

Dictamen n^o: **335/15**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **24.06.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 24 de junio de 2015, sobre 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”, como consecuencia de la anulación de la modificación del contrato administrativo de prestación del servicio de transporte turístico con itinerario fijo en el término municipal de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de mayo de 2015, tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en relación con el presente expediente de responsabilidad patrimonial, procedente del Ayuntamiento de Madrid. Correspondió su estudio a la Sección VI, presidida por la Excm. Sra. Dña. Beatriz Grande Pesquero quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 24 de junio de 2015.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo es acompañado de documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se considera suficiente.

SEGUNDO.- Mediante escrito presentado a través de los servicios postales el 9 de enero de 2014, la entidad reclamante, actuando mediante representante, formuló reclamación de responsabilidad patrimonial, por los perjuicios ocasionados como consecuencia de *“la actuación ilícita del Ayuntamiento de Madrid, que mediante Resolución de 30 de diciembre de 2003 modificó el contrato que con fecha 21 de diciembre de 2000 adjudicó a la UTE B, para la prestación del servicio de transporte turístico con itinerario fijo en el término municipal de Madrid, permitiendo con dicha modificación fraudulenta, que la referida UTE haya prestado irregularmente, durante 10 años, el servicio de transporte turístico que en su calidad estaba por debajo del que la entidad que represento como legítima aspirante a la adjudicación de dicho contrato había ofertado en su momento en el concurso originario, privándole de este modo de sus reales posibilidades de concurrencia a la licitación”*.

Manifestaba la interesada, que tras la adjudicación el 21 de diciembre de 2000, del contrato a la UTE B, el Ayuntamiento de Madrid, con fecha 30 de diciembre de 2003, aprobó la modificación del contrato, la cual afectaba sustancialmente al contrato inicial, alterando elementos claves que habían sido los determinantes de la adjudicación del contrato a la UTE B.

Así, señalaba que para la adopción de la adjudicación fue esencial la oferta realizada por la referida UTE en cuanto a: longitud total de las rutas, el número de autobuses por itinerario, las tarifas a satisfacer por los usuarios, el canon a recibir por el Ayuntamiento y las características ecológicas de algunos de los vehículos.

Sin embargo, continuaba relatando, la UTE adjudicataria nunca llegó a destinar al cumplimiento del contrato la flota de vehículos ofertada, y por los cuales se obtuvieron los puntos decisivos en la licitación.

Ante la modificación del contrato aprobada por el Ayuntamiento, la interesada interpuso recurso contencioso administrativo, que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de diciembre de 2012, que estimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 3 de septiembre de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 11 de Madrid, acordando su revocación y anulando la Resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 30 de diciembre de 2003, que modificó el contrato que había sido adjudicado a la UTE B para la prestación del servicio de transporte turístico con itinerario fijo en el término municipal de Madrid.

Siendo firme dicha Sentencia de 17 de diciembre de 2012 (notificada el 9 de enero de 2013), y no habiendo procedido la Administración demandada a su adecuado cumplimiento, mediante escrito de fecha 4 de abril de 2013 la entidad reclamante instó ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 11 de Madrid, su ejecución forzosa; dicho incidente de ejecución concluyó con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 31 de julio de 2014.

La interesada recogía en su escrito que:

“ha quedado demostrado que se trataba de una modificación fraudulenta que tuvo lugar debido a lo irreal de los términos tan generosos en que la UTE B había redactado su oferta para concurrir a la licitación, ofreciendo condiciones destinadas a obtener una puntuación mayor que la de los otros licitadores pero que en realidad no estaba dispuesta a asumir, para que luego, una vez hubiera obtenido la adjudicación del contrato, modificar esos términos a su favor con el consentimiento del Ayuntamiento. Esto

ha permitido que se haya prestado durante 10 años un servicio que en su calidad estaba por debajo del que mi mandante había ofertado en el concurso originario.”

Consideraba en definitiva, que procede reconocer su derecho a percibir una indemnización por la anulación de la modificación del contrato primitivo, la cual valoraba en cinco millones trescientos noventa y cuatro mil setecientos noventa y cuatro euros con veintinueve céntimos de euro (5.394.794,29 €), con el siguiente desglose:

- 19.795 € por gastos procesales.
- 16.500 € por preparación del concurso.
- 132.200 € por desinstalación.
- 5.126.299,29 €, correspondientes al *“6% del margen de negocio obtenido durante los ocho años posteriores a que el contrato fuera ilegalmente modificado.”*
- 100.000 € por daño moral.

TERCERO.- Del expediente administrativo remitido, se extraen los siguientes hechos de interés, para la correcta resolución del asunto:

1.- Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 21 de diciembre de 2000, notificado el 3 de enero siguiente, se adjudicó a la U.T.E. constituida por C, D, E y F, (UTE “B”), la prestación del servicio de transporte turístico con itinerario fijo en el término municipal de Madrid por un plazo de concesión de 10 años.

2.- Por Acuerdo de la Comisión de la Junta de Gobierno, de 30 de diciembre de 2003, se aprobó la modificación del contrato.

3.- La empresa A, hoy reclamante, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el anterior Acuerdo, que se tramitó ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 11 (P.O. 20/04).

Con fecha 3 de septiembre de 2010, el Juzgado dictó Sentencia desestimando la demanda en todas sus pretensiones, declarando el interés público en el que se fundaba la modificación del contrato, acreditando la competencia de la Junta de Gobierno para la aprobación de la modificación y entendiendo que no podían alegarse en vía contencioso-administrativa cuestiones no alegadas en su momento en vía administrativa.

4.- Recurrida en apelación la anterior, la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó Sentencia el 17 de diciembre de 2012.

En la misma, se recogía que determinados aspectos de la modificación del contrato, no respondían a necesidades nuevas o causas imprevistas, ni estaban justificadas por razones de interés general; en particular se refería a los siguientes:

“1º.- vehículos: según el Pliego los concursantes debían de ofertar -respetando un mínimo- el número de vehículos a afectar al servicio determinando en su oferta el modelo y tipo de vehículo que consideraran más adecuado para la prestación del servicio y que adscribirían al mismo en caso de resultar adjudicatarios, puntuándose el número de autobuses ofertado y los vehículos de características especiales, siendo lo ofertado por la recurrente, lo valorado y aceptado por la Administración en la adjudicación y en el contrato, la afectación al servicio de 31 autocares con las siguientes características: 2 vehículos cortos de 7,35 metros; 2 vehículos propulsados por gas de 12 metros marca IVECO; 2 vehículos de impulsión eléctrica híbridos de 12 metros y 25 vehículos

cortos de doble piso de 10,450 metros. La modificación realizada sustituye los vehículos cortos, los propulsados por gas y los de impulsión eléctrica por 3 vehículos cortos de doble piso de 10,450 metros, marca DENNIS modelo TRIDENT-2 piso plataforma baja, dotados de motores Euro 3. Acepta que dos años después del inicio del contrato el concesionario no había adscrito todos los medios a que se obligó en su oferta (no habiéndose adscrito los 2 vehículos de impulsión eléctrica híbridos de 12 metros y un vehículo corto de 7,35 metros) y que la adscripción de los que funcionaban se había realizado de forma progresiva (...).

2º.- itinerarios: se modifican los tres itinerarios que constituyen el objeto del contrato reduciéndose los kilómetros ofertados siendo así que los kms. ofertados eran uno de los baremos de puntuación de las ofertas, puntuándose cada km que excediera de 5 ó fracción con 0,25 puntos y km que le fueron puntuados a B al valorarse su oferta. (...)

3º.- guías: según el Pliego durante la prestación del servicio debería ir a bordo de cada uno de los vehículos un acompañante que debería de tener la condición de guía turístico con titulación acreditada y conocimiento de tres idiomas como mínimo; modificándose la titulación exigida al personal afecto al servicio en el siguiente sentido: "Durante la prestación del servicio deberá ir a bordo de cada uno de los vehículos un acompañante que actuará de informador turístico, el cual deberá contar con titulación de grado medio, junto con el conocimiento adecuado de al menos dos idiomas extranjeros (...)."

Añadía la precitada Sentencia en su F.D. Sexto:

“SEXTO.- De lo expuesto resulta que debemos estimar el recurso de apelación y revocar la Sentencia apelada anulando la Resolución

de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 30 de diciembre de 2003 a que esta litis se refiere en todos los extremos a que la modificación se refiere, a excepción del incremento de las tarifas y del canon.

La modificación no puede ser anulada como pretende el apelante por falta de audiencia de los interesados, ya que el art 59.1 del TRLCAP únicamente exige la audiencia del contratista, sin que tampoco podamos en este recurso ordenar al Ayuntamiento de Madrid que declare el incumplimiento contractual de la UTE B y que resuelva el contrato abriendo nuevo concurso para la adjudicación del servicio, al ser pretensiones que no han sido ejercitadas en vía administrativa, extremos en los que compartimos lo razonado por la Sentencia apelada en cuanto al carácter revisor de la jurisdicción, sin que proceda tampoco "anular la condena en costas realizada por la Sentencia" ya que la Sentencia no contiene condena en costas."

Y el Fallo de la Sentencia concluía:

"FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador L.R.N. actuando en representación de A contra la Sentencia dictada en fecha 3 de septiembre de 2010 por el juzgado de lo contencioso administrativo nº 11 de esta capital, la revocamos y en consecuencia anulamos la Resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 30 de diciembre de 2003 a que esta litis se refiere en todos los extremos a que la modificación se refiere, a excepción de! incremento de las tarifas y del canon, con desestimación expresa de los demás pedimentos contenidos en el suplico de la demanda y en el recurso de apelación. No se realiza condena en costas."

5.- Incoado el procedimiento de responsabilidad patrimonial, se ha incorporado el informe emitido por el subdirector general de Gestión Económico Administrativa, de 22 de mayo de 2014, en el que se recoge:

“(…) Por tanto, transcurridos más de dos años desde la finalización del contrato hasta la recepción de la sentencia y siendo ésta fundamentalmente declarativa sin contener un pronunciamiento expreso y directo de condena al Ayuntamiento de Madrid en el sentido de hacer, de dejar de hacer, o de variar alguna actuación, se entendió que podía considerarse cumplida la sentencia.

El expediente original de este contrato se remitió a la Sección 3^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ y se perdió, sin que se guardase copia del mismo, habiéndose reconstruido parte del mismo con copias de documentos (se adjunta copia). No obstante no existe copia del informe de adjudicación, motivo por el cuál es difícil establecer la valoración que se hizo de los criterios de adjudicación y de las mejoras que pudieran haberse hecho.

No constan, por otra parte en esta Secretaría General Técnica, otras reclamaciones fuera de la presentada por A, que ha sido objeto de un largo proceso judicial que ha culminado con la citada sentencia (se adjunta copia) que aborda los aspectos puestos de manifiesto en la actual reclamación de responsabilidad patrimonial”.

6.- La Asesoría Jurídica municipal, con fecha 4 de septiembre de 2014, informó que se encontraba pendiente de resolución el incidente de ejecución de Sentencia de 17 de diciembre de 2012, encontrándose ante el Tribunal Superior de Justicia el recurso de apelación interpuesto por el interesado.

5.- La jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial, mediante escrito de 16 de septiembre de 2014, notificado el 23 de septiembre

siguiente, comunicó al interesado que la resolución de la reclamación patrimonial quedaba a la espera de que se dictase sentencia en el proceso judicial pendiente.

6.- Con fecha 17 de octubre de 2014, el interesado presentó escrito mediante el cual ponía en conocimiento que con fecha 31 de julio de 2014, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid dictó Sentencia (notificada el 16 de septiembre de 2014) desestimando el recurso de apelación interpuesto en el incidente de ejecución.

7.- La jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial, con fecha 22 de octubre de 2014, procedió a dar trámite de audiencia a la mercantil interesada, constando su notificación el 4 de noviembre de 2014.

8.- En uso de dicho trámite, la reclamante presentó escrito de alegaciones el 20 de noviembre de 2014, en el que ratificaba lo manifestado en su escrito de reclamación.

9.- El 6 de mayo de 2015, el director general de Organización y Régimen Jurídico del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, emite propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º

de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC) por ser la cuantía de la reclamación superior a quince mil euros, y se efectúa por el coordinador general de la Alcaldía de Madrid, por delegación de la alcaldesa, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.3 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

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

SEGUNDA.- La mercantil reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJ-PAC), por cuanto presenta su reclamación alegando daños económicos derivados de la anulación de una modificación del contrato administrativo, de cuyo concurso fue licitador.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid, Administración a la que se imputa el daño, y autora del acto administrativo en cuya anulación se fundamenta la reclamación.

En cuanto al requisito temporal, el artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”*.

En el caso que nos ocupa, la Sentencia que anuló la modificación del contrato, fue notificada a la reclamante el 9 de enero de 2013, tras lo cual presentó *ad cautelam* su reclamación, el 9 de enero de 2014. Igualmente el incidente de ejecución concluyó mediante Sentencia de 31 de julio de

2014, notificada el 16 de septiembre siguiente, por lo que, en todo caso, la reclamación se encuentra presentada dentro del plazo legal.

En otro orden de cosas, el procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos. Especialmente, se ha recabado informe del servicio municipal competente y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

TERCERA.- Sin perjuicio de lo expuesto, y en cuanto a la cuestión de fondo planteada, como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

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, alterándolo, en el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

De este modo, sólo son indemnizables las lesiones producidas por daños que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Esta antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia

(v., p. ej., las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

CUARTA.- La entidad reclamante considera que ha existido un daño indemnizable, que no tiene el deber jurídico de soportar, y lo fundamenta en la anulación, por la Sentencia de 17 de diciembre de 2012, de la Resolución municipal de 30 de diciembre de 2003, que aprobó la modificación del contrato.

Debemos partir de que, solo son indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 LRJ-PAC). Específicamente además *“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”* (142.4 LRJ-PAC).

Hay que señalar, que la entidad reclamante no plasma ningún argumento respecto de este último inciso, ya que ni siquiera cita el artículo 142.4 LRJ-PAC; sin embargo, en absoluto podemos ignorar que, en realidad, nos encontramos precisamente con una pretensión indemnizatoria, que se fundamenta en la anulación judicial de un acto administrativo, en nuestro caso, el de modificación contractual.

Partiendo de ello, el desarrollo jurisprudencial de la cuestión relativa a la responsabilidad patrimonial administrativa en los supuestos de anulación de actos en vía administrativa o judicial, alude a que el derecho a una indemnización en tales casos, no se presupone por la sola anulación del acto sino que es preciso que concurren los requisitos exigidos con carácter general para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de modo que dicha responsabilidad no se puede excluir o admitir con criterios maximalistas.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, Sección 6ª, recurso 4508/2006):

“(...) el derecho a indemnización en tales casos no se presupone por la sola anulación del acto sino que es preciso que concurran los requisitos exigidos con carácter general para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, requisitos cuya concurrencia, como señala la sentencia de 12 de julio de 2001, si se quiere, ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que estos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido, no concurriendo en el particular el deber jurídico de soportar el daño ya que en este caso desaparecería el carácter antijurídico de la lesión”.

Procede examinar por tanto la existencia de estos requisitos, necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial administrativa.

En primer lugar, sin perjuicio de la existencia o no de un daño, cuestión a la que nos referiremos con posterioridad, debemos resaltar que la acreditación de un nexo causal entre la actividad administrativa y el daño,

cobra relevancia tanto en éste como en otros ámbitos de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, de modo que:

“Entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa a efecto, ya que la Administración –según hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias de veintiocho de febrero (RJ 1998, 3198) y veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho, veintiséis de febrero de dos mil (RJ 2000, 2450), veinticuatro de septiembre de dos mil uno (RJ 2001, 9178, y trece de marzo y diez de junio de dos mil dos, sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización o actividad administrativa”, (STS de 9 de julio de 2002 SR.7648).

Y en este punto, no podemos compartir el criterio del reclamante sobre la existencia de relación causal. Así, en su reclamación señala que:

“En efecto, de haber llegado la Sentencia a tiempo de poder ejecutarse (es decir, con anterioridad a la culminación del contrato), la declaración de nulidad de sus modificados habría puesto a la UTE B ante la tesitura de tener que resolver este contrato que tal y como había sido adjudicado, era de una clara inviabilidad económica, convocándose entonces nueva licitación para la prestación del servicio. Es entonces cuando A, como legítima aspirante, habría podido hacerse con la adjudicación del contrato. A esto, insistimos, debemos unir el daño patrimonial de no haberse podido licitar en condiciones adecuadas, en régimen de igualdad al concurso, que se otorgó a quienes nunca se le exigió luego cumplir, al modificar en todos los elementos claves la prestación, esos que permitieron a la UTE B disfrutar del contrato.”

Sin embargo, tal razonamiento parte de premisas erróneas. En primer lugar, debemos señalar, que la Sentencia que anuló la modificación del contrato no otorgó ningún derecho resarcitorio a la reclamante, así como tampoco le reconoció una situación jurídica individualizada, de la que se pudiera derivar algún derecho a su favor.

En este sentido, la Sentencia de 31 de julio de 2014, que resolvió el incidente de ejecución planteado, señala que:

“Pues bien, sobre la base de lo expuesto se deduce razonablemente que la Sentencia de 17 de Diciembre de 2.012 no contiene ningún otro razonamiento ni pronunciamiento más allá de la sola anulación de la resolución municipal sobre modificación del contrato de referencia a excepción del incremento de las tarifas y del canon, aspectos éstos que sí se convalidan, desestimándose expresamente los demás pedimentos contenidos en el suplico de la demanda y en el recurso de apelación, de manera que, efectivamente, los efectos de aquella sentencia se agotan con su declaración de anulación parcial de la modificación contractual a que remite, no reconociendo, ni siquiera implícitamente, ninguna situación jurídica individualizada a favor de la mercantil contratista que pudiera habilitar, en trámite de ejecución de la sentencia, una pretensión indemnizatoria como la que articula con motivo de su presente apelación (...).”

Por otra parte, la “*inviabilidad económica*” del contrato primitivo, no deja de ser una afirmación gratuita, pues antes de la modificación, el servicio se estuvo prestando durante tres años; además, la Sentencia que anuló dicha modificación, lo hizo parcialmente (a excepción del incremento de las tarifas y del canon), y no declaró ningún incumplimiento del contratista, ni ordenó a la Administración resolver el contrato.

Igualmente, teniendo en cuenta la existencia de un acto firme, el de la adjudicación (válido y no impugnado), no resulta adecuado equiparar el supuesto en el que nos encontramos, con el derecho, reconocido jurisprudencialmente, a que en determinados casos, el licitador perciba una indemnización fundamentada en su “expectativa” de haber resultado adjudicatario (sentencias que en ocasiones declaran el derecho del licitador a percibir una indemnización correspondiente al 6% del beneficio industrial del contrato), y que constituye el eje central de la reclamante para solicitar por este concepto la cantidad de 5.126.299,29 €.

Pero los casos en los que se admite tal derecho, parten precisamente de una relación causal entre la actividad administrativa – por ejemplo el rechazo injustificado para que una empresa participe en un concurso -, y un daño efectivo – la privación de expectativas para la adjudicación, a través de un “juicio de causalidad suficiente”; esta valoración debe realizarse a la luz de las circunstancias fácticas que concurren, de modo que se trata de dilucidar, si la privación de tales expectativas tiene fuerza suficiente para provocar el derecho al resarcimiento.

De este modo, se ha reconocido una indemnización por la privación de expectativas, en casos en los que, por una indebida exigencia de clasificación, no se admitió a una empresa a la licitación (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2011, recurso 2899/2009):

“La sentencia recurrida explica que, si en el concurso se hubiera exigido la clasificación que mejor se correspondía con el objeto del contrato que se licitaba, la entidad recurrente debiera haber sido admitida al concurso desde que resultó excluida, y aunque de ahí no se deduce que tuviera derecho a ser la adjudicataria, lo cierto es que el daño se le ocasiona de forma irreparable, desde el momento en que, con un mal funcionamiento del servicio público, se le impide ilícitamente el participar en el proceso selectivo, por lo que se produce

un daño, derivado de la falta de dicha participación, que ciertamente no asegura que de haber participado sería la adjudicataria, pero esta circunstancia deviene imposible, por lo que procede la reparación de dicho daño, que por analogía puede aceptarse debe alcanzar al seis por ciento de beneficio industrial, tal como solicitó la recurrente, pues aunque esta es la cantidad que se derivaría de la falta de adjudicación del contrato, según lo previsto en la el artículo 131.1.b) del real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y cierta jurisprudencia, es de aplicación por analogía al caso presente en que se impide por un acto contrario a derecho la participación en el proceso de contratación”

También en el supuesto en el que la mesa de contratación aplicó mal los pliegos en la valoración de los licitadores (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009, recurso 4580/2006).

