



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 0 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 de junio de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por C.S.D., S., S.A., por daños económicos ocasionados por el importe de las obras correspondientes al "Proyecto de Rehabilitación y Ampliación del Albergue Municipal, 1 Fase", que superan el presupuesto que fue objeto de liquidación (EXP. 223/2013 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de los perjuicios económicos, que se entienden reclamados a través de la presentación de la factura relativa al importe de las obras correspondientes al "Proyecto de Rehabilitación y Ampliación del Albergue Municipal, 1 Fase", que superan el presupuesto inicial y que se ejecutaron para poner en marcha la citada instalación.

2. Así, primeramente se ha de señalar que el resarcimiento, que a través de procedimiento tramitado se pretende, tiene su origen en un contrato administrativo de obras, pues el objeto de la factura presentada lo constituye las obras y actuaciones necesarias para que el albergue municipal construido pueda servir para el fin que motivó su rehabilitación y ampliación, lo que implica que el objeto de la factura referida, desglosado y comentado en el informe emitido por el Director de la obra (página 16 del expediente) no entra dentro de los supuestos de modificación de contrato, regulados en los arts. 105 y ss del Texto Refundido de la Ley de Contratos

* **PONENTE:** Sr. Brito González.

del Sector Público (TRLCSF), especialmente los referidos en el art. 107, sino que, en todo caso, se ha de considerar como contrato complementario del contrato de obra inicial, en aplicación de lo dispuesto en el art. 171.b) TRLCSF, que establece que "*b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato*".

Por lo tanto, la reclamación efectuada ha de encuadrarse en la denominada responsabilidad contractual. Esta naturaleza de la responsabilidad 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 (LCCC)*, 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.

Así, este Consejo Consultivo, en sus Dictámenes 206/2005, 4/2006, 6/2007, 437/2008, 206/2008, 172/2009 y 235/2009, ha sostenido que el Dictamen es preceptivo en todos los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, sea de naturaleza contractual o extracontractual.

En la misma línea, la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en su art. 12.13 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 euros, no distinguiéndose a estos fines 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).

Por consiguiente, queda acreditada la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde del

Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo.

3. En el análisis a efectuar, son de aplicación la Ley 307/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por RDL 3/2011, de 14 de noviembre.

II

1. Los antecedentes que resultan del presente expediente son los siguientes:

- La Junta de Gobierno de la Ciudad en sesión extraordinaria y urgente celebrada el día 1 de julio de 2010, acordó adjudicar de manera definitiva las obras correspondientes al "Proyecto de Rehabilitación y Ampliación del Albergue Municipal, 1 Fase", a la empresa S., S.A., por importe de 1.134.285,71 euros, excluido el I.G.I.C., el cual ascendía a 56.714,29 euros, estableciéndose, además, que el importe de las mejoras era de 226.857,14 euros, sin coste adicional para la Administración.

- El 15 de julio de 2010 se formalizó dicho contrato administrativo y el 30 de diciembre de 2011 se firmó el Acta de Recepción de las obras, presentándose el 31 de enero de 2012 una factura por parte de la adjudicataria, en concepto de certificación final correspondiente a las obras referidas, por valor de 119.099,41 euros, pero sometido el expediente a fiscalización de la Intervención de Fondos, se emitió un informe de reparo el 9 de abril de 2012, solventándose por Decreto de la Alcaldía de día de 8 de agosto de 2012 y se aprobó tal factura.

- El 30 de octubre de 2012 se presenta en el Registro General de la Corporación factura de la entidad empresarial, en concepto de mobiliario, cartelería, señalización y obras de acondicionamiento necesarias para que el albergue municipal construido pueda servir para el fin que motivó, por cuantía de 102.284,68 euros, sin que conste la tramitación de modificado o contrato complementario alguno.

- Por último, el 12 de diciembre de 2012, mediante Decreto del Concejal Delegado en materia de Infraestructuras, Obras Públicas, Servicios Públicos y Contratación de Obras y Servicios del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, se declaró la finalización del procedimiento de contratación de las obras comprendidas en el "Proyecto de Rehabilitación y Ampliación del Albergue Municipal, 1 Fase".

2. El presente procedimiento se inició a través de la presentación para su cobro de la factura el día 30 de octubre de 2012, acto que se puede considerar, y así lo interpretó el Ayuntamiento, como la solicitud de la indemnización correspondientes al perjuicio económico que considera haber sufrido la empresa mencionada.

El 2 de diciembre de 2012 se incoa por Decreto, lo que denomina la Administración solicitante como “expediente de reclamación de cantidad por enriquecimiento injusto por los gastos descritos en la factura 001220-00006 de la mercantil S. por importe de 102.284,68 euros”, otorgándosele trámite de vista y audiencia a la afectada, el cual se tramita de acuerdo con las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas, desarrolladas en los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC.

