



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 2 / 2 0 1 4

(Pleno)

La Laguna, a 26 de febrero de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la mercantil S.A.G.T.C., S.L., por daños ocasionados por el funcionamiento anormal de la Administración en relación con la licitación convocada por la entidad P.T.C., S.A. para la contratación del mantenimiento y explotación del Plan de Fidelización Turístico de Canarias (EXP. 362/2013 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 17 de septiembre de 2013, el Presidente del Gobierno solicita Dictamen preceptivo por el procedimiento ordinario, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2000, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado a instancia de la mercantil S.A.G.T.C., S.L. por el daño ocasionado por funcionamiento anormal de la Administración toda vez que tras haber solicitado a P.T.C., S.A. “certificación correspondiente a los servicios prestados a los efectos para poder participar en la licitación para la contratación del mantenimiento y explotación del plan de fidelización turístico de Canarias, y negada su expedición, determinó que la mesa de contratación rechazara la oferta presentada para poder participar en dicha contratación”.

La indemnización que se reclama asciende a 205.500 euros.

* **PONENTE: Sr. Bosch Benítez.**

2. El procedimiento se ha tramitado de conformidad a las previsiones contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP).

La reclamación ha sido interpuesta por quien ha acreditado interés legítimo para hacerlo, la entidad excluida y por ello perjudicada por el proceso licitador [arts. 31.1.a) LRJAP-PAC y 4.1 RPAPRP], actuando mediante representación bastante que resulta acreditada (art. 32.1 LRJAP-PAC), en el plazo de un año dispuesto al efecto por el art. 4.2 RPAPRP, pues si el 21 de abril de 2009 se notificó a la empresa contratista el acuerdo de la mesa de contratación, de 20 de abril, de no continuación en dicho procedimiento -al no haber presentado en tiempo y forma la exigible clasificación empresarial-, la reclamación se presentó mediante escrito de 17 de diciembre de 2009.

El escrito de reclamación cuenta con el contenido del art. 6 RPAPRP, constando en la tramitación del procedimiento incoado la realización de las actuaciones necesarias para el conocimiento de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución que se adopte (art. 7 RPAPRP); singularmente, el preceptivo informe del Servicio presuntamente causante del daño (art. 10 RPAPRP), si por tal entendemos los emitidos por P.T.C., S.A.; el trámite de audiencia del interesado (art. 11 RPAPRP); y el preceptivo informe del Servicio Jurídico [art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del referido Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero].

Finaliza el procedimiento con la preceptiva Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación presentada, sobre la que se ha pedido el parecer de este Consejo (art. 12 RPAPRP), último trámite antes de elevar la Propuesta de Resolución a definitiva (art. 13 RPAPRP).

II

Con carácter preliminar, debemos plantear, siquiera brevemente, dos cuestiones previas, que conciernen a la legitimación pasiva y a la naturaleza del contrato adjudicado.

A. La legitimación pasiva corresponde en principio a la empresa pública P.T.C., S.A., titular del servicio que presuntamente ha generado el daño por el que reclama. Sin embargo, la Propuesta precisa que “cualquiera que sea la relación que une a la

Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias con dicha empresa pública, es la Administración autonómica, a través de la Presidencia del Gobierno y de su Viceconsejería de Turismo, la interesada en usar un sistema que permitirá al Gobierno de Canarias conocer las tendencias y preferencias del turista del siglo XXI a través de un Plan de Fidelización Turística para cuya explotación y mantenimiento se convocó un procedimiento de contratación, por parte de la citada empresa pública de cuyo Consejo de Administración era Presidenta la persona titular de la entonces Consejería de Turismo del Gobierno de Canarias, hoy, el titular de la Viceconsejería de Turismo, del que deriva el presunto daño reclamado”. De ahí se concluye que nos “encontramos ante un conflicto a resolver por la vía de la responsabilidad patrimonial ya que P.T.C., S.A., cuando convoca el procedimiento de contratación, actúa como agente de la Administración que persigue satisfacer el interés público. Procedimiento de responsabilidad patrimonial que se sustancia y resuelve en ejecución de las sentencias judiciales (...) que obligan a sustanciar dicho procedimiento y a resolverlo en los términos que proceda” (Fundamento de Derecho 4º), correspondiendo a la Viceconsejería de la Presidencia la competencia para resolver la presente reclamación en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo establecido en el art. 11.2.h) del Reglamento Orgánico de la Presidencia del Gobierno, aprobado por Decreto 27/2012, de 30 de marzo, que atribuye a tal Viceconsejería “la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Presidencia del Gobierno”.

