



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 5 3 / 2 0 0 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 2 de diciembre de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización, formulada por J.I.P.N.H., en representación de las empresas G.E.C., S.L., A.E.C., S.L., M.E.C., S.L., A.E.C., S.L., T.E.C., S.L., y C.E.C., S.L., por daños ocasionados como consecuencia de la anulación de la Orden de 14 de octubre de 2004, por la que se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios (B.O.C. nº 209/2004 de 28 de octubre) (EXP. 460/2008 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, emitido a solicitud del Excmo. Sr. Consejero de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados como consecuencia de la anulación de la Orden de 14 de octubre de 2004, por la que se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares.

La legitimación del Sr. Consejero para solicitar el Dictamen la otorga el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

La preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de lo prevenido en el art. 11.1.D.e) de la citada Ley 5/2002, al tratarse de

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

una reclamación formulada en materia de responsabilidad patrimonial dirigida a una de las Administraciones públicas de Canarias.

II

Los hechos que han dado origen a la presente reclamación de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

Mediante Orden de la extinta Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de 14 de octubre de 2004 se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios y se aprueban las bases que han de regir el referido concurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.1 del Decreto 53/2003, de 30 de abril, por el que se regula la instalación y explotación de los parques eólicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Mediante Sentencia de 2 de septiembre de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias se anuló el mencionado Decreto 53/2003.

Como consecuencia de esta anulación, por Orden de 3 de abril de 2006 se acuerda iniciar procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad de la Orden de 14 de octubre de 2004. Concluida su tramitación y previo Dictamen favorable de este Consejo Consultivo se declara la nulidad del mencionado acto administrativo por el que se convocó el concurso público mediante Orden de 28 de junio de 2006 de la Consejera de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías.

Posteriormente, mediante Orden de la misma Consejería de 11 de septiembre de 2006, se autoriza a las entidades que figuran relacionadas en los anexos a retirar las garantías depositadas para responder de las obligaciones previstas en la Orden de 14 de octubre de 2004.

Finalmente, notificada la Orden de 28 de junio de 2006 a los diversos interesados que habían presentado sus ofertas, se plantean diversas reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, solicitando el resarcimiento de los daños patrimoniales que la declaración de nulidad del concurso les había irrogado.

III

1. Las seis reclamaciones que integran el expediente remitido a este Consejo han sido interpuestas por G.E.C., S.L., A.E.C., S.L., M.E.C., S.L., A.E.C., S.L., T.E.C., S.L. Y C.E.C., S.L., que han actuado todas ellas por medio del mismo representante.

Todas estas entidades, con la única excepción de la última citada, ostentan legitimación activa, al haber sufrido un daño de carácter patrimonial que imputan al funcionamiento de la Administración autonómica. Esta legitimación deriva de su participación en el concurso público convocado, cuya anulación presuntamente les ha irrogado determinados daños. C.E.C., S.L. no ha participado sin embargo en el citado concurso mediante la presentación de su oferta, por lo que no ostenta interés legítimo.

La Propuesta de Resolución, sin embargo, considera que todas las empresas ostentan legitimación activa, si bien posteriormente desestima la reclamación presentada por C.E.C., S.L. precisamente por su falta de participación en el concurso, estimando que esta circunstancia determina no la ausencia de legitimación sino la inexistencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido. En aras de la corrección jurídica de la Propuesta, debe reconducirse la desestimación a la ausencia de legitimación, señalando además que no procede en consecuencia una valoración en cuanto al fondo de su reclamación.

2. Las reclamaciones han sido formuladas dentro del plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que ha de computarse desde el día siguiente al de la notificación a cada uno de los interesados de la Orden por la que se anuló el concurso, por lo que no pueden ser calificadas de extemporáneas. Consta en la documentación remitida que las notificaciones se llevaron a cabo los días 29 y 30 de junio de 2006, presentándose las diversas reclamaciones con fecha 13 de junio de 2007, antes por tanto del transcurso del citado plazo.

3. En el orden procedimental se ha procedido a la apertura de periodo probatorio y al otorgamiento del trámite de audiencia, constando además en el expediente el informe del Servicio Jurídico del Gobierno. No obstante, se formulan las siguientes observaciones:

A. Cabe señalar ante todo que las reclamaciones han sido tramitadas separadamente, si bien en la Propuesta que culmina el expediente se procede a su acumulación a efectos resolutorios, de acuerdo con lo previsto en el art. 6.2 del Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP), por guardar identidad sustancial o íntima conexión en cuanto a las pretensiones deducidas. En relación con este extremo, cabe señalar que resultando evidente el presupuesto de hecho que habilita la acumulación, tal como establecen el art. 73 LRJAP-PAC y el precepto reglamentario citado, aquélla se debió llevar a cabo mediante el oportuno acuerdo adoptado durante la tramitación de los diversos procedimientos, si bien este proceder no ha causado indefensión a los interesados.

B. El órgano instructor del procedimiento recabó, en aplicación de lo previsto en el art. 10.1 RPAPRP, informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño (Servicio de Desarrollo de Nuevas Energías y Ahorro Energético), solicitando en especial su pronunciamiento acerca de la relación de causalidad entre la conducta imputable a la Administración y los perjuicios reclamados. En el informe emitido se sostiene que las reclamaciones se presentan como consecuencia de la Orden de anulación del concurso y que esta anulación se produce asimismo por Orden de la Excm. Sra. Consejera y no por iniciativa del Servicio ni como consecuencia del normal desarrollo de la tramitación del procedimiento, por lo que concluye que no es este Servicio el que ha causado la presunta lesión indemnizable, inhibiéndose de emitir un pronunciamiento sobre las reclamaciones. El órgano instructor, además, se ha aquietado con esta conclusión.

Al respecto, cabe señalar que aunque las reclamaciones sean consecuencia de la anulación del acto, ello no es óbice para alcanzar la conclusión citada, ya que se trata del Servicio bajo cuya competencia se tramitó el procedimiento relativo al concurso y el que, por tanto, se encuentra en disposición de valorar tanto la necesaria relación de causalidad como los daños que en su caso hubiera podido producir a los participantes la anulación de la convocatoria como de analizar, teniendo en cuenta las alegaciones y documentación presentada por aquéllos, cuáles derivan directamente de las condiciones exigidas en las bases de la convocatoria.

Pero es que además este proceder ha tenido la consecuencia de que no existe en el expediente con anterioridad al trámite de audiencia ningún informe que se pronuncie sobre las reclamaciones y la posible concurrencia de los requisitos exigidos para que proceda declarar la responsabilidad de la Administración, que se han

incorporado directamente en la Propuesta de Resolución. De ello deriva que los interesados no han tenido conocimiento alguno sobre las razones que para adoptar su decisión pudiera esgrimir la Administración, con la consecuencia de que, frente a las mismas, no han tenido posibilidad de alegar lo que a su derecho conviniera.

Finalmente, se ha superado el plazo de seis meses legalmente establecido para la resolución del procedimiento (arts. 42.2 LRJAP-PAC y 13.3 RPAPRP), lo que no está fundamentado, al no acordarse la suspensión del procedimiento o la ampliación del plazo por el órgano instructor según la normativa aplicable, generándose una demora que no es imputable a los interesados.

Ahora bien, ello no obsta al cumplimiento de la obligación de resolver expresamente el procedimiento (arts. 41, 42.1, 2 y 3 y 43.1 y 4 LRJAP-PAC) y de que pueda entenderse desestimatorio el silencio administrativo producido (arts. 43.2 y 142.7 LRJAP-PAC).

IV

1. ¹

2. La Propuesta de Resolución estima las reclamaciones en lo que se refiere a la indemnización de los gastos generados por el aval que las entidades debieron presentar para participar en el concurso público. Desestima en cambio las reclamaciones por los restantes conceptos sobre los que se solicita igualmente una indemnización.

En esencia, las razones que avalan esta resolución, fundamentada en las consideraciones vertidas por el Servicio Jurídico en su informe, con cita de diversa jurisprudencia (singularmente, Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2006), son las siguientes:

“(...) En el presente caso se ha producido un daño antijurídico a las empresas reclamantes como consecuencia de la anulación del concurso para la asignación de potencia. Ahora bien, y siguiendo la línea argumental de la Dirección General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, se deben considerar como gastos indemnizables los realizados de forma necesaria para poder participar en el concurso, que se han de limitar a los gastos ocasionados por la constitución y mantenimiento del aval hasta su cancelación.

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

Sin embargo, deben quedar fuera de tal consideración como gastos indemnizables los proyectos presentados a la licitación y demás gastos relacionados con los mismos, dado que la participación en el concurso no comporta sino una expectativa, por lo que han de entenderse comprendidos dentro del riesgo que todo licitador asume al concurrir a un procedimiento de contratación o concurrencia y que a él corresponde sufragar, ya que los mismos pueden frustrarse por la no adjudicación y, en todo caso, pueden retirarse y hacer uso de ellos en otras convocatorias.

A mayor abundamiento, las bases del concurso no exigían la presentación de un proyecto técnico suscrito por un facultativo competente y visado por el colegio profesional correspondiente. La contratación externa de una asistencia técnica para la redacción del Plan Eólico es fruto de una decisión libremente adoptada por el empresario, pero que dicho gasto no venía impuesto por las propias bases del concurso público. En este caso, sólo se exigía la presentación de un plan eólico donde definieran las características del parque eólico en base a los siguientes apartados:

- a) Memoria resumen.*
- b) Datos de potencia y energía de origen eólico.*
- c) Aerogeneradores.*
- d) Grado de afección al sistema eléctrico.*
- e) Localización geográfica.*
- f) Terrenos.*
- g) Aspectos socio-económicos.*
- h) Valoración medioambiental.*

Una vez resuelto el concurso, las empresas adjudicatarias sí que estaban obligadas a presentar el correspondiente proyecto técnico del parque eólico objeto de la potencia adjudicada para su autorización por la Administración competente en materia de energía”.

3. De conformidad con lo previsto en el art. 142.4 LRJAP-PAC, la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización. Con ello, como reiteradamente ha señalado la Jurisprudencia, el derecho a la indemnización no se da por supuesto por el solo hecho de que el acto administrativo haya sido

anulado; no es una secuela necesaria derivada de dicha anulación, sino que requiere la concurrencia de los requisitos generales establecidos en el art. 139.1 LRJAP-PAC, esto es, daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo (SSTS de 31 de mayo de 1997, 28 de junio de 1999, 15 de abril de 2000, 12 de julio y de 26 de septiembre de 2001, entre otras muchas). El citado art. 142.4 establece pues, como señala la STS de 31 de mayo de 1997, la posibilidad de que la anulación del acto administrativo, de acuerdo con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea presupuesto inicial u originario para que tal responsabilidad pueda nacer siempre que concurren los requisitos para ello.

En el presente supuesto, como así se ha apreciado en la Propuesta de Resolución, concurren los presupuestos legalmente exigidos para que proceda la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de la convocatoria del concurso público, pues se trata de un daño efectivo, individualizado y susceptible de valoración económica que los interesados no tienen el deber jurídico de soportar y derivado del propio actuar de la Administración al anular la convocatoria, una vez iniciado el procedimiento, cuando ya se habían presentado las diversas solicitudes por los participantes.

4. Sentada en estos términos la responsabilidad de la Administración, procede seguidamente determinar qué daños tiene carácter de indemnizables, teniendo en cuenta que conforme a las Bases de la convocatoria los interesados debían constituir la garantía exigida, que podía realizarse mediante aval, y debían presentar la documentación prevista en la base cuarta, a la que más adelante se aludirá.

A este respecto, la Propuesta de Resolución estima, como antes se ha señalado, que sólo resultan indemnizables los gastos realizados de forma necesaria para poder participar en el concurso y considera que únicamente revisten tal carácter los ocasionados por la constitución y mantenimiento del aval hasta su cancelación. Se excluyen así los gastos relativos al proyecto de parque eólico por considerar que la participación en el concurso no comporta sino una expectativa, por lo que han de entenderse comprendidos dentro del riesgo que todo licitador asume al concurrir a un procedimiento de contratación o concurrencia y que a él corresponde sufragar, ya que los mismos pueden frustrarse por la no adjudicación y, en todo caso, pueden

retirarse y hacer uso de ellos en otras convocatorias. A mayor abundamiento, se señala que las bases del concurso no exigían la presentación de un proyecto técnico suscrito por un facultativo competente y visado por el Colegio profesional correspondiente y que la contratación externa de una asistencia técnica para la redacción del plan eólico es fruto de una decisión libremente adoptada por el empresario, sin que este gasto viniese impuesto por las propias bases del concurso público.

Por lo que respecta a esta fundamentación, se estima conforme a Derecho la conclusión de que únicamente procede indemnizar aquellos gastos que los interesados debieron sufragar de forma necesaria para poder participar en el concurso, lo que efectivamente incluye los gastos de constitución y mantenimiento del aval que a estos efectos exigían las bases de la convocatoria, en aplicación de lo previsto en el art. 10.2.a) del Decreto 53/2003. Este mismo criterio permite excluir los gastos originados como consecuencia de la elaboración del proyecto técnico de instalación eólica, que no puede revestir el carácter de necesario porque la convocatoria no exigía su presentación ya que, conforme a lo previsto en el art. 14.2 del citado Decreto 53/2003, debían presentarlo con posterioridad los que resultaran adjudicatarios.

Ahora bien, la convocatoria en su base cuarta exigía la presentación de la documentación acreditativa correspondiente a la información y datos solicitados en el plan eólico cuyas determinaciones se establecieron en su Anexo III. Este plan tenía por objetivo la definición de las características del parque eólico, a cuyos efectos debían completarse los siguientes apartados: Memoria resumen, datos de potencia y energía de origen eólico, aerogeneradores, grado de afección al sistema eléctrico, localización geográfica, terrenos, aspectos socio-económicos y valoración medioambiental. Como acaba de señalarse, la Propuesta de Resolución considera que no deben ser objeto de indemnización por las apuntadas razones de que, en primer lugar, la participación en el concurso no comporta sino una expectativa y por tanto el licitador debe en todo caso asumir este coste y, en segundo lugar, la contratación externa de una asistencia técnica para la redacción del plan eólico es fruto de una decisión libremente adoptada por el empresario, sin que este gasto viniese impuesto por las propias bases del concurso público.

Frente a este criterio, procede señalar que la presentación de la documentación relativa al plan eólico, en los términos indicados, venía exigida en las bases de la convocatoria y que la elaboración de esta documentación ha podido generar gastos a

los participantes, sobre todo en lo que se refiere a aquellos extremos de carácter técnico en los que, si bien como se señala no se exige por las bases la contratación de asistencia externa, sin embargo pueden requerir determinados conocimientos específicos para su elaboración. Además, si bien es cierto que la participación en el concurso no genera más que una expectativa y que se trata de un riesgo que asume el participante en caso de no resultar finalmente adjudicatario, no nos encontramos en puridad ante este supuesto por cuanto no se trata de reclamaciones fundadas en la circunstancia de haber sufrido un resultado adverso en el concurso al no resultar adjudicatario, sino que ha sido la actuación de la Administración al declarar nula la Orden de convocatoria la que ha impedido el normal devenir del concurso público.

Se considera por ello que son también indemnizables los gastos relativos a la elaboración de la documentación integrante del plan eólico exigida en las Bases de la convocatoria, siempre que hayan sido no sólo debidamente acreditados sino que deriven estrictamente de la elaboración de la documentación exigida, sin incluir otros gastos reclamados por los interesados que no respondan a esta finalidad.

La Propuesta de Resolución no contiene en cambio ningún pronunciamiento expreso acerca de la desestimación de las indemnizaciones relativas a los gastos de notaría y registro por constitución de la sociedad y confección de modelos tributarios de las distintas sociedades reclamantes, así como los gastos de notaría relativos a la constitución del derecho de superficie que solicitan algunas de ellas. En cualquier caso, estos gastos no tienen el carácter de indemnizables, pues no derivan de la anulación de la convocatoria del concurso, sino de la decisión de los interesados de proceder a la constitución de las distintas sociedades, con las consecuencias de orden económico que ello comporta. Son gastos ajenos a la convocatoria por la Administración del concurso público, residenciados exclusivamente en una decisión libremente adoptada por las personas que decidieron crear las distintas sociedades mercantiles. Lo mismo cabe señalar respecto a los gastos derivados de la constitución del derecho de superficie que afecta a algunas de ellas.

5. De la aplicación de este criterio a las distintas reclamaciones presentadas resulta que procede indemnizar a todas las entidades interesadas por los gastos de constitución y mantenimiento de los avales, en los términos fijados en la Propuesta de Resolución y que han sido acreditados mediante las correspondientes certificaciones bancarias.

Por lo que se refiere a los gastos relativos a la documentación presentada, procedería conforme al criterio antes expuesto su indemnización, siempre que hubieran sido acreditados y respondan estrictamente a la elaboración del plan eólico en los términos exigidos, extremo sobre el que deben pronunciarse los Servicios administrativos implicados tras el examen de las ofertas presentadas con vista y audiencia de los interesados antes de la redacción de la Propuesta de Resolución, que deberá remitirse posteriormente a este Consejo Consultivo para la emisión del Dictamen que en este extremo proceda.

No son indemnizables los restantes gastos reclamados, por las razones anteriormente expuestas.

C O N C L U S I O N E S

1. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, en cuanto que concurre relación de causalidad entre el daño alegado por los interesados y la anulación de la Orden de 14 de octubre de 2004, por la que se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares.

2. No obstante y de acuerdo con lo expuesto en los Fundamentos precedentes, son indemnizables tanto los gastos derivados de la constitución de avales para participar en el antedicho concurso, como los generados por la necesaria aportación de la documentación complementaria exigida a ese mismo fin, debiéndose proceder para su determinación y cuantificación de conformidad con lo expresado en el Fundamento IV.5 del Dictamen.

3. Los restantes conceptos aducidos por los interesados en sus reclamaciones no son resarcibles, como entiende debidamente la Administración.