

Expediente Núm. 261/2009
Dictamen Núm. 119/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de mayo de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 22 de abril de 2009, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato administrativo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 18 de abril de 2008, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato de gestión de servicio público por Resolución de la Consejera de Bienestar Social de 12 de marzo de 2008.

El reclamante manifiesta en su escrito que, aunque le “asisten razones suficientes para recurrir ante el Tribunal Contencioso-Administrativo la mencionada resolución, en aras de no perjudicar la atención que los niños merecen y necesitan”, ha decidido “renunciar a la presentación de los recursos pertinentes y aceptar voluntariamente la resolución de esa Consejería”, aun cuando está “en total desacuerdo con la misma”.

Considera que su “buena voluntad no debe resultar económicamente perjudicada por la disparidad de los criterios mantenidos por los distintos estamentos de esa Consejería en la interpretación de las propias normas dictadas para acceder a dicho concurso” y que, una vez adjudicado el mismo, tuvo que realizar determinadas inversiones y gastos “para cumplir con las condiciones exigidas por la Consejería” que, tras la resolución, no le es “posible amortizar ni tampoco recuperar”. Expone que los perjuicios económicos causados ascienden a 17.338,01 €, y que pone a disposición de la Administración los justificantes, “aunque en su mayoría ya están en su poder porque se los facilitamos juntamente con los resúmenes mensuales de ingresos y gastos”. Entiende que deben tenerse en cuenta también “las perspectivas del lucro cesante previsto por la exploración de la actividad y por el tiempo en que nos fue adjudicado el servicio; esto es, cuarenta y cinco meses de los que tendríamos que restar los siete meses ya consumidos”, a razón de 2.500,00 € mensuales de promedio, según valoración de “la Unidad de Gestión”, lo que representa un total de 95.000 €.

Reclama una indemnización por importe total de ciento doce mil trescientos treinta y ocho euros con un céntimo (112.338,01 €), por los gastos que considera motivados “por actos propios de esa Consejería” y por el lucro cesante.

Al escrito de reclamación acompaña una “relación de gastos por la atención y gestión del servicio público de atención infantil temprana en el Área de Servicios Sociales IV”, que incluye: material didáctico; material informático; librería, papelería e imprenta; rótulos para señalización interior de las

instalaciones; material fungible; servicios profesionales; seguros; tasa del Principado de Asturias por adjudicación del concurso; constitución y liquidaciones de avales; material médico-farmacéutico; plan de prevención de riesgos laborales; indemnizaciones pagadas a los trabajadores por despido y pérdida de la subvención por la contratación de los trabajadores, todo ello por importe de 17.338,01 €.

2. Con fecha 21 de abril de 2008, la Consejera de Bienestar Social dicta Resolución por la que se ordena incoar expediente de responsabilidad patrimonial y nombra instructora del mismo. Dicha resolución fue notificada al reclamante el día 5 de mayo de 2008.

3. Con idéntica fecha, la instructora del procedimiento solicita a la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Bienestar Social un informe en relación con los hechos alegados por el reclamante.

4. El día 6 de mayo de 2008, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales informa que “el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (...) autorizó la contratación de la gestión del servicio público de atención infantil temprana en el Área de Servicios Sociales VI y los concejos de Cabranes, Sariego, Bimenes y Nava”.

Señala que “por Resolución de 20 de abril de 2007 se aprobó el expediente de contratación, disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación, mediante procedimiento abierto y forma de concurso”, y que la convocatoria se publicó en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 8 de mayo de 2007.

Refiere que el día 25 de mayo siguiente se reunió la Mesa de Contratación para la calificación previa de los documentos presentados por cada uno de los licitadores, declarándose excluida la oferta presentada por el reclamante, “por no justificar la solvencia técnica, tal como se exige en el pliego

de cláusulas administrativas particulares”, y admitida la oferta presentada por otro licitador. No obstante, tras la presentación de alegaciones y de diversa documentación por el ahora interesado, “la Mesa de Contratación decide (...) admitir (...) la oferta presentada” por él, adjudicándosele el contrato mediante Resolución de 16 de agosto de 2007, por el precio de 5.900 € y “un plazo de ejecución desde la fecha de la firma del contrato, esto es, el 1 de septiembre de 2007, al 31 de mayo de 2011”.

