriba

hemos hecho referencia. Esto no obstante, la omisión de tal informe no tiene el carácter de irregularidad invalidante.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución, y por el Título X, Capítulo Primero, además de la Disposición adicional 12ª, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo que, como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2.008-, consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es

imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2.003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

QUINTA.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LRJPAC *“el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*. De acuerdo con dicho precepto sólo son indemnizables los daños ciertos, ya producidos, no los eventuales o simplemente posibles, por lo que con carácter previo debe examinarse la concurrencia de tales requisitos en los daños consistentes en el abono de los trabajos necesarios para presentar la oferta económica en la licitación del contrato de referencia.

Como más arriba hemos indicado el 139.2 de la LCSP, previene el resarcimiento de los gastos en que hubiesen incurrido los licitadores una vez presentadas las ofertas en el caso de que el órgano de contratación acordase la renuncia la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento.

Esta obligación establecida legalmente no precisa de ulterior examen de la antijuridicidad del daño padecido puesto que ésta, está preestablecida legalmente. Es decir que el artículo 139 de la LCSP considera que existe antijuridicidad del daño por el solo hecho de que por parte de la Administración se renuncie al contrato en los términos establecidos en la misma, siendo únicamente procedente examinar, la cuantía y acreditación

de los daños alegados y su relación de causalidad con la actuación de la administración.

Para acreditar la realidad de los gastos la reclamante presenta diversas facturas, correspondientes a distintos trabajos. Todas las facturas presentadas contienen una referencia expresa a la afectación de los trabajos al contrato, al que más tarde renuncia la administración convocante de la licitación, lo que determina la existencia del necesario nexo causal entre el daño padecido y la renuncia de la Administración al contrato, pues es claro que se trata de gastos directamente vinculados a la presentación de la oferta, de acuerdo con el punto 9 del anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares,- “ *Documentación técnica a presentar en relación con los criterios valorables mediante la emisión de un juicio de valor*”. Así:

- Factura por importe de 11.368 €, por la realización de los apartados concertados a incluir en el conjunto de la licitación, conforme a las estipulaciones y requisitos expresados en el pliego de cláusulas administrativas particulares para el contrato “Duplicación de la carretera M-509, Tramo M-50 a Villanueva del Pardillo”.
- Factura por importe de 2.088 € por los estudios de aumento del ahorro energético derivado de las medidas a implantar en la obra y adecuación Hidrológico, Forestal y mejora del hábitat en el entorno del río Guadarrama para la licitación de la Duplicación de la carretera M-509, Tramo M-50 a Villanueva del Pardillo.
- Factura por importe de 522 € por los estudios ambientales para la Duplicación de la carretera M-509, Tramo M-50 a Villanueva del Pardillo.

- Factura por importe de 602,04 € por el estudio de desviación del tráfico y reportaje fotográfico del proyecto Duplicación de la carretera M-509, Tramo M-50 a Villanueva del Pardillo.
- Factura por importe de 328,66 € por la memoria de seguridad y salud de la obra Duplicación de la carretera M-509, Tramo M-50 a Villanueva del Pardillo.
- Factura por importe 290 € por suministro de BC·3. En este caso se desglosan dos pedidos, uno por importe de 150 €, relativo al expediente aaa, que se corresponde con el número de expediente del contrato de referencia y otro relativo a otro expediente, que por lo tanto no podrá ser incluida entre los gastos indemnizables.

A la hora de calcular el importe de la indemnización que corresponde a la reclamante, debe tenerse en cuenta el IVA soportado en las facturas aportadas sería deducible, en los términos del Título VIII de la Ley, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y por lo tanto el mismo no sería indemnizable, al no constituir un daño efectivo para la entidad reclamante.

Por lo tanto, de la suma de todas los gastos acreditados por la licitadora, que asciende a 15.082, 7€, debe descontarse el IVA, (2.080,37 €), a efectos de calcular la indemnización correspondiente, que ascendería entonces a la cantidad de 13.002,33 €.

Además debe señalarse que la indemnización a satisfacer a la reclamante no está sujeta a IVA, de acuerdo con el artículo 78. 3.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, tal y como se pone de relieve entre otras en Resolución de la Dirección General de Tributos número 252/2010, de 11 de febrero o la 30/2010, de 18 de enero.

ÚLTIMA.- La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Transportes e

Infraestructuras, según el artículo 142.2 de la Ley 30/1.992 y 55.2 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad 1/1.983, de 13 de diciembre, cuya Orden pondrá fin a la vía administrativa según el artículo 53.1 de la misma Ley. Contra dicha Orden cabrá recurso contencioso administrativo ante el tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el artículo 10.1.j) de la Ley de la Jurisdicción 29/1.998, de 13 de julio.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Este Consejo Consultivo considera que a los efectos del dictamen solicitado, procede estimar la reclamación efectuada, y abonar a la reclamante la cantidad de 13.002,33 €, en concepto de reintegro de los gastos de licitación, IVA excluido.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 26 de mayo 2010