



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 7 / 2 0 0 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 25 de noviembre de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Economía y Hacienda en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la empresa S.C., S.L., por daños ocasionados como consecuencia de la suspensión de la entrega de mobiliario a suministrar según pedido solicitado por la Dirección General de Patrimonio y Contratación (EXP. 338/2008 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Economía y Hacienda, es una Propuesta de Resolución sobre la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios formulada por un contratista de la Administración que alega como hecho lesivo el retraso de la Administración en recibir los bienes objeto de un contrato administrativo de suministro. Se trata, por tanto, de una reclamación de responsabilidad contractual, no extracontractual. Esta naturaleza de la reclamación no es óbice para la preceptividad del Dictamen y consiguiente necesidad de solicitarlo, porque el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias dispone la preceptividad del Dictamen en las "*reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa patrimonial*", sin distinguir si esta responsabilidad patrimonial es de origen contractual o extracontractual.

Como donde la Ley no distingue el intérprete no puede distinguir, el precepto abarca tanto las reclamaciones de uno y otro origen y así se ha entendido siempre por el Consejo de Estado cuya Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, en su art. 12.13

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

dispone la preceptividad del Dictamen en todos los procedimientos de reclamación a la Administración de indemnización de daños y perjuicios en cuantía superior a 6.000, sin distinguir entre las de origen contractual o extracontractual (Véanse por todos los Dictámenes del Consejo de Estado 1093/1991, de 3 de octubre de 1991, y 3114/2002, de 30 de enero de 2003).

El Consejo Consultivo en sus Dictámenes 4/2006, de 9 de enero, 6/2007, de 8 de enero, y 206/2008, de 21 de julio, ha sostenido también la misma interpretación: El Dictamen es preceptivo en todos los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, sea de naturaleza contractual o extracontractual.

Por consiguiente, la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Economía y Hacienda para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la citada Ley 5/2002.

2. Recibida la solicitud de Dictamen y el expediente, le correspondió su despacho a la Sección II que, con base en los arts. 22 de la Ley 5/2002 y 50.2 y 53.b) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por el Decreto 181/2005, de 26 de julio, solicitó que se completara el expediente. Recibida parte de la documentación solicitada, se continuó con el procedimiento.

3. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un Dictamen de fondo.

II

1. El contratista solicita que se le indemnicen los gastos generados por el retraso en la recepción del mobiliario correspondiente al lote número 1 del contrato de suministro de mobiliario y equipamiento de oficina que le fue adjudicado, en un procedimiento abierto de concurso, por Resolución del Director General de Patrimonio y Contratación nº 140/LP, de 24 de agosto de 2005. La indemnización la cifra en 30.718,20 euros, cuantía que es aceptada por la Propuesta de Resolución.

2. El contrato tenía por objeto dos lotes: El número 1, que comprendía el suministro de mobiliario y equipamiento de oficina para las nuevas dependencias de la Administración autonómica en Las Palmas de Gran Canaria, por un importe de un millón de euros; y el número 2, que comprendía el suministro de mobiliario y equipamiento de oficina para las nuevas dependencias de la Administración autonómica en Santa Cruz de Tenerife, por un importe de setecientos cincuenta mil euros. La cláusula segunda del contrato preveía que su abono se realizaría una vez

recibido formalmente por la Administración el objeto del suministro y presentadas las facturas correspondientes.

3. El contrato de suministro se formalizó el 4 de noviembre de 2005.

4. Contra la adjudicación del contrato otra empresa concursante interpuso recurso contencioso-administrativo que fue tramitado por el procedimiento ordinario con el número 634/2005 y cuyo conocimiento correspondió a la Sección I^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

5. El 26 de diciembre de 2005 la Administración solicitó a la contratista que le sirviera el lote nº 1.

6. El 30 de diciembre de 2005, en la pieza separada de suspensión de los efectos del acto de adjudicación del contrato, que la empresa recurrente había solicitado por otrosí en su escrito de interposición de recurso, se dictó el Auto, de 30 de diciembre de 2005, cuya parte dispositiva reza así: *“La Sala acuerda: suspender la ejecución de las Resoluciones impugnadas en el proceso principal. En consecuencia, queda sin efecto la adjudicación a S.C., S.L. del contrato de suministro de mobiliario y equipamientos de oficina con destino a las nuevas dependencias administrativas de la Comunidad Autónoma de Canarias, en Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria, lotes 1 y 2”*.

7. En el Hecho tercero de este Auto se consigna que la Administración autonómica había comparecido oponiéndose a la suspensión. Este hecho revela que la Administración autonómica conocía con anterioridad al 26 de diciembre de 2005, fecha en que solicita que la contratista le sirva el lote número 1, que se estaba tramitando un incidente de suspensión.

8 y 13. ¹

14. El 8 de agosto de 2006, la Administración comunica al contratista que: *“Siendo anterior dicho pedido al auto de suspensión que posteriormente le fue notificado respecto a la ejecución del correspondiente contrato de suministro, y habiéndose concluido en fechas recientes la habilitación de las nuevas dependencias de la Consejería destinataria de dicho pedido, procede llevar a cabo la entrega del mismo”*.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

15.²

16. Concluida la instalación del suministro de parte de los bienes correspondientes al lote número 1, la contratista presentó el 12 de septiembre de 2006 un escrito detallando los gastos generados por el retraso en la entrega del mobiliario por importe de 56.750,82 euros.

Entre esos gastos se incluían los de estadía del contenedor CLXU-170050-0 descargado por el buque *C.M.* el 6 de abril de 2006, y los del contenedor CLXU-100970-9, descargado por el buque *T.M.* el 25 de mayo de 2006.

Esos gastos de estadía ascendían respectivamente a 5.505,60 y 3.330 euros.

También se incluían entre los gastos a resarcir una partida de 10.938 euros en concepto de gastos financieros por retraso en el pago del contratista a uno de sus proveedores, retraso que imputaba a la demora en la recepción del suministro y de su abono para que a su vez pudiera pagar a ese proveedor.

También como gastos a resarcir se incluían 15.406,98 euros como intereses de mora por los seis meses de aplazamiento en el pago de la factura de 427.971 euros por los bienes suministrados como entrega parcial de los integrantes del lote número 1.

17. El 25 de enero de 2007 el Director General de Patrimonio y Contratación dictó una Resolución por la que se acordó *“Iniciar expediente administrativo para el abono de los daños y perjuicios ocasionados a la empresa S.C., S.L. por los gastos derivados de la suspensión de entrega de mobiliario a suministrar según pedido solicitado por esta Dirección General en fecha de 26 de diciembre de 2005, en un importe de 56.750,82 euros”*.

En los antecedentes de esta Resolución se expresa lo siguiente:

“Visto que los gastos objeto de reclamación son consecuencia del retraso en la entrega de mobiliario a suministrar, ocasionado inicialmente por la suspensión cautelar acodada por Auto judicial antes citado, y que posteriormente, una vez desestimado el recurso interpuesto contra dicho Auto, esta Dirección General, a la vista de que se trataba de la entrega de un pedido formalizado antes de que se dictara el Auto de suspensión de la ejecución del contrato, consideró que, en consecuencia la entrega de dicho pedido no estaba afectada por la suspensión judicial, pero que, sin embargo, en aquel momento no era posible autorizar la

² Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

instalación del mobiliario objeto de dicho pedido hasta tanto se concluyeran las obras de adecuación de las nuevas dependencias donde dicho mobiliario debería ser instalado, dependencias que estaban afectadas por el plan de reordenación de edificios administrativos en el que actualmente se encuentra inmersa la Administración de la Comunidad Autónoma.

Concluidas las obras en los locales antes citados, mediante escrito de 8 de agosto de 2006, se autorizó a la empresa contratista a llevar a cabo la instalación del mobiliario del pedido no afectado por la suspensión judicial”.

18. Como consecuencia del requerimiento por el instructor del expediente para que la contratista aportara las facturas originales acreditativas de los gastos reclamados, la contratista presentó nueva factura por dichos gastos que incluía los siguientes conceptos:

Por gastos de estadía de los contenedores: 19.780,20 euros. De ellos, 8.835,60 euros corresponden a los gastos de estadía de los contenedores desembarcados el 6 de abril y el 25 de mayo de 2006.

Por gastos financieros por aplazamiento del pago a uno de sus proveedores: 10.938 euros.

De esta manera, la cuantía de la indemnización reclamada quedó fijada definitivamente en 30.718,20 euros.

19. La Sección Iª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictó la Sentencia nº 411/07, de 22 de junio de 2007, en el recurso contencioso administrativo contra la adjudicación del contrato, en cuyos antecedentes consta que la empresa S.C., S.L. fue parte en dicho proceso, y cuyo Fallo es del siguiente tenor:

“Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad A.M.S., S.L., frente al acto antes identificado que consecuentemente anulamos declarando su derecho a ser adjudicatario del contrato de suministro a que se refiere tal acto, sin imposición de costas”

20. La Sala sentenciadora, ante la petición de ejecución provisional de la Sentencia formulada por la empresa A.M.S., S.L., petición frente a la cual formularon alegaciones la Administración autonómica y la empresa S.C., S.L. dictó Auto, el 13 de febrero de 2008, denegando la ejecución provisional con la siguiente argumentación:

“Hay asimismo que aclarar que inicialmente se suspendió la ejecutividad del acto recurrido, lo que implica que el suministro cuyo concurso fue recurrido, no ha debido producir efectos materiales, esto es, el suministro de mobiliarios y demás enseres no se ha materializado en la práctica. Si eso es así, corresponde a la Administración demandada apreciar la urgencia de cubrir las necesidades de equipamiento que realmente tiene y no debe ser mucha porque se ha opuesto a la ejecución provisional.

Por tal razón de inexistencia de necesidad de suministro en el momento actual, de accederse a la ejecución provisional se estaría forzando un suministro que la Administración considera innecesario en la actualidad y ello conlleva crear una situación irreversible.

En cualquier caso, de confirmarse la sentencia deberá adquirir los muebles y enseres ofertados por la entidad demandante y si fueren innecesarios se irrogarán perjuicios económicos a la Administración, que deberá a su vez exigir la responsabilidad a las autoridades y funcionarios que lo hubieren causado, tal y como pone de relieve el art. 145.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)”.

21. La Sección 101 de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó el 22 de julio de 2008 un Auto en el Recurso de Casación nº 008/000 1080/2008, por el que declaró desierto el interpuesto contra la Sentencia del TSJC por la empresa S.C., S.L. y ordenó la continuación de la tramitación del recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Canarias contra dicha Sentencia.

III

El análisis de la Propuesta de Resolución debe partir de los siguientes datos normativos:

El art. 134.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), dispone que el Auto que acuerde la medida cautelar se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación la regulación de la Ley Jurisdiccional para la ejecución de sentencias, salvo el art. 104.2 de la misma.

Esta remisión del art. 134.1 LJCA a los arts. 103 y siguientes de la LJCA obliga a tener presente que el art. 103.4 y 5 LJCA dispone que serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a los autos que acuerdan medidas cautelares con la finalidad de

eludir el cumplimiento de éstas y que el órgano jurisdiccional competente para la ejecución de dichos autos es el competente para declarar, a instancia de parte, esa nulidad.

La infracción de estas regulaciones de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa están también sancionadas penalmente, pues el art. 410.1 del Código Penal prevé penas para las autoridades y funcionarios que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a las resoluciones judiciales. De los arts. 108 y 109 LJCA resulta que el órgano judicial que dictó la medida cautelar es el único competente para determinar el alcance de ésta, resolver todas las cuestiones que plantee su cumplimiento, y adoptar todas las medidas necesarias para su cumplimiento.

El sistema legal se cierra con la existencia de caución o garantía que ha de prestar quien solicita la medida cautelar para que cubra los daños y perjuicios que se puedan derivar de ella. Sobre la procedencia de esta indemnización, el órgano judicial es el único competente para pronunciarse a petición de la Administración o de la persona perjudicada por la medida cautelar.

IV

Como resulta de los Antecedentes de hecho, la Administración, no obstante estar tramitándose el incidente en que se pedía la suspensión cautelar de la adjudicación del contrato, procedió a realizar el pedido. Que conocía que estaba tramitando ese incidente resulta de que el Auto que acuerda la medida cautelar hace constar que en ese incidente compareció y alegó la Administración. Que el pedido lo realizó cuando se estaba tramitando dicho incidente resulta de que lo formuló con fecha de 26 de diciembre y el Auto que adoptó la suspensión del contrato está datado el 30 de diciembre.

Ese pedido no había sido servido cuando el Auto de suspensión ya había desplegado su eficacia. Como no se había consumado la ejecución del pedido, la eficacia del Auto impedía cualquier actuación posterior dirigida a materializarlo. Así lo entendió la Administración en un primer momento. Respecto a los posibles perjuicios que la frustración de ese pedido irrogara al adjudicatario del contrato suspendido, el órgano judicial era y es el único órgano competente para determinar su existencia, la procedencia de su indemnización y en qué cuantía.

Luego la Administración cambió de criterio y decidió que como el pedido lo había realizado cuatro días antes de la fecha del Auto que suspendió la adjudicación del contrato, no estaba afectado por éste. La decisión de dar curso al pedido contradecía flagrantemente la suspensión del contrato y de la Sentencia que en su día se dictara en caso de ser estimatoria, porque de declarar, como declaró, que el derecho a la adjudicación del contrato le correspondía a la empresa recurrente, ésta no sería adjudicataria íntegra del contrato inicial, sino de un contrato cuya prestación ya había sido realizada en parte importante por la empresa que no tenía derecho a su adjudicación.

Por todo ello, la Administración no es ahora competente para decidir sobre la procedencia de una indemnización por la suspensión judicial de un contrato. Es el órgano judicial competente para velar por la ejecución de esa medida cautelar el único competente para pronunciarse sobre la procedencia de esa indemnización por daños y perjuicios.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho.