

Expediente Núm. 289/2014
Dictamen Núm. 5/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 15 de enero de 2015, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 27 de noviembre de 2014 -registrada de entrada el día 4 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos como consecuencia de la renuncia a la contratación de diversas obras.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 20 de enero de 2014, el representante de una entidad mercantil presenta en el Registro General de la Delegación del Gobierno en Cantabria un escrito -dirigido a la Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente del Principado de Asturias- en el que señala que “con fecha 7 de enero de 2014 se ha publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias anuncio de renuncia por parte del Gobierno (...) a los procedimientos de licitación” relativos al acondicionamiento de la carretera AS-254, Infiesto-Campo

de Caso -tramos Infiesto-La Marea, La Marea-Bueres y Bueres-Caso-; a la construcción de la conexión de las carreteras AS-112 y AE-2 entre sí y con los polígonos de Caborana y Marianes, así como el ensanche de la carretera AE-2, Moreda-Boo, y a la construcción de la carretera entre Villar de Gallegos (Mieres) y el Concejo de Riosa.

Precisa que en dichos procedimientos su representada "presentó las correspondientes ofertas, con el compromiso de constitución de (una) unión temporal de empresas al 50%" con la que identifica.

Manifiesta que "la preparación y presentación de la documentación requerida" ha supuesto para su representada una serie de gastos cuyo importe total asciende a la cantidad de veintisiete mil trescientos sesenta y ocho euros con treinta y tres céntimos (27.368,33 €) (IVA incluido).

Tras reproducir el artículo 155.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y dejar constancia de que "la presente reclamación lo es sin perjuicio de que la empresa con la que conjuntamente se presentaron las ofertas (...) pueda formular otra", solicita que sea "compensada por los gastos ocasionados con motivo de la presentación de ofertas a los concursos relacionados" en la cuantía indicada, y que se proceda a su pago.

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 7 de enero de 2014 del anuncio "relativo a renuncia a los procedimientos de licitación contenidos en diversos expedientes". b) Cinco Resoluciones de la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, de 13 de diciembre de 2013, por las que se renuncia a la contratación de las referidas obras. c) Cuatro facturas giradas a la mercantil reclamante por otros tantos proveedores, y cuya suma alcanza el total solicitado.

El día 22 de enero de 2014 se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de la interesada al que se adjunta el poder otorgado por la misma a favor del letrado que firma el escrito de reclamación.

2. Mediante oficio de 4 de febrero de 2014, el Jefe del Servicio de Contratación de la Consejería instructora comunica a la mercantil reclamante, a la vista de la literalidad de la solicitud formulada, y a tenor de lo establecido en el apartado e) del artículo 44.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que “no costando en la documentación presentada el anuncio mediante escrito en el que se especifique el acto del procedimiento que va a ser objeto de recurso especial en materia de contratación, presentado ante el órgano de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.5 del TRLCSP, se requiere al interesado para que en un plazo de tres días hábiles subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, indicándole que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición”.

En respuesta a dicho requerimiento, el día 14 de febrero de 2014, el representante de la mercantil presenta un escrito en el que expone que “no se trata de un recurso especial en materia de contratación previsto en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP, sino de una reclamación para compensar los gastos en que ha incurrido (...) debido a la renuncia a las adjudicaciones formulada por la Administración, con fundamento en lo establecido en el artículo 155 del mismo texto legal (...). Por lo tanto, no procede cumplimentar el requerimiento efectuado, pues no se trata de recurrir acto de la Administración mediante recurso especial, que por otro lado es potestativo, sino de formular una reclamación motivada por la decisión de la Administración de renunciar a la celebración de los contratos de referencia”.

3. Obran en el expediente diversas comunicaciones electrónicas entre la Consejería instructora y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la última de la cuales, de fecha 12 de marzo de 2014, este órgano informa que “debe tramitarse la citada reclamación por el órgano competente a que se refiere el artículo 142.2 de la Ley 30/1992”.

4. El día 24 de marzo de 2014, la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente dicta resolución por la que se inicia el

procedimiento de responsabilidad patrimonial. Consta en ella la fecha de recepción de la reclamación, las normas con arreglo a las cuales se tramitará, el plazo de resolución -y notificación- de aquel y los efectos de la falta de resolución expresa, lo que se notifica a la interesada.

5. Con fecha 27 de mayo de 2014, emite informe el Jefe del Servicio de Contratación de la Consejería instructora. En él, tras citar el artículo 155 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, señala que “de una lectura literal del precepto” la reclamante “infiere que la Administración tiene la obligación de ‘compensar’ a todos los candidatos o licitadores en caso de renuncia. Ahora bien, la propia resolución impugnada distingue por un lado, en la identificación de las causas que motivan la renuncia a la contratación de las obras -basadas en razones de interés público debidamente acreditadas en el expediente-, y por otra, con referencia expresa a la cláusula 12.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares, señala que ‘en el presente caso la renuncia a la celebración del contrato se produce con anterioridad a su adjudicación, sin que se haya exigido garantía provisional a los licitadores’. Por lo tanto se entiende que no se ha generado ningún gasto o quebranto económico que exceda de los derivados de la decisión voluntaria de participar en un procedimiento de licitación pública./ En este sentido, no existe responsabilidad extracontractual exigible a la Administración, al no existir un daño antijurídico que el particular no tenga el deber jurídico de soportar. La decisión de presentarse a un procedimiento de licitación es una decisión empresarial libre que conlleva lógicamente un riesgo inherente, cual es el de no resultar adjudicatario, y sin que por tanto los gastos que origine dicha decisión puedan considerarse ajenos a la voluntad empresarial”.

Reseña una Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2011 en la que se analiza un supuesto de renuncia a la contratación por razones presupuestarias.

6. Mediante oficio de 4 de junio de 2014, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora comunica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia, e incluye una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El día 17 de junio de 2014, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que muestra su "disconformidad con el informe emitido por el Jefe del Servicio de Contratación (...), pues el texto literal del artículo 155 (del) TRLCAP es claro sobre el derecho de los candidatos o licitadores a ser compensados por los gastos en que hubiesen incurrido y, por lo tanto, no cabe ninguna otra interpretación, y alegamos el principio del derecho *'in claris non fit interpretatio'*./ Discrepamos que el supuesto que nos ocupa y los gastos incurridos puedan ser asimilados a aquellos casos en que la empresa no resulta adjudicataria o se declara desierto el concurso y que sean implícitos a la libre decisión de participar en el concurso, pues en estos casos no interviene acción de la Administración que evite la continuación del procedimiento de contratación./ Es la acción administrativa la que ha ocasionado que mi representada incurra en unos gastos al tener que contratar empresas ajenas a su organización empresarial para la preparación de las ofertas, y posteriormente tales gastos no hayan tenido el destino previsto, por lo que debe ser compensada por ello./ Se indica la existencia de una Sentencia de la Audiencia Nacional que, al ser única, no genera jurisprudencia./ Refiere igualmente el informe la inexistencia de un daño antijurídico que el particular no tenga el deber jurídico de soportar. Consideramos, en cambio que la propia previsión del artículo 155 (del) TRLCSP en su clara redacción impide que deba realizarse más examen de la antijuricidad del daño, pues está previsto legalmente. Se trataría de un supuesto de *'culpa in contrahendo'* o precontractual".

A continuación cita decisiones de órganos de diversa índole que avalarían la pretensión que ejercita; en concreto, una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de noviembre de 2012, una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de febrero de

2012 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª- y un dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de 26 de mayo de 2010.

7. El día 30 de octubre de 2014, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora formula propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación. Reitera lo ya expuesto en el informe del Jefe del Servicio de Contratación y añade que las "alegaciones presentadas durante el trámite de audiencia por la empresa no desvirtúan las consideraciones expuestas", citando a tales efectos, y "a mayor abundamiento", una nueva Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2013, otra del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 16 de noviembre de 2011 y otra del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 28 de noviembre de 2013.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de noviembre de 2014, 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 en relación con diversos expedientes de contratación de la Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

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

ÚNICA.- En el presente supuesto -que, a tenor de los antecedentes relatados, se desencadena a raíz de la renuncia de la Administración consultante a la celebración de diversos procedimientos de licitación una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, y acordada en un momento previo a su adjudicación- se somete a nuestra consideración una propuesta de resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial con el que se despacha una

solicitud de compensación de gastos formulada al amparo del artículo 155.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, planteada por una mercantil que, formando parte de una unión temporal de empresas, habría presentado oferta en los referidos procedimientos de licitación.

Centrado así el fondo del asunto, resulta necesario que con carácter preliminar este Consejo Consultivo analice la naturaleza de la reclamación sometida a su dictamen y el procedimiento seguido en su tramitación para poder abordar después el carácter de la consulta formulada y, en definitiva, su propia competencia para pronunciarse sobre ella; cuestión esta sobre la que ya hemos tenido ocasión de manifestarnos en ocasiones precedentes (Dictámenes Núm. 209/2011 y 210/2011, entre otros).

Siguiendo estos antecedentes, conviene comenzar el examen de la cuestión que se plantea recordando que el Consejo Consultivo es un órgano auxiliar del Principado de Asturias, creado directamente en el Estatuto de Autonomía, cuya composición y competencias regula la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo.

El artículo 13 de la referida Ley enumera los asuntos o expedientes que, tramitados por "los órganos de la Administración Pública del Principado o las entidades locales radicadas en su territorio", deben someterse a consulta preceptiva del Consejo Consultivo. Entre ellos, el apartado 1, letra k), del citado artículo, que V. E. invoca al solicitar la consulta de este Consejo Consultivo, incluye las reclamaciones "de responsabilidad patrimonial que se formulen contra la Administración del Principado de Asturias (...) a partir de seis mil (6.000) euros o de la cuantía superior que establezcan las leyes". En idénticos términos se encuentra redactado el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio.

Se somete a nuestra consideración un procedimiento que la Administración califica de responsabilidad patrimonial y que se tramita tras la

presentación de una solicitud de compensación de gastos que la mercantil interesada formula expresamente al amparo del artículo 155.2 del TRLCSP, que, en una redacción idéntica a la que recogía el artículo 139.2 de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que en caso de renuncia a la celebración del contrato y de desistimiento del procedimiento de adjudicación “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”.

Se trata, como acontecía en los precedentes invocados, de un supuesto de responsabilidad precontractual expresamente admitido por la ley vigente en materia de contratación pública y derivado de una *culpa in contrahendo* de la Administración convocante del procedimiento de adjudicación de un contrato, que ha quedado inconcluso por la renuncia de esta a la celebración del mismo, por lo que dicha responsabilidad tiene, como entonces señalamos y ahora reiteramos, “un fundamento y una regulación propios en la normativa sobre contratación que evidencian una naturaleza y un régimen jurídico diferentes de los de la responsabilidad patrimonial de la Administración regulada en el título X de la LRJPAC”.

A este contorno propio responde el automatismo de la compensación de gastos que el citado artículo 155.2 del TRLCSP establece cuando existe una cuantificación expresa en el anuncio o pliego de contratación, operando “los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración” de manera subsidiaria y, cabe entender, únicamente referidos a la forma de fijar la indemnización a partir de los criterios de daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

En análogo sentido, la disposición final tercera del TRLCSP establece, en su apartado 1, que los “procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”, añadiendo en su apartado 2 que, en todo caso,

“en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado (...) que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades (...), una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud”.

De este modo, la remisión que, con carácter subsidiario, realiza el artículo 155.2 del TRLCSP ni altera el procedimiento de reclamación de cantidad, que tiene su base en la citada Ley especial, ni, por lo que en este momento nos interesa, modifica la calificación de la pretensión de la entidad solicitante como “compensación de gastos” basada en un criterio específico de responsabilidad de la Administración expresamente delimitado.

En estos casos, es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo, recogida entre otros en nuestro Dictamen Núm. 180/2010, tributaria como allí se indica de la establecida por el Consejo de Estado en su Dictamen 882/2007, de 7 de junio, que “la responsabilidad patrimonial de la Administración no constituye una vía para cualesquiera reclamaciones de carácter económico que se formulen ante la Administración (...). Con carácter general, quienes se hallen ligados a esta por una peculiar relación jurídica han de reconducir a ella sus pretensiones económicas, que se resolverán según su régimen jurídico específico”.

No nos hallamos en el presente supuesto, pues, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración presentada en el ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido al particular a ser resarcido de toda lesión que sufra en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta solicitud de compensación, a juicio de este Consejo, nace en el marco de una relación jurídica singular, y en él, por tanto, deberán resarcirse específicamente, si procede, los gastos alegados con arreglo a los criterios a los que sumariamente hemos hecho referencia.

En consecuencia, este Consejo Consultivo no resulta competente para emitir dictamen sobre el fondo de la reclamación de cantidad realmente planteada, ya que esta, a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley del

Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, no se encuentra entre las materias sometidas a dictamen preceptivo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede resolver el procedimiento iniciado por con arreglo a lo dispuesto para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, y que al tratarse de una solicitud de compensación de gastos por renuncia a la celebración de un contrato, que no requiere dictamen preceptivo de este órgano consultivo, no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión en ella planteada.”

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.