



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 4 1 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 15 de abril de 2010.

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 A.M.A. y I.H.T., en representación de la C.P.E.F., S.L; y por I.H.T. en representación de las empresas C.W., S.L., E.S., S.L. e I.E.I.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. 169/2010 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 25 de febrero de 2010, el Consejero de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias, solicita de este Consejo la emisión de Dictamen preceptivo en relación con 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 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.

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

La preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de lo prevenido en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, al tratarse de una reclamación formulada en materia de responsabilidad patrimonial dirigida a una de las Administraciones Públicas de Canarias.

II

1. Las reclamaciones que integran el expediente remitido a este Consejo han sido interpuestas por A.M.A. y I.H.T., en representación de la C.P.E.F., S.L. y I.H.T. en representación de las empresas C.W., S.L., E.S., S.L., e I.E.I.C., S.L., que ostentan la condición de interesadas en este procedimiento al haber sufrido, como participantes en el concurso público posteriormente anulado, un daño de carácter patrimonial que imputan al funcionamiento de la Administración autonómica.

Estas entidades reclaman las siguientes indemnizaciones:

P.E.F., S.L. solicita una indemnización por importe de 1.148.687,40 euros, cantidad a que asciende la suma de los siguientes conceptos: gastos diversos ocasionados por la participación en el concurso, que comprenden los estudios de viabilidad técnica y económica de los parques eólicos, así como los costes financieros de los avales depositados (82.077,36 euros) y la pérdida de oportunidades, que cifra en la cantidad de 1.066.610,04 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado de haber resultado adjudicatario.

C.W., S.L. reclama una indemnización de 482.056,13 euros, integrada por: gastos diversos, en los que incluye los estudios de viabilidad técnica y económica de los parques eólicos, más los gastos de notaría, registro mercantil y los costes financieros de los avales depositados (82.077,36 euros) y la pérdida de oportunidades, que cifra en la cantidad de 399.978,77 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado.

E.S., S.L. reclama un total de 3.015.254,97 euros por los siguientes conceptos: gastos diversos, en los que incluye los estudios de viabilidad técnica- económica de los parques eólicos y los costes financieros de los avales depositados (82.077,36 euros), así como la pérdida de oportunidades, que cifra en la cantidad de 2.933.177,61 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado.

I.E.I.C., S.L. reclama una indemnización por importe de 5.881.796,46 euros por los siguientes conceptos: gastos diversos, estudios de viabilidad técnica-económica, gastos de asesoramiento fiscal, contables y jurídicos, gastos de los avales, de los alojamientos en hoteles, de viajes en avión y barco, de alquiler de vehículos, de

peaje de autopistas, de gasolina, de comida, de publicaciones, de envíos de mercancías y de adquisición de dos impresoras (82.077,36 euros). Reclama también la pérdida de oportunidades, cifrada en la cantidad de 5.799.692,10 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado.

2. Este Organismo ya ha emitido sobre este asunto su Dictamen 454/2008, de 2 de diciembre, al que nos remitimos en cuanto a los antecedentes que dieron origen al inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, así como a los aspectos relativos a la tramitación del procedimiento.

Por lo que al fondo del asunto se refiere, este Consejo concluyó en el citado Dictamen en la conformidad a Derecho de Propuesta de Resolución, en tanto que en ésta se estimó la concurrencia de la 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 convocó el 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 valoración del daño efectuada por la Administración fue objeto sin embargo de las siguientes consideraciones:

4. 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 hacerse 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 cuyo efecto 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 de no haber resultado 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. El expediente tramitado debe, por ello, completarse adecuadamente con el informe de los servicios administrativos implicados, con referencia a la citada documentación y a los gastos realmente generados por los reclamantes por los citados conceptos, debidamente acreditados, con participación previa y audiencia posterior de los reclamantes, antes de la redacción de la Propuesta de Resolución, remitiéndose, en su caso, en garantía del acierto de la mencionada Propuesta de Resolución a este Consejo para la emisión del correspondiente Dictamen.

5. Por lo que se refiere a los restantes gastos reclamados, la Propuesta de Resolución se estima conforme a Derecho en cuanto a la desestimación.

Así, en lo que se refiere a la pérdida de oportunidades, se fundamenta en las diversas reclamaciones en la existencia de un derecho a ser indemnizado en los supuestos en que el administrado, a consecuencia del actuar de la Administración, perdió la posibilidad de participar u obtener algo. En este caso se identifica la pérdida de oportunidades con la imposibilidad de resultar adjudicatario, argumentando que "no se está solicitando una indemnización aduciendo que, de no haber mediado la declaración de invalidez de la Orden de 2004, habría resultado mi representada necesariamente adjudicataria del concurso. No se está solicitando, por tanto, el lucro cesante derivado de una situación hipotética de tal naturaleza, pero sí -se insiste- una indemnización derivada de la pérdida de oportunidades en que se ha traducido la declaración de invalidez de la Orden de 2004".