Añade, posteriormente, que el otro licitador interpone recurso de reposición solicitando que se excluya al adjudicatario del procedimiento de licitación y la adjudicación del contrato a su empresa. Mediante Resolución de 12 de marzo de 2008, la Consejera de Bienestar Social estimó parcialmente el recurso interpuesto, dejando sin efecto la Resolución, de 16 de agosto de 2007, por la que se adjudicó el contrato de referencia, y declarando su nulidad.

Por último, informa que por Resolución de la Consejera de Bienestar Social de 4 de abril de 2008 se aprobó la liquidación del contrato.

5. Con fecha 9 de mayo de 2008, la instructora comunica al reclamante la fecha en la que su solicitud tuvo entrada en la Administración del Principado de Asturias, el órgano competente y el plazo para resolver el procedimiento, así como los efectos del silencio administrativo.

6. El día 3 de junio de 2008, la instructora del procedimiento solicita a la Sección de Recursos de Apoyo a la Integración en el Entorno del Área de Gestión de Centros y Evaluación las facturas aportadas por el interesado.

A continuación, figuran incorporadas al expediente cinco facturas expedidas por el reclamante, con los siguientes números y fechas: 2/07, de 30-09-07; 4/07, de 31-10-07; 2/08, de 31-01-08; 4/08, de 29-02-08, y 6/08, de 31-03-08, cada una de ellas por importe de 5.900 €. En todas consta el visto bueno de la Jefa de Sección de Recursos de Apoyo a la Integración en el Entorno.

7. Con fecha 11 de septiembre de 2008, la instructora del procedimiento notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente, remitiéndole una relación de los documentos obrantes en el mismo. Éste comparece en las dependencias administrativas el día 15 del mismo mes y se le hace entrega de una copia de todo el expediente, sin que se formule alegación alguna por su parte.

8. Mediante oficio notificado al reclamante el 19 de septiembre de 2008, la instructora requiere los justificantes que acrediten el importe de los gastos reclamados, con las advertencias de rigor.

Con fecha 25 de septiembre de 2008, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una “relación de facturas por los gastos ocasionados para la gestión del servicio público de atención infantil temprana en el Área de Servicios Sociales VI”, cuyo importe total asciende a 14.447,55 €, adjuntando copia de alguna de ellas, y manifiesta que también está pendiente de reembolso la subvención concedida para la contratación de dos trabajadoras.

9. El día 3 de diciembre de 2008, el reclamante presenta un escrito en el que efectúa una nueva valoración de los gastos. En él hace referencia “a lo expuesto en el escrito de 4 de noviembre de 2008” -que no consta en el expediente remitido para consulta-, relativo “a las modificaciones acordadas de las cantidades expuestas con fecha 25 de septiembre”.

Menciona que, “una vez aplicadas las regularizaciones en los conceptos de equipos informáticos, gastos bancarios y material didáctico (deducción del 50%), el importe total de la relación de gastos facilitada” quedaría establecido en 11.387,69 €, y adjunta una nueva relación, detallando conceptos e importes. Con respecto al lucro cesante, añade que “se revisa igualmente la cuantía,

valorando ésta en 900 € mensuales, que, aplicados a los 38 meses de la concesión” que le había sido adjudicada, “totalizan 34.200 €”.

Por “todo ello, y sumados todos los conceptos, la reclamación de reintegro de gastos queda establecida en un total de 45.587,69 €”.

En la “relación de gastos por la atención y gestión del servicio público” se incluyen conceptos de librería: material de oficina, rótulos de señalización interior, material médico-farmacia, material didáctico, material informático, gastos bancarios, seguros, reparación de instalaciones, servicios profesionales (asesoría, abogados, notario), prevención de riesgos laborales, tasas tributarias e indemnizaciones por despido de trabajadoras.

10. Obran incorporados al expediente, a continuación, copia de los siguientes documentos: a) Pliego “tipo de cláusulas administrativas que habrá de regir la contratación mediante el procedimiento abierto y sistema de concurso de la gestión del servicio público de atención infantil temprana”. En la cláusula 3, relativa a las “condiciones de ejecución”, consta que “la empresa adjudicataria deberá aportar todas las instalaciones, equipamiento y material necesario para la prestación del servicio”. En la cláusula 4, sobre el precio, se indica que, “a todos los efectos, se entenderá que en las ofertas estarán incluidos todos los gastos que la empresa deba realizar para el cumplimiento de las prestaciones contratadas, como son los generales, financieros, beneficio, seguros, transporte y desplazamientos, honorarios del personal técnico a su cargo, de comprobación y ensayo, tasas y toda clase de tributos, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y los que pudiera establecer la Comunidad Autónoma”. En la cláusula 7, “capacidad para contratar”, se recoge que “podrán presentar ofertas las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras que (...) dispongan de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato”. La cláusula 8, “anuncio”, establece que “serán de cuenta del adjudicatario los gastos de publicación de los anuncios de licitación y de adjudicación del contrato en el Boletín Oficial del

Principado de Asturias". La cláusula 17, relativa a "derechos y obligaciones", dispone, en su apartado h), que, "a fin de dar cumplimiento a los requerimientos contenidos en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (...), y en lo que respecta al desarrollo de las tareas que constituyen el objeto del presente contrato, la empresa adjudicataria asumirá, respecto al personal propio, cuantas obligaciones le imponga la citada Ley y sus disposiciones de desarrollo, en especial en material de información, evaluación de riesgos y formación". El apartado II) de la misma cláusula recoge que "la reposición de las instalaciones, del mobiliario, el equipamiento y maquinaria proporcionados por la empresa adjudicataria correrá a su cargo".

b) Resolución de la Consejera de Bienestar Social, de 16 de agosto de 2007, por la que se adjudica al reclamante el contrato de referencia, con un plazo de ejecución que comprende "desde la fecha de firma del contrato (prevista el 1 de septiembre de 2007) al 31 de mayo de 2011". En su apartado tercero se requiere "al adjudicatario la constitución de la garantía definitiva del contrato por un importe de 10.620,00 € (4% del importe de adjudicación) en el plazo de 15 días desde la notificación de la presente resolución".

c) Resolución de 12 de marzo de 2008, de la misma Consejera, por la que se estima "parcialmente el recurso de reposición interpuesto (...) frente a la Resolución de fecha 16 de agosto de 2007, mediante la que se adjudicó el contrato de gestión del servicio público de atención infantil temprana en el Área de Servicios Sociales VI" al hoy reclamante, que se deja sin efecto. Ello no obstante, y por razones de interés público, el hasta ahora adjudicatario (...) continuará en la prestación del servicio contratado hasta el 31 de marzo de 2008, inclusive", y se declara "la nulidad del contrato de referencia, el cual entra en fase de liquidación, y anular el crédito dispuesto".

d) Escrito presentado por el reclamante en el registro de la Administración del Principado de Asturias con fecha 9 de abril de 2008, en el que manifiesta su renuncia expresa al uso de la vía contencioso-administrativa respecto a la Resolución de 12 de marzo de 2008.

11. El día 6 de abril de 2009, la instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, por entender que “el daño alegado proviene de la Resolución de 12 de marzo de 2008, de tal manera que el reclamante tenía la posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa para pretender la anulación del acto lesivo, así como la indemnización de daños y perjuicios”, y renunció expresamente a ella para, a continuación, presentar una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que solicita una indemnización por inversiones y gastos efectuados así como por el lucro cesante, aportando como justificantes facturas de materiales que conforman el equipamiento y los útiles necesarios para realizar la prestación del servicio objeto del contrato. Cita expresamente la cláusula 3 del pliego, según la cual “la empresa adjudicataria deberá aportar todas las instalaciones, equipamiento y material necesario para la prestación del servicio”, lo que, “puesto en relación con la solvencia requerida para la licitación, pone de manifiesto que el recurrente probablemente contase ya con todo o parte de ese material, no siendo por tanto objeto de reclamación por daños, puesto que, posteriormente al contrato, formaría parte (del) patrimonio destinado a la que es su actividad propia”. Transcribe, asimismo, parte de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de marzo de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), según la cual “el acto de la Administración originario de la responsabilidad patrimonial nunca puede ser considerado antijurídico, por la presunción de validez del mismo y por la falta de impugnación mediante el correspondiente recurso que pudiese demostrar su ilegalidad, y como consecuencia de ello el posible daño alegado por el recurrente no reuniría el carácter de antijurídico, requisito indispensable para que pudiese prosperar la reclamación”. En cuanto al beneficio dejado de percibir al ser anulado el contrato, invoca el Dictamen 37/1998 del Consejo Consultivo de Canarias, que señala que “tampoco existe lesión en aquellos casos en que no resultan lesionados bienes o derechos (...), sino tan sólo

expectativas más o menos probables o remotas, las cuales nunca son indemnizables”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de abril de 2009, registrado de entrada el día 28 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

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 el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 18 de abril de 2008, habiéndose dictado la Resolución por la que se deja sin efecto la adjudicación del contrato el día 12 de marzo del mismo año, por lo que, aun sin atender a la fecha de notificación de la misma, es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, no se ha unido al expediente remitido documentación esencial para conocer la efectividad del daño y su posible relación con el acto anulado. Así, no figura en él la oferta para la adjudicación del contrato que en su día formuló el ahora reclamante; ni los resúmenes mensuales de ingresos y gastos y las facturas adjuntas a los mismos que aquél presentó; ni la justificación del abono por la Administración de cinco facturas emitidas por el interesado por la gestión del servicio, que constan en el expediente; tampoco la Resolución de la Consejera de Bienestar Social de 4 de abril de 2008, por la que se aprobó la liquidación del contrato, ni un escrito de 4 de noviembre de 2008,

al que hace referencia el reclamante en el suyo de 3 de diciembre de ese mismo año.

Por lo que se refiere al informe emitido por el Servicio de Asuntos Generales, apreciamos que el mismo se contrae al relato del expediente de contratación y de la posterior anulación de la adjudicación, extremos que no son objeto de discusión en el asunto. En cambio, no se pronuncia sobre la efectividad de los daños alegados o la posible satisfacción de los mismos por otros cauces, como el abono de las facturas incorporadas al expediente o la liquidación del contrato. Tampoco se alude en él a la posible relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio, ni a la eventual obligación del interesado de soportarlos.

En cuanto al trámite de audiencia, consta en el expediente remitido que el mismo tuvo lugar después de la emisión del informe por el Servicio de Asuntos Generales en los términos consignados. Sin embargo, la reclamación no contiene alegación alguna relativa al procedimiento de contratación, ni a la anulación de la adjudicación del contrato -que finalmente el interesado no impugnó-, únicos aspectos que contempla el informe, sino que apunta exclusivamente a los daños que se consideran causados por dicha anulación. Pues bien, no consta en el expediente ningún informe anterior al trámite de audiencia en relación con este aspecto, por lo que el interesado no ha podido formular alegaciones en defensa de su pretensión indemnizatoria. Ello nos lleva a concluir que no se ha dado cumplimiento al trámite previsto en el artículo 84 de la LRJPAC, dado que por tal no puede considerarse la mera formalización del ofrecimiento de alegaciones al reclamante sin haber incorporado al procedimiento los actos de instrucción necesarios para la resolución, pues el citado precepto exige su realización una vez "instruidos los procedimientos".

En suma, la instrucción realizada no ha proporcionado los elementos de juicio imprescindibles para dictar una resolución acertada, y no ha respetado el esencial principio de contradicción, causando indefensión al interesado. Por tanto, estimamos que debe retrotraerse el procedimiento a fin de que se emita

informe sobre los extremos reseñados y que se conceda audiencia al reclamante.

Practicados los anteriores actos de instrucción, y formulada otra propuesta de resolución, deberá recabarse a este Consejo nuevamente el preceptivo dictamen.

En mérito a lo expuesto, este Consejo entiende que no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar cuanto queda expuesto en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.