Sin embargo, esta privación de expectativas indemnizable, no opera con automatismo, como decimos, sino en función de las concretas circunstancias de cada caso. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2006 (recurso 958/2003), la empresa que solicita una indemnización, no presentó una oferta a la vista de la convocatoria, habiendo sido perfectamente posible que lo hiciera (se hicieron constar dos clasificaciones y se publicó la modificación del pliego en este sentido) y que de forma simultánea interpusiera recurso contra la misma por entender que no eran conformes a derecho las condiciones establecidas en cuanto a la clasificación del contratista; en este caso el Alto Tribunal negó el derecho a una indemnización ya que la situación de la interesada era “excesivamente débil”:

“Entiende esta Sala que en efecto puede haber existido algún perjuicio de carácter general y difuso para la empresa derivado de que no fue adjudicataria de la obra porque no presentó una oferta,

y no la presentó por entender que no cumplía los requisitos exigidos a los contratistas en cuanto a su clasificación. En efecto, ello puede suponer de algún modo una situación negativa para la empresa radicada en la localidad, consistente en la influencia que tenga esta situación en la opinión de los vecinos y de los clientes. Pero que exista esa posibilidad de carácter vago y difuso y desde luego no demostrada no significa que estemos ante una lesión a consecuencia de la cual deba otorgarse una indemnización, tal como está construido el concepto de lesión en nuestro ordenamiento jurídico por la doctrina científica y por la jurisprudencia. Es decir, debemos considerar que de algún modo posiblemente inconcreto y que desde luego no se ha concretado, la empresa se encuentra ante una situación negativa, pero resulta más que discutible que haya padecido un daño efectivo que dé lugar al derecho a una indemnización. Pues no podemos acoger en esta sede procesal planteamientos extremos de la doctrina científica respecto a la responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas, cuando en modo alguno puede afirmarse que estemos ante un perjuicio efectivo y concreto. (...) Todo ello debe llevarnos a acoger la tesis del Ayuntamiento recurrente, que se atiene a la doctrina mantenida habitualmente por esta Sala. Pues de acuerdo con nuestras Sentencias de 5 de diciembre de 1995 y 24 de septiembre de 1999, por mencionar sólo las citadas por el Ayuntamiento entre las numerosas que contienen la doctrina general de esta Sala, las empresas que concurran real o hipotéticamente a una convocatoria para obtener un contrato de obras públicas no tienen más expectativas jurídicas que las que pueden deducirse de una hipotética y futura adjudicación, por lo que su situación jurídica es excesivamente débil. Por otra parte, a tenor de la doctrina de la segunda Sentencia citada debe estimarse que, incluso en el caso hipotético de que hubiera debido convocarse un segundo concurso, ello

no implicaba que se estuviese ante una lesión de la que se dedujera un derecho a indemnización. En consonancia con todo ello, y puesto que no podemos compartir la argumentación de la empresa de obras públicas recurrida y sí por el contrario la del Ayuntamiento recurrente, debemos acoger el único motivo de casación que se invoca y por tanto estimar el presente recurso.”

En el caso que nos ocupa, a pesar del esfuerzo argumentativo de la interesada, no es posible establecer la relación causal que pretende, en cuanto que, si bien es cierto que la anulación judicial de la modificación del contrato hubiera obligado a la Administración a su resolución, lo que no resulta en modo alguno admisible, es aceptar las consecuencias que de ello intenta extraer la entidad reclamante: que el Ayuntamiento convocaría nuevo concurso, que el adjudicado era de una clara inviabilidad económica, que la interesada habría podido hacerse con la nueva adjudicación, y que no pudo licitar en el concurso que se realizó en condiciones de igualdad, ya que no se exigió al adjudicatario que cumpliera con su prestación, mientras que luego se modificó el contrato en sus elementos claves.

Tal razonamiento no deja de constituir un criterio teórico-práctico, en nada equiparable a la necesaria existencia de una conexión directa causa-efecto, entre la actividad administrativa y el daño que se alega, ni tampoco, entendemos, alcanza a atribuir el carácter de indemnizable a la privación de las expectativas de la entidad reclamante.

Así, frente a una hipotética resolución del contrato, el Ayuntamiento podría licitar nuevamente el servicio o no hacerlo, ya que no se trata de un servicio municipal esencial ni obligatorio.

En adición a ello, no es admisible estimar, como se pretende, que, de haberse convocado el concurso con las mismas exigencias técnicas de la modificación del contrato, la interesada habría podido resultar

adjudicataria; en primer lugar porque en modo alguno se ha podido acreditar (en parte por la pérdida del expediente de contratación, y en parte porque tampoco la reclamante realiza un particular esfuerzo sobre ello), que tal afirmación se corresponda con un relación de causa a efecto, necesaria para apreciar el nexo causal; en segundo lugar, porque la premisa de la que parte es ya de por sí hipotética, pues el Ayuntamiento, ante la nulidad de la modificación, podía haber convocado un concurso con las exigencias de dicha modificación, no convocarlo o hacerlo con otras muy distintas, en función de la apreciación del interés general en ese momento.

En el caso presente, como ha quedado expuesto, nos encontramos con un concurso licitado y adjudicado, válido y no recurrido o impugnado, cuyo servicio se prestó durante tres años, transcurridos los cuales se instó una modificación contractual que “parcialmente” se declaró nula por Sentencia. Entra de lleno en el terreno de la hipótesis, el que la Administración, tras dicha nulidad de la modificación, convocaría un nuevo concurso, una vez resuelto el modificado irregularmente, así como las condiciones técnicas en las que, en su caso, dicho concurso se licitara, de modo que no se puede apreciar relación causal entre la modificación anulada y las expectativas de la entidad reclamante a resultar adjudicataria del concurso.

QUINTA.- A mayor abundamiento, el resto de los conceptos indemnizatorios que, junto con el importe correspondiente al 6% del beneficio industrial, solicita la reclamante, deben ser rechazados.

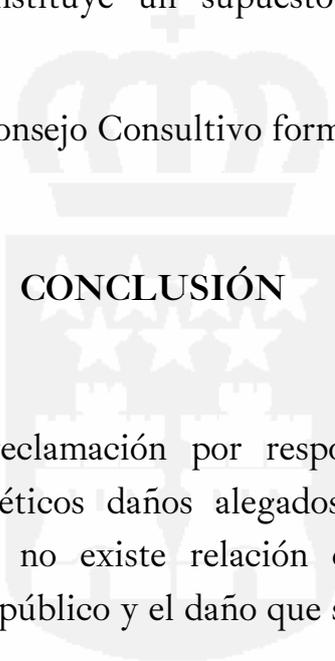
Los gastos de los procesos judiciales no son admisibles en esta sede, pues tienen un instituto propio de resarcimiento a través de las costas procesales (Dictamen 181/12).

En lo referente a los importes relativos a la preparación del concurso y desinstalación, no resultan en todo caso indemnizables. Los primeros son gastos necesarios en los que, en su caso, la mercantil reclamante habría

tenido que incurrir; los segundos, fundamentados en que, según manifiesta la interesada, tuvo que afrontar dichos gastos al ser la anterior prestadora del servicio, deben ser rechazados, pues, en función de lo expuesto en el presente Dictamen, el que resultara adjudicataria de un nuevo concurso solo constituye una expectativa no indemnizable.

Por último, el daño moral que se alega no se ha acreditado en modo alguno, ya que no puede admitirse como tal, el hecho de no haber resultado adjudicataria, circunstancia que no atenta contra su “imagen empresarial”, sino que constituye un supuesto normal en el tráfico mercantil.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente



CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada, pues los hipotéticos daños alegados por la interesada no proceden, y en todo caso no existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño que se alega.

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, 24 de junio de 2015