Finalmente, el día 19 de abril de 2013 se emitió un primer informe-Propuesta de Resolución, posteriormente, se emitió el informe de la Asesoría Jurídica y el día 9 de mayo de 2013, se emitió el informe-Propuesta de Resolución definitivo.

III

1. En la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen, el Instructor considera que procede indemnizar a la interesada, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, con la cantidad contenida en la factura referida, correspondiente a los gastos que excedían de los presupuestado inicialmente en aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. Además, entiende que se debe aprobar el reconocimiento extrajudicial del crédito y el gasto correspondiente a dicha factura 001210-00006.

2. Primeramente, se debe analizar el cauce formal y el régimen jurídico por los que ha optado el Ayuntamiento actuante, es decir, los propios de la responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones Públicas.

En relación con tal cuestión, cabe aplicar lo ya señalado por este Consejo Consultivo en el Dictamen 525/2009 donde se señaló que:

“Se ha señalado ya, al inicio de este Dictamen, que el resarcimiento al contratista se funda en un contrato administrativo de obras, por lo que no puede configurarse como un supuesto de responsabilidad extracontractual, ya que el título habilitante proviene claramente de la relación contractual que une a la Administración contratante y al contratista, dirigiéndose precisamente al otorgamiento de una compensación económica por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la ejecución de un contrato.”

Establecida pues la naturaleza contractual de la indemnización, no resulta procedente la aplicación del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración, establecido en los artículos 139 y siguientes LRJAP-PAC ni, por ende, su cauce procedimental.

En este sentido, es también doctrina reiterada del citado Organismo Consultivo, que no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tiene otra vía procedimental específica, prevista en el Ordenamiento jurídico, como es el caso de las pretensiones de resarcimiento derivadas de relaciones jurídicas específicas que ligan previamente a la Administración con el particular, como es el caso de las relaciones contractuales.

En línea similar ha señalado el Consejo de Estado que las pretensiones de resarcimiento que se formulan ante la Administración, eventualmente productora de un evento lesivo, tienen, conforme a Derecho, un cauce formal adecuado, en función del instituto jurídico del que trae causa la deuda de reparación en cuestión (Dictámenes 868/1997 y 4405/1998, entre otros).

En definitiva, el instituto de la responsabilidad patrimonial se destina, de forma específica, por el Ordenamiento jurídico, a los supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración derivada del funcionamiento de los servicios públicos”.

En sentido similar el Consejo de Estado, en su Dictamen correspondiente al expediente 456/2012, de 10 de mayo de 2012, señala:

“Respecto al fondo de la reclamación planteada, entiende el Consejo de Estado que procede la desestimación de la reclamación presentada.

Como punto de partida, debe recordarse la reiterada doctrina del Consejo de Estado, expuesta, por ejemplo en el dictamen 1.796/2007, de 29 de noviembre de 2007, en el que se señalaba lo siguiente:

“Es doctrina del Consejo de Estado que la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye una institución jurídica de cobertura de los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que aquéllos no dispongan de vías específicas de resarcimiento, de modo que los daños y perjuicios generados en el desenvolvimiento

de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible".

De este modo, cuando la reclamación se fundamenta en los daños producidos en la ejecución de un contrato su resarcimiento se inscribe en el marco de la legislación de contratos de las Administraciones públicas, y no en el régimen general de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

3. En cuanto al fondo del asunto, se debe considerar debidamente acreditado que el presente contrato complementario se trata de un supuesto de contratación verbal, efectuado no sólo en contra de la prohibición legal al respecto (art. 28.1 TRLCSP), sino que se llevó a cabo prescindiendo de toda formalidad procedimental y del resto de requisitos exigidos por la normativa reguladora de la materia.

Asimismo, la Administración no niega que tal acuerdo entre la misma y la empresa interesada se haya realizado, al igual que se entiende por la misma que la factura en cuestión es correcta y se corresponde con la prestación realmente efectuada.

4. En relación con los supuestos de contratación irregular este Organismo se ha pronunciado de forma reiterada y constata en diversos Dictámenes, considerando que, en tales casos, estamos ante una causa de nulidad de pleno derecho, concretamente, la establecida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC. Así, en el Dictamen 283/2010, se señala:

"A estos efectos procede resaltar que las normas de procedimiento, a través de las cuales el Ordenamiento determina el cauce al que ha de someter su actuación la Administración en cada momento, son de derecho necesario y de estricta observancia, sin que la Administración pueda disponer libremente de las mismas. En el sector de la contratación, la legislación es además especialmente rigurosa al exigir el cumplimiento de los trámites relativos a la preparación y adjudicación de los contratos, en orden a asegurar no sólo el interés público a procurar en cada momento y el adecuado control de la existencia del presupuesto necesario, sino también el respeto a principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de publicidad y concurrencia (salvo las excepciones que establece la propia Ley), o bien, los de igualdad y no discriminación (artículo 11.1 TRLCAP).

El carácter formalista de la contratación administrativa, a la que resulta consustancial la existencia de un expediente de contratación (SSTS de 28 de mayo de

1996 y 18 de diciembre de 2001), explica que el artículo 55 TRLCAP expresamente prohíba en concreto la contratación verbal, con la única salvedad de que el contrato tenga carácter de emergencia; lo que no acontece en el presente caso.

Debe, por tanto, concluirse que se produce la concurrencia de la causa de nulidad del contrato prevista en el artículo 62.a) TRLCAP en relación con el artículo 62.1.e) LRJAP-PAC, al no haberse tramitado por la Administración el procedimiento legalmente previsto para la adjudicación de los contratos administrativos”.

5. En cuanto al cauce formal y procedimental al que corresponde tratar este asunto, también se ha manifestado este Organismo, por ejemplo, en el Dictamen 128/2010 en el que se afirma que:

“La circunstancia de que la prestación objeto de este contrato se haya efectivamente ejecutado y que la Administración haya procedido a su abono, no enervan ni convalidan, por el régimen propio de la nulidad de pleno derecho, las causas de nulidad en que hubiera incurrido la contratación. Por ello, si la Administración advierte la presencia de una causa de nulidad de pleno derecho, lo procedente, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1998, es la tramitación del procedimiento de revisión de oficio contemplado en el artículo 102 LRJAP-PAC y no el de resolución contractual, que presupone, por lo demás, la existencia de un contrato válido.

Frente a la argumentación vertida en la Propuesta de Resolución acerca de la existencia del contrato y en consecuencia su posibilidad de resolución, la jurisprudencia lo único que ha reconocido en los casos de nulidad contractual es el derecho del contratista a percibir el valor de la prestación realizada al amparo de la doctrina del enriquecimiento sin causa: si a pesar de la nulidad del contrato el contratista ha realizado su prestación, se ha producido para la Administración un enriquecimiento sin causa o injustificado en la medida en que el contrato es nulo y ello determina la necesidad de restituir al contratista el valor de su prestación. Pero resultando el contrato nulo, su mera existencia en los términos que parecen deducirse de la Propuesta de Resolución, no habilita para iniciar y culminar un procedimiento de resolución. En definitiva, la apreciación de causa de nulidad de pleno de derecho del contrato adjudicado por el Ayuntamiento determina que no sea procedente la resolución del contrato, sino la tramitación del procedimiento de revisión de oficio (...). Por lo demás, las prestaciones efectuadas con posterioridad a la extinción del contrato que eventualmente se hubiere acordado verbalmente no

pueden, como es obvio, ampararse en prórrogas, encima tácitas y, por tanto irregulares de tal contrato, imposibles al estar extinguido, siendo por consiguiente conectables a otro contrato similar al previo y que, por idéntica razón, incurre en la misma causa de nulidad, independiente de que proceda su abono para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración”.

6. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, en el presente asunto el contrato complementario efectuado verbalmente, de forma irregular, es nulo de pleno derecho [art. 62.1.e) LRJAP-PAC], debiéndose declarar tal nulidad a través del procedimiento previsto en el art. 102. LRJAP-PAC y, sin perjuicio que, tanto en aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto ya mencionada, como de lo dispuesto en el art. 102.4 LRJAP-PAC, se acuerde, el abono de la indemnización que corresponda a la empresa interesada, siempre y cuando se justifique debidamente, debiendo tenerse en cuenta a este concreto aspecto, lo señalado por el arquitecto municipal en su informe de fecha 26 de noviembre de 2012 (pág. 17 del expte.) que *“se hace constar que, a pesar del tiempo transcurrido, continúan sin ponerse en marcha tres ascensores del inmueble, lo que habrá de tenerse en cuenta antes de proceder al abono de factura alguna”.*

En este mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado en el Dictamen ya referido nº 1724/2011, al manifestar que *“Ello no obstante, nada impide, por economía procesal, acumular en el futuro expediente de revisión de oficio tanto la declaración de nulidad como la compensación o indemnización según los propios criterios antes descritos que constan listados explícitamente en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual), de manera que se puedan tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma”.*

CONCLUSIÓN

Por las razones anteriormente expuestas en el Fundamento III, la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen no se considera conforme a Derecho.