Según los Estatutos de P.T.C., S.A., su régimen jurídico es el que resulta del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1989, aprobado por Decreto Legislativo 1564/1989, sus Estatutos y demás disposiciones aplicables (art. 1 de los Estatutos); supletoriamente, en lo no previsto por los Estatutos, por el citado Texto Refundido (art. 26 de los Estatutos).

En el presente caso, se constituye P.T.C., S.A. para la promoción turística de Canarias (art. 5); su capital social se divide en un 51% de la Comunidad Autónoma y un 49% a suscribir por las entidades de promoción turística insulares constituidas por los Cabildos o en su defecto por los propios Cabildos; y si no es así, por la propia Comunidad Autónoma (art. 6); no cabe la transmisión de acciones fuera de los miembros (art. 7); el presidente del Consejo de Administración es el Consejero en materia de turismo (arts. 12 y 17); y los Cabildos insulares podrán designar un miembro adicional en el Consejo de Administración (art. 12).

Resulta evidente, pues, que los aspectos públicos, tanto en lo que concierne a su estructura organizativa como a su actividad (giro o tráfico), son predominantes a los estrictamente privados, por lo que se puede entender sin duda que la reclamación es de naturaleza administrativa y por ello correctamente dirigida a la Administración autonómica.

B. La segunda cuestión tiene que ver con la naturaleza del contrato. De la copia de la contestación a la demanda presentada en su día por P.T.C., S.A. (procedimiento contencioso-administrativo núm. 233/2009), que se ha aportado con la segunda remisión documental, parece desprenderse que estamos ante un contrato privado de la Administración al ser celebrado por “entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas” (art. 20.1 LCSP, en relación con su art. 3), como es el caso, al ser una sociedad anónima. Aunque la regla general es que la “preparación y adjudicación” de los contratos privados siguen las disposiciones de la citada Ley (art. 20.2 LCSP), si el contrato se celebra “por los entes y entidades sometidas a esta Ley (...) que no tengan el carácter de administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a regulación armonizada”, entonces la competencia para resolver las controversias referidas a la preparación y adjudicación de estos contratos privados corresponde al orden jurisdiccional civil (art. 21.2 LCSP).

En cualquier caso, se trata de una cuestión controvertida que hubiera debido abordarse si nuestro examen se circunscribiera estrictamente a los aspectos contractuales del presente caso, pero no es así. Lo que se discute aquí es si la Propuesta de Resolución, *que pone fin a un procedimiento de responsabilidad patrimonial* tramitado a raíz de la reclamación formulada por la entidad S.A.G.T.C., S.L., es correcta o no en términos jurídicos; y desde esta perspectiva, aun tratándose de un contrato privado, el cauce procedimental escogido es el adecuado y la jurisdicción competente ha de ser la contencioso-administrativa. Por otra parte, no podemos soslayar que este orden jurisdiccional ha intervenido varias veces en este asunto, sin llegar a cuestionarse su propia competencia (antes al contrario), a pesar de que, con ocasión de alguno de recursos interpuestos por la ahora mercantil reclamante, P.T.C., S.A. alegara este concreto motivo de oposición, como se dijo con anterioridad.

III

Antes de analizar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo, debemos realizar una exposición de los hechos

que se desprenden de las actuaciones y en los que se basa la reclamación presentada por la entidad S.A.G.T.C., S.L.

A. El 18 de marzo de 2009 se emite por P.T.C., S.A. certificado respecto a la clasificación administrativa de la empresa (según se dice en escrito dirigido al Juzgado, procedimiento contencioso-administrativo núm. 233/2009). Este certificado, que se emite a efectos de clasificación de la empresa, es de prestación de servicios (2008: 511.710 euros y 2009: 48.720 euros, en los dos primeros meses del año) e importes de los contratos.

El 19 de marzo de 2009, la interesada solicita de la Junta Consultiva la clasificación en los Grupos y Subgrupos V.5 y V.8.

El 19 de marzo de 2009, la interesada solicita de la Junta Consultiva “prioridad en la tramitación de la documentación presentada”.

Por fax del 23 de marzo de 2009, P.T.C., S.A. le indica a la empresa reclamante que “ya está el certificado. Cuando quiera, pueden pasar a recogerlo”.

El 26 de marzo de 2009, la interesada solicita nueva clasificación con “renuncia al V.8”.

El 26 de marzo de 2009, la Junta Consultiva detalla en el expediente de clasificación incoado (Grupo V, Subgrupo 5), en el capítulo de “experiencia”, que el “importe total de los trabajos ejecutados en el último trienio” ascendió a “462.976” euros.

El 26 de marzo de 2009, la Junta Consultiva clasificó a la empresa interesada en el Grupo V, Subgrupo 5, Categoría A. La razón de ello –según certificación de 5 de marzo de 2012, que aportó al Juzgado- se debió a que “no se pudo acreditar adecuadamente los servicios prestados en el Grupo V, Subgrupo 5”, mediante certificación expedida por P.T.C., S.A., con desgloses de importes por subgrupos.

El 27 de marzo de 2009, se emite por la Dirección General de Patrimonio y Contratación certificado del que resulta que la empresa reclamante está clasificada como “empresa de servicios”, Grupo V, Subgrupo 5, Categoría A.

El 1 de abril de 2009, la Junta Consultiva concede a la interesada la clasificación V.5.A.

El 13 de abril de 2009, vía fax, P.T.C., S.A. solicita de la empresa interesada la remisión de la documentación acreditativa de la clasificación exigida (grupo V,

subgrupos 5 u 8 y categoría B), “antes del próximo miércoles, 15 de abril, a las 14.00 horas”.

El 14 de abril de 2009 –un día antes del fin del plazo-, la empresa interesada presenta ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito en el que manifiesta que “no siendo posible aportar nuevo certificado relativo al grupo V, subgrupo 5 (...), solicita (...) revisar el expediente de clasificación teniendo en cuenta la documentación que se adjunta, (...) distintos contratos de servicios (...) de donde se deduce los importes acumulados en servicios correspondientes al grupo V, subgrupo 5, con el objeto de conseguir la categoría B”.

El 17 de abril de 2009, la mesa de contratación propone como adjudicataria a la empresa I., S.A., firmándose el contrato el 21 de mayo de 2009.

El 21 de abril de 2009, P.T.C., S.A. comunica a la empresa reclamante que expirado el plazo de subsanación y no presentada en tiempo y forma la documentación exigida, “no continúa en dicho procedimiento de contratación”.

El 22 de abril de 2009, la interesada dirige escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa manifestando que como no le ha sido “posible obtener un certificado acreditativo por parte de P.T.C., S.A. (...) que desglose los importes de los distintos trabajos relacionados con las actividades de los subgrupos de clasificación, con el objeto de demostrar la experiencia en la ejecución de los trabajos realizados enmarcados dentro del Grupo V, Subgrupo 5”, solicita sea aceptado “cuadro justificativo de los importes de los servicios prestados a la entidad pública P.T.C., S.A. con el objeto de conseguir la categoría B de la clasificación del grupo V subgrupo 5 que ostentamos”.

El 23 de abril de 2009, la empresa interesada comunica a P.T.C., S.A. –en respuesta a su fax de 13 de abril- que ha solicitado de la Junta de Contratación la revisión de la clasificación; que la documentación entregada al efecto acredita nuestra clasificación en la “categoría B solicitada”; y que a falta por P.T.C., S.A. de un certificado que detalle los importes de los servicios prestados (...) se ha procedido a la entrega de los contratos que justifican la prestación de los servicios e importes satisfechos en (...) el grupo V, subgrupo 5”. Por ello, solicita la aceptación de la documentación presentada justificativa de la clasificación requerida “una vez se reúna la Comisión de Clasificación del Consejo de Contratación Administrativa”, que ratifique y certifique la categoría B que nos corresponde”.

El 23 de abril de 2009, la Junta Consultiva somete a estudio a petición de la interesada (se estudian los Grupos y Subgrupos V.1, V.2 y V.5.A), constando como importe de los servicios realizados el último trienio (“experiencia”) el de 462.976 euros.

El 28 de abril de 2009, la interesada solicita de la Junta Consultiva la clasificación en los Grupos y Subgrupos V.1, V.2 y V.5

Por escrito de 28 de julio de 2009, la empresa reclamante comunica al Juzgado (procedimiento 233/2009) que “no se han aportado la totalidad de la documentación (...) al objeto de acreditar los requisitos técnicos para poder obtener la clasificación necesaria para el concurso”.

El 17 de diciembre de 2009, la interesada presenta solicitud de indemnización al amparo del art. 6.1 del RPAPRP. Se funda la reclamación en que “la resistencia de [P.T.C., S.A.] a expedir el certificado necesario para obtener la categoría que le habilitaba para poder concurrir al referido concurso sirvió de base para que esta compañía fuera excluida de la citada licitación (criterio que no fue aplicado con la misma dureza con la otra licitadora)”. Solicita una indemnización de 205.500,00 euros, “importe de la oferta económica” realizada por la entidad reclamante.

El 13 de enero de 2010, la interesada presenta en P.T.C., S.A. (y el 14 de enero idéntico escrito a la Consejería de Turismo) escrito mediante el que solicita que “certifique detallada y debidamente los servicios prestados por esta empresa (...) indicando los importes correspondientes, de acuerdo con el siguiente desglose: Servicios de captura de información por medios electrónicos, informáticos y telemáticos (...), servicios de desarrollo y mantenimiento de programas de ordenador (...), servicios de explotación y control de sistemas informáticos e infraestructuras telemáticas (...), otros servicios no determinados (...)”. Sin perjuicio de lo solicitado, apunta que en 2008 el importe de esos desgloses fue de 511.710 euros (con IGIC) y en 2009 (97.440 (con IGIC). Lo que permitiría obtener la clasificación requerida en el pliego en coherencia con las instrucciones internas de contratación de P.T.C., S.A. de dar efectividad a los “principios de publicidad, transparencia, concurrencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”.

El 18 de enero de 2010, la interesada presenta en P.T.C., S.A. escrito en el que solicita se revisen las “exigencias de clasificación en el pliego para ajustar los grupos exigibles así como sus categorías y además tengan concordancia con el anuncio de licitación que se publique”. La cláusula 4.2 exige clasificación grupo V, subgrupo 5

(...) categoría B o grupo V subgrupo 8, categoría B, mientras que “en el anuncio de licitación (...) solo exige grupo V subgrupo 5 y categoría B”. Consultada la Administración, “no se han detectado servicios dentro de dichos pliegos que puedan exigir (...) Subgrupo 8”. Los servicios del subgrupo 5 “no pueden ser igual o superior a 150.000 E”. Por ello, de acuerdo con los arts. 56 LCSP y 36, 38 y 46 RGLCAP la categoría a exigir en este caso es la A, “que ya hemos acreditado”, no pudiéndose exigir la B ya que no se ha detectado servicio alguno que se enmarque dentro del subgrupo 8.

Solicita asimismo -toda vez que P.T.C., S.A. no ha emitido el certificado de “servicios prestados” que serviría para que pudiera obtener la categoría B- “certificado detallado acreditativo de la experiencia (...) en los ejercicios 2008 y 2009 para que nuestra empresa pueda participar en igualdad de condiciones que el resto de los participantes”; así como la “suspensión de la presente licitación con el objeto de impedir que se causen mayores daños”.

El 22 de enero de 2010, la Secretaría General Técnica de la entonces Consejería de Turismo intentó la notificación por correo para que indicase la prueba propuesta, concretando los medios de los que pretendiese valerse, no siendo retirado el aviso en el plazo establecido y devuelta la notificación. El 26 de febrero de 2010, se envía notificación para publicación en el BOC (9 de marzo de 2010) y notificación edictal en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Tegueste.

Por Orden de 19 de abril de 2010, la Consejera de Turismo declara el desistimiento de la reclamación formulada, notificada por correos tanto a P.T.C., S.A. como a la interesada (23 de abril), siendo devuelto el aviso por ausente. Finalmente, el aviso fue publicado en el BOC (26 de mayo de 2010) y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Tegueste.

El 28 de mayo de 2010, la entidad reclamante interpuso recurso de reposición en el que manifiesta que con fecha 17 de marzo de 2010 había presentado escrito ante el Registro auxiliar de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística comunicando cambio de domicilio a efectos de notificaciones, razón por la que no pudo atender el requerimiento de subsanación de la solicitud de reclamación. Por esta razón, solicita nueva comunicación del oficio de requerimiento de subsanación de la solicitud de reclamación por daños y perjuicios, petición que fue resuelta por Orden de 9 de junio de 2010, que confirma la anterior de 19 de abril de 2010, de desistimiento de la reclamación -al considerar que la Administración había notificado

correctamente conforme a lo dispuesto por el artículo 59.2 de la Ley 30/1992-, siendo notificada a P.T.C., S.A. y a la interesada (16 de junio de 2010).

El 9 de junio de 2010, la Consejera de Turismo dictó Orden por la que se procedió a la desestimación del recurso de reposición interpuesto. Contra la citada Orden se interpuso recurso contencioso administrativo, siendo resuelto por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 5 de diciembre de 2012, ordenando retrotraer el procedimiento “al momento inmediatamente posterior a la Resolución de la Secretaría General Técnica de 22 de enero de 2010, que debe notificarse en el nuevo domicilio indicado por la entidad reclamante” al considerar que la notificación efectuada edictalmente no tuvo en cuenta las garantías materiales inherentes al régimen de notificaciones.

Por Resolución de 21 de septiembre de 2010, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo, se acordó la remisión del expediente y “emplazar a P.T.C., S.A. para que pueda personarse como demandada (...)”.

Por escrito de 9 de noviembre de 2010 dirigido a la Presidencia del Gobierno, la interesada solicita para su aportación al proceso 784/2010 “copia de las solicitudes presentadas por la empresa (...) al objeto de obtener la correspondiente documentación con el objeto de (...) clasificarse como empresa contratista de servicios grupo V, subgrupo 5, categoría B o grupo V, subgrupo 8, categoría B y el expediente administrativo que debió ser abierto”.

Por Resolución de 14 de febrero de 2011, de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, se acuerda la remisión del expediente (procedimiento 1392/2010) y “emplazar a P.T.C., S.A. para que pueda personarse como demandada (...)”.

Mediante escrito de 10 de noviembre de 2011 (fax), la entidad reclamante interesa como prueba (procedimiento 1392/2010) se remita “las solicitudes presentadas por la empresa con el objeto de clasificarse como empresa contratista del servicio grupo V, subgrupo 5, categoría B o grupo V, subgrupo 8, categoría B y el expediente administrativo que debió ser abierto”, así como que “se certifique sobre las razones por las que fue excluida (...) del concurso publicado en fecha 12 de marzo de 2009” (documento nº 3 de los acompañados a la demanda); se interese de P.T.C., S.A. “escritos presentados por [la empresa] con el objeto de clasificarse como empresa contratista de servicios grupo V, subgrupo 5, categoría B o grupo V, subgrupo 8, categoría B y el expediente administrativo que debió ser abierto” ((documento nº

4 de los acompañados a la demanda); certificado de la Consejería de Economía y Hacienda sobre si la entidad reclamante “presentó solicitud interesando ser clasificada como empresa contratista del servicio grupo V, subgrupo 5, categoría B o grupo V, Subgrupo 8, categoría B; y las razones por las que no obtuvo tal clasificación, especificando quien fue la Administración que emitió los informes acreditativos de los trabajos”. También se interesó que testificara la entonces gerente de P.T.C., S.A.

Mediante escrito de 14 de febrero de 2012, de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, se interesa a requerimiento del TSJC (oficio de 3 de febrero de 2010, procedimiento 1392/2010) como medio de prueba documental “las solicitudes presentadas por la empresa con el objeto de clasificarse como empresa contratista del servicio grupo V, subgrupo 5, categoría B o grupo V, Subgrupo 8, categoría B y el expediente administrativo que debió ser abierto”, con ruego de remisión “a la mayor brevedad posible, toda vez que el periodo de prueba vence el 20 de marzo de 2012”

El 16 de febrero de 2012, se certifica por P.T.C., S.A. que la exclusión de la entidad reclamante del procedimiento licitador se debió a la “falta de acreditación, en forma y plazo concedido al efecto, de la clasificación exigida en la cláusula 5 del pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas”.

Por escrito de 13 de marzo de 2012, P.T.C., S.A. remite (procedimiento 1392/2010) escrito informando que la petición de la empresa sobre el “expediente administrativo que debió ser abierto”, además de que adolece de “clara falta de precisión sobre la documentación concreta que debe ser presentada”, tal documentación fue presentada al procedimiento 233/2009 –con “igual falta de definición”–, aportándose al mismo correos electrónicos y certificado de la causa de la exclusión del concurso.

Por oficio de 16 de marzo de 2012, de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia del Gobierno, se remite a la Sala certificado de P.T.C., S.A., atendiendo a la prueba nº 3, del que resulta que la exclusión de la empresa reclamante se produjo por “falta de acreditación, en forma y plazo concedido al efecto, de la clasificación exigida en la cláusula 5ª del pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas encargado de regir dicha licitación”.

Por Sentencia de 31 de julio de 2012, del Juzgado de lo contencioso nº 2, de Las Palmas de Gran Canaria (procedimiento 233/2009), se resuelve recurso contencioso interpuesto por la entidad reclamante contra la adjudicación provisional del

contrato, que se desestima, por cuanto “no se acredita que se impugnara el acto por el que se excluye al demandante y, sobre todo, porque [ni] pide que se le adjudique el contrato [ni] que se vuelva a llevar acabo la adjudicación [pues] se limita a interesar la nulidad de la adjudicación”.

Por Sentencia de 30 de noviembre de 2012, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, firme desde el 10 de abril de 2013 (procedimiento 1392/2010, en el que figura como demandada la “Administración Pública de la Comunidad Autónoma), se resolvió recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 17 de septiembre de 2010, de la Consejería de Turismo, por la que se declaró “el desistimiento de la reclamación formulada en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial”, con estimación parcial reconociendo el derecho de la parte a que “se sustancie el procedimiento de responsabilidad patrimonial y se resuelva, en los términos que procedan, con arreglo a Derecho”.

Mediante Sentencia de 5 de diciembre de 2012, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (procedimiento 784/2010), firme desde el 16 de enero de 2013, y en la que se indica que la demandada es la “Administración Pública de la Comunidad Autónoma”, se resolvió el recurso interpuesto por la reclamante contra la Orden de 9 de junio de 2010, de desestimación de recurso de reposición interpuesto por la reclamante contra la Orden de 19 de abril de 2010, de la Consejería de Turismo, que declaró el desistimiento de la interesada en el procedimiento de responsabilidad incoado. La Sentencia desestima la inadmisión de recurso de reposición interpuesto por aquella, debiéndose retrotraer “el procedimiento al momento inmediatamente posterior a la Resolución del Secretario General Técnico de 22 de enero de 2010, que deberá notificarse nuevamente en el nuevo domicilio indicado por la entidad reclamante en su escrito de 17 de marzo de 2010”.

El 29 de enero de 2013, en cumplimiento de la Sentencia de 5 de diciembre de 2012, se le concede a la interesada (notificado el 4 de febrero de 2013) plazo de 10 días para que proponga las pruebas de las pretendiera valerse y pueda formular cuantas alegaciones, documentos e informaciones estime oportunas.

El 15 de febrero de 2013, se da cumplimiento a lo solicitado mediante escrito proponiendo los siguientes medios de prueba:

"1º.- Que se tengan par aportadas las solicitudes presentadas por esta compañía ante P.T.C., S.A. y ante la Consejería de Turismo del Gobierno de Canarias, para que

se expidiera la correspondiente certificación al objeto de poder clasificarse como empresa contratista.

2º- Que se tenga por aportada la solicitud presentada ante la Junta Consultiva de Contratación interesando la clasificación antes referida, y la contestación de la referida Administración en virtud de la cual se deniega esta clasificación por ser insuficiente el certificado expedido por P.T.C., S.A.

3º.- Que se tenga por aportado el certificado emitido por el Secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa donde se aprecia la fecha de la obtención de la clasificación del otro concursante al que se le permitió participar en la licitación.

4º- Que se requiera a P.T.C., S.A. para que expida certificación acreditativa de que esta parte fue adjudicataria del Servicio de Mantenimiento y Explotación de Plan de Fidelización Turístico de Canarias.

5º- Que se remita el expediente de contratación, incluidas las proposiciones presentadas por los licitadores, por parte de P.T.C., S.A. publicado en fecha 12 de marzo de 2009 relativo a la contratación del Servicio de Mantenimiento y Explotación de Plan de Fidelización Turístico de Canarias.

6º.- Que por quien corresponda de la entidad P.T.C., S.A. se certifique que esta parte fue excluida del referido concurso como consecuencia de no haber obtenido la correspondiente clasificación.

7º.- Que por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se emita informe sobre cuáles son los requisitos necesarios que ha de reunir la documentación acreditativa de los servicios para obtener una determinada categoría.

8º- Que se tome declaración al representante de la entidad P.T.C., S.A.

9º- Que se emita informe tanto por la entidad P.T.C., S.A. como por la Consejería de Turismo de las razones por las que no se emitió la certificación de los servicios prestados".

Por Resolución de 21 de marzo de 2013 -notificada el 3 de abril-, la Viceconsejería de Presidencia del Gobierno de Canarias admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, ordenó el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial y confirmó a la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno como órgano instructor.

Por Resolución de 3 de abril de 2013 –notificada el 8 de abril–, se admiten las pruebas propuestas, a excepción de las pruebas nº 8 –declaración del representante de P.T.C., S.A.– por no concretarse las cuestiones objeto de declaración y ser prueba “innecesaria”- y nº 9, parcialmente, matizando asimismo las pruebas nº 2 (“la entidad reclamante no aporta contestación de la Administración por la que se denegó la clasificación por ser insuficiente el certificado expedido por P.T.C., S.A.”) y la nº 9 (por cuanto el informe solicitado lo debe emitir solamente P.T.C., S.A. y no la Consejería, por cuanto “el expediente de contratación fue gestionado y tramitado en su totalidad por dicha empresa pública”).

Mediante escrito de 19 de abril de 2013, P.T.C., S.A. aporta certificación de servicios prestados, copia del expediente de contratación, en el que obra clasificación del contratista de 26 de marzo de 2009 (V.5.A.).

El 7 de mayo de 2013, se interesa de P.T.C., S.A. la remisión del certificado de “18 de marzo de 2009” y “correos electrónicos” emitidos, a efectos de poder continuar el procedimiento.

El 21 de mayo de 2013, P.T.C., S.A. remite escrito en el que manifiesta –pruebas 4, 5, 6, y 9– que: la antedicha certificación no puede ser aportada pues el documento original quedó en poder de la empresa contratista y la copia se entregó al juzgado; se remiten copia de los emails cursados (de 17 y 23 de marzo); se informa que se emitió en su día el certificado de servicios prestados, que se adjunta; y que la reclamación no tiene sustento alguno pues la controversia “ya fue resuelta por parte del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria (Sentencia 220/2012)”.

Por escrito de 29 de mayo de 2013, la Dirección General de Patrimonio y Contratación informa sobre el procedimiento de clasificación empresarial, de conformidad con el art. 25 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Precisa que la empresa solicitó el 19 de marzo de 2009 la clasificación V.5 y 8; luego renuncia al 8, “sin especificar categoría pues ésta vendrá dada en función de la fórmula” legalmente expuesta. El 14 y 28 de abril de 2009, solicita nuevamente la clasificación V.5 y V.1, 2 y 5, respectivamente. El 30 de abril de 2009, la Junta otorga la clasificación en el grupo V, subgrupos 1,2 y 5 “todos ellos con la categoría A”.

El 6 de junio de 2013, se pone el expediente a disposición de la empresa interesada, en trámite de audiencia (art. 11.1 RPAPRP).

El 28 de junio de 2013, la empresa interesada presenta alegaciones, manifestando que siempre interesó la clasificación en la categoría B, que no pudo obtener “por culpa exclusiva de P.T.C., S.A.”.

El 26 de julio de 2013, se informa favorablemente la Propuesta de Resolución, desestimatoria, por parte del Servicio Jurídico, al considerar que la empresa contratista no procedió a la subsanación requerida en el plazo reconocido en el art. 81 RGCLAP.

B. Mediante escrito de 17 de septiembre de 2013, entrada el 18, el Presidente del Gobierno solicita de este Consejo Consultivo Dictamen preceptivo por el procedimiento ordinario.

El 22 de octubre de 2013, el Pleno del Consejo adoptó el acuerdo de recabar, según lo previsto en el art. 53.b) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, la remisión de la siguiente documentación (con ampliación del plazo de emisión del Dictamen):

“a) El preceptivo informe del Servicio afectado por los hechos (art. 10 RPAPRP) o indicación de qué informe obrante en el expediente le sustituye. b) Estatutos de P.T.C., S.A.. c) Respuesta motivada a las alegaciones/peticiones efectuadas por la interesada sobre “las razones por las que no obtuvo [la (...) clasificación] así como quien fue la Administración que emitió los informes acreditativos de los trabajos (...)” a cuyo efecto se solicitó el “Expediente de clasificación empresarial de la interesada (...) el desglose de los importes e los distintos trabajos (...) así como los servicios prestados (...)” lo que a juicio de la interesada “permitiría obtener la clasificación requerida por el pliego”. También sobre la afirmación de la interesada de que “no se han detectado servicios dentro de [los (...)] pliegos que puedan exigir (...) subgrupo 8” y “la categoría a exigir en este caso es la A (...) no pudiéndose exigir la B”.

El 19 de noviembre de 2013, tiene entrada en este Consejo escrito de igual fecha del Presidente del Gobierno en el que se comunica la remisión de:

“1.-Los Estatutos de P.T.C., S.A. (documento nº 1).2.-Informe emitido por la secretaria en funciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de fecha 4 de noviembre de 2011, acompañado del expediente de clasificación de la Sociedad [(...) interesada] (documento nº 2). En cuanto a la remisión del “preceptivo informe del Servicio afectados por los hechos, o indicación de qué informe de los obrantes en el expediente le sustituyen (sic), se informa que el citado informe

emitido por P.T.C., S.A., obra ya en el expediente: informe de 19 de abril de 2013, con documentación adjunta (folios nº 285 a 582); e informe de 21 de mayo de 2013 (folios nº 589 a 594)”.

Analizada la documentación remitida junto con la inicialmente enviada con la petición de Dictamen, la misma no se ajustaba a lo requerido, pues:

“A. No se encuentran los Estatutos de P.T.C., S.A. B. No se encuentra el informe de 4 de noviembre de 2011, a que se hace referencia en el escrito de solicitud. C. Los que se señalan como preceptivos informes del Servicio son ambos (folios 258 y 589) informes emitidos en trámite probatorio. No constituyen, pues, ni formal ni materialmente el preceptivo informe exigido por la ley, lugar idóneo para explicar la secuencia causal de hechos causantes del presunto daño y dar la debida respuesta a las dudas o alegaciones planteadas por el contratista. D. De hecho, en la petición de instrucción complementaria acordada por este Consejo se interesó:

“(…) respuesta motivada a las alegaciones/peticiones efectuadas por la interesada sobre «las razones por las que no obtuvo [la (...) clasificación] así como quien fue la Administración que emitió los informes acreditativos de los trabajos (...)» a cuyo efecto se interesó el «expediente de clasificación empresarial de la interesada (...) el desglose de los importes e los distintos trabajos (...) así como los servicios prestados (...)» lo que a juicio de la interesada «permitiría obtener la clasificación requerida por el pliego». También sobre la afirmación de la interesada de que «no se han detectado servicios dentro de [los (...)] pliegos que puedan exigir (...) subgrupo 8» y «la categoría a exigir en este caso es la A (...) no pudiéndose exigir la B»”.

Tampoco consta tal informe. Pareciera que lo que se nos ha remitido es la copia del expediente de clasificación empresarial, que por sí solo no responde a las dudas planteadas”.

Esta circunstancia motivó que el Pleno del Consejo, en sesión celebrada el día 27 de noviembre de 2013, reiterara el requerimiento, con ampliación del plazo de emisión del Dictamen hasta la recepción de la documentación solicitada, en los siguientes términos:

“a) El preceptivo informe del Servicio afectado por los hechos (art. 10. RPAPRP), en el que igualmente puede darse respuesta a las cuestiones planteadas en el apartado c) de esta misma solicitud. B) Los Estatutos de P.T.C., S.A. C) Respuesta

motivada a las alegaciones/peticiones efectuadas por la interesada sobre: - “El desglose de los importes de los distintos trabajos (...) así como los servicios prestados (...) y explicación, con fundamento legal, de la categoría procedente, lo que a juicio de la interesada “permitiría obtener la clasificación requerida por el pliego”. - La afirmación de la interesada de que no se han detectado servicios dentro de [los (...)] pliegos que puedan exigir (...) subgrupo 8”. - Y sobre la afirmación de que “la categoría a exigir en este caso es la A (...) no pudiéndose exigir la B”.

Mediante escrito de 6 de febrero de 2014, de salida 6 y entrada en este Consejo el 7 de febrero, el Presidente del Gobierno remite la documentación requerida; particularmente, informe de P.T.C., S.A., de 7 de enero de 2014, dirigido a la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, en el que se da respuesta a las antedichas cuestiones; se aporta contestación a la demanda presentada por P.T.C., S.A. (autos 233/2009); y se remite copia de los Estatutos de P.T.C., S.A.

IV

1. El adecuado enfoque del asunto que ha sido sometido a nuestra consideración exige partir de la propia solicitud de indemnización por daños formulada por la entidad S.A.G.T.C., S.L. y que, tras las vicisitudes a las que se hizo extensa referencia en el fundamento precedente, supuso la incoación y tramitación del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y su culminación con la pertinente Propuesta de Resolución, que ahora examinamos. En dicha solicitud, de 1 de diciembre de 2009, la mencionada mercantil reclama a la Administración autonómica una indemnización que asciende a la cantidad de DOSCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS EUROS (205.500 euros), montante que directa y exactamente “se corresponde con la oferta económica realizada por esta compañía en el concurso en el que por el funcionamiento anormal de la Administración no pudo concurrir”, según recoge el apartado III del escrito presentado. Pues bien, del detenido análisis de la documentación -copiosa- que integra el expediente, este Consejo llega a la conclusión, parcialmente coincidente con la argumentación que se contiene en la Propuesta de Resolución, de que la reclamación planteada no puede prosperar.

Como bien recoge la Propuesta,

“S.A.G.T.C., S.L. “debió cumplir las condiciones establecidas en la cláusula 5 del pliego de cláusulas administrativas para la contratación del servicio de mantenimiento y explotación del Plan de Fidelización Turística de Canarias, esto es una clasificación de empresas contratistas de servicios Grupo V, Subgrupo 5,

Categoría B y o Grupo V, Subgrupo 8, Categoría B, presentando la oportuna clasificación, o en caso de discrepar del contenido del pliego impugnarlo; acción que ejercitó la empresa ahora reclamante, lo que conllevó la asunción de las condiciones de la licitación. *Las expectativas de la entidad, que durante el periodo de tiempo comprendido desde el 1 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008, y desde el 1 de enero de 2009 hasta el 30 de abril de 2009, había venido prestando el servicio de mantenimiento y explotación del Plan de Fidelización Turístico de Canarias, eran las de continuar prestando el indicado servicio para lo cual resultaba imprescindible resultar ser la adjudicataria del nuevo contrato, para lo cual debía cumplir con todos los requisitos exigibles en el pliego de cláusulas administrativas, sin hacer responsable a la Administración de la frustración de sus expectativas (...)*" (Fundamento de Derecho 6º, último párrafo).

Este es, pues, el aspecto central de la cuestión controvertida, el reconocimiento –o no– de un derecho indemnizatorio a la entidad reclamante y además en los términos en que se recoge tal derecho en la solicitud presentada. Este Consejo considera que en ningún caso una expectativa puede generar un derecho de esta naturaleza; y como asimismo se encarga de recordar la Propuesta de Resolución:

"Los empresarios intