



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 455/2008

(Sección 1ª)

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 el Ilustre Ayuntamiento de Pájara y las empresas E.R., S.L., H., S.A., E.P., S.L., E.U.F.R., S.A. y C.H., S.A, 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 (EXP. 461/2008 ID)*.*

FUNDAMENTOS

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, se alega, 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 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 artículo. 11.1.D.e) de la citada Ley 5/2002, al tratarse

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

de 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 reclamaciones que integran el expediente remitido a este Consejo han sido interpuestas por el Il. Ayuntamiento de Pájara y por las empresas E.R., S.L., H., S.A., E.P., S.L., E.U.F.R., S.A. y C.H., S.A. Esta última entidad, según escritura de 24 de noviembre de 2005, absorbió a la empresa C., S.L., que fue la que había participado en el concurso.

Las citadas entidades ostentan legitimación activa al haber sufrido, como participantes en el concurso público posteriormente anulado, un daño de carácter patrimonial que imputan al funcionamiento de la Administración autonómica, quien en consecuencia se encuentra legitimada pasivamente.

Las reclamaciones han sido formuladas dentro del plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.4 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del 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 en los meses de junio y julio de 2006, presentándose las diversas reclamaciones entre los meses de agosto de 2006 y marzo de 2007.

En el orden procedimental se ha procedido a la apertura de periodo probatorio y al otorgamiento del trámite de audiencia, constanding 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 seis 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 los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (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 un 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 que el informe preceptivo fuera emitido por el Servicio o Servicios concernidos por el desarrollo del procedimiento relativo al concurso, encontrándose 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 y de analizar, teniendo en cuenta las alegaciones y documentación presentada por aquéllos, cuáles derivan directamente de las condiciones exigidas en las bases de la misma.

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.

C. Finalmente, se ha superado el plazo de seis legalmente establecido para la resolución del procedimiento (arts. 42.2 LRJAP-PAC y 13.3 RPAPRP), lo que no está fundamentado, al no acordarse 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).

2. En el expediente consta que la entidad E.R.I., S.L. interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto desestimatorio presunto producido, encontrándose señalada la vista para el día 5 de noviembre de 2008, sin que se tenga constancia por este Consejo de si ha recaído o no Sentencia sobre este asunto.

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 presentadas por E.R.I., S.L, así como por H., S.A en lo que se refiere a los otros gastos que cada una de ellas reclama.

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.

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.

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

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.

V

1. Sentada en estos términos la responsabilidad de la Administración, procede seguidamente determinar qué daños tienen carácter de indemnizables.

A este respecto, la Propuesta de Resolución estima, como antes se ha señalado, que sólo resultan indemnizables los 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 exigida para intervenir en el concurso, particularmente la referida al plan eólico, según las Bases de la convocatoria, siempre que haya sido aportada tal documentación y acreditado dichos gastos.

En este sentido y en conexión con lo antes comentado sobre la instrucción realizada y, en concreto, los trámites de informes y de audiencia, procede que se emita en esta cuestión informe del Servicio o Servicios administrativos afectados en este asunto, integrados en la Consejería competente por razón de la materia y autora del acto anulado, en orden a que, con referencia a tal documentación, se determinen los gastos que su preparación y aportación pudieran generar para los interesados, con traslado posterior de esta información a éstos a los efectos procedentes y ajuste consiguiente de la Propuesta resolutoria que procediere a resultados de todo ello, remitiéndose la misma en caso de contradicción a este Organismo para ser dictaminada, a los fines de lo previsto en el art. 12 RPAPRP y en garantía de los interesados.

2. De la aplicación de estos criterios 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 y cuantías fijados en la Propuesta de Resolución y que han sido acreditados mediante las correspondientes certificaciones bancarias.

Procede señalar a estos efectos que en el expediente ha quedado debidamente acreditada la fecha de notificación a cada una de las entidades interesadas de la Orden de 11 de septiembre de 2006, por la que se autoriza a retirar las garantías depositadas, de importancia para determinar el montante de la indemnización por este concepto. Así, no resultan resarcibles los gastos generados con posterioridad a aquella notificación pues son consecuencia de la propia voluntad del interesado al no proceder a su cancelación desde el momento en que se encontraba en condiciones de llevarla a cabo.

De esta circunstancia deriva la minoración en la indemnización solicitada por Ayuntamiento de Pájara, que se considera conforme a Derecho.

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. Esta indemnización ha sido únicamente solicitada por las entidades E.R.I., S.L y H., S.A.

La primera de ellas presenta facturas en concepto de gastos de proyecto (7.600 euros) y de presentación de proyecto (474,13 euros). En el expediente no consta sin embargo si se trata de gastos relativos al proyecto técnico no exigido en la convocatoria y por tanto no resarcible o si por el contrario constituyen gastos generados por la documentación que sí era exigible, extremo sobre el que debe pronunciarse el Servicio implicado tras el examen de la oferta presentada, de acuerdo con lo antes explicitado al respecto.

H., S.A reclama igualmente gastos de realización del proyecto y de tramitación de la solicitud (46.800 euros). No aporta sin embargo ninguna documentación acreditativa ni en su solicitud inicial ni en los posteriores trámites de prueba y audiencia, por lo que estos daños, de referirse a la documentación exigida -cuestión no determinada en el expediente- no resultan indemnizables.

Reclama además la pérdida de rendimiento del capital de 60.000 euros desde el 31 de mayo de 2006 al 26 de octubre de 2006 (3.803 euros), que tampoco acredita, sin perjuicio de que estos daños no tienen el carácter de indemnizables al no derivar de la anulación del concurso.

CONCLUSIONES

1. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues efectivamente concurre relación de causalidad entre el daño alegado por los interesados y la declaración de nulidad de la Orden de 14 de octubre de 2004 de referencia.

2. No obstante, de acuerdo con lo expuesto en los Fundamentos precedentes, son indemnizables no sólo los gastos derivados de la obligada constitución de avales para participar en el concurso, sino también los generados por la necesaria aportación de la documentación complementaria exigida en la convocatoria correspondiente a ese mismo fin, por lo que ha de procederse para su determinación y cuantificación según lo expresado en este Dictamen al respecto.

3. Por el contrario, y como estima correctamente la Propuesta resolutoria, los restantes conceptos aducidos por los interesados en sus reclamaciones no son resarcibles al no cumplir los requisitos legalmente determinados al efecto.