Aunque establecido en estos términos, se reclama en realidad sobre la base de una mera expectativa de poder resultar adjudicatario en el concurso público convocado. El daño no reviste, por tanto, el carácter de daño real y efectivo, pues no

constituye más que una mera expectativa, un beneficio hipotético que podría producirse, partiendo además de la premisa de que podría resultar adjudicatario en el concurso. En este sentido, es constante la jurisprudencia que sostiene que no cabe derivar el daño de supuestos meramente posibles y de resultados inseguros, eventuales o meramente hipotéticos (SSTS 5 de junio de 1972, 3 de febrero de 1989, 12 de marzo de 1992, 23 de julio de 2002, entre otras), que es precisamente lo que se reclama por los interesados.

Finalmente, tampoco son resarcibles los gastos que específicamente reclama la empresa Ingeniería Eólica de las Islas Canarias (viajes, alojamientos, alquiler de vehículos, comidas, peaje de autopista, compra de dos impresoras, compra de publicaciones), pues, como señala la Propuesta de Resolución, son gastos que ha de asumir la empresa licitadora, ya que los mismos se deben vincular al riesgo empresarial derivado de la participación del empresario en cualquier licitación pública, sin que deriven específicamente del concurso convocado.

6. 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, 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 análisis y examen de las documentaciones presentadas.

No procede la indemnización de los restantes gastos reclamados, en atención a las razones ya señaladas.

En relación con la determinación de los daños que revisten el carácter indemnizable, interesa resaltar que en el expediente remitido a este Consejo se acompaña copia de la Sentencia firme de la Sala de lo Contencioso Administrativo de las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de abril de 2009. Esta sentencia recayó en relación con el recurso contra la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesto por otra de las empresas licitadoras, no interesada en el presente procedimiento administrativo.

La Sentencia estima el recurso presentado reconociendo el derecho de la entidad a ser indemnizada por los gastos realizados en la previa fase administrativa para poder participar y que posteriormente devinieron inútiles debido a la anulación del concurso. Para la Sala no ofrece duda la determinación singularizada de los perjuicios indemnizables, que vienen constituidos por todos aquellos que de acuerdo con las bases del concurso exigía la presentación de la oferta, en los que se incluyen, no sólo los gastos derivados del aval, sino también por los originados por la confección de los restantes documentos (y singularmente los relativos al Plan Eólico) que eran exigidos para presentarse al concurso y que se establecían en la Base cuarta de la Orden de convocatoria.

III

1. En cumplimiento del citado Dictamen 454/2008 se ha procedido por la Administración a recabar el informe técnico sobre la determinación y cuantificación de los daños indemnizables y a la concesión de un nuevo trámite de audiencia a los interesados.

En la nueva documentación remitida constan las siguientes actuaciones:

Con fecha 5 de octubre de 2009 se solicita por el Jefe de Servicio de Actuación Administrativa informe a la Dirección General de Energía, requiriendo su pronunciamiento acerca de la documentación técnica presentada por diversas empresas licitadoras, entre ellas una de las interesadas en este procedimiento. No consta que este informe haya sido emitido.

Del mismo modo el 5 de octubre de 2009 se emiten cuatro informes por el Jefe de Servicio de Actuación Administrativa, relativos a los daños reclamados por cada una de las entidades, en los que se proponen la estimación parcial de sus reclamaciones.

Con fecha 8 de octubre del mismo año se da traslado del respectivo informe a cada una de las entidades, otorgándoles trámite de audiencia por período de diez días, que fue debidamente notificado.

Las entidades interesadas presentaron alegaciones en el plazo concedido al efecto, manifestando todas ellas en sus escritos su disconformidad con la desestimación de determinados daños.

Se solicita seguidamente, sin más tramitación, el Dictamen de este Consejo.

2. A la vista de las actuaciones practicadas procede concluir que el procedimiento no ha culminado debidamente con anterioridad a su remisión a este Consejo, toda vez que no se ha elaborado la preceptiva Propuesta de Resolución en la que, además, se valoren y se de respuesta a las concretas alegaciones de las empresas licitadoras en relación con la desestimación de diversos daños que habían reclamado y relativos a la confección de la documentación presentada, necesario a los efectos de la debida motivación de la resolución que pretende adoptarse.

Esta exigencia de respuesta plena sobre el asunto, con su debida motivación, no solo es lo adecuado formalmente, sino que constituye presupuesto necesario para el pronunciamiento que emita, oportunamente, este Organismo, al no ser un órgano asesor sino para la determinación de la adecuación legal aplicable, el objeto del Dictamen ha de ser, por lo tanto, la referida Propuesta resolutoria, que no consta formalmente en el expediente remitido a este Consejo Consultivo.

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

1. Por las razones expuestas en la fundamentación del presente Dictamen el pronunciamiento de este Consejo Consultivo, sobre los elementos indemnizatorios planteados requiere como presupuesto previo la redacción por parte de la Administración solicitante de la correspondiente Propuesta de Resolución, debidamente motivada, dando respuesta a las alegaciones, conceptos y documentación aportadas por las empresas licitadoras.

2. Una vez redactada la Propuesta de Resolución, en los términos señalados y remitida a este Consejo, se emitirá el Dictamen sobre el fondo que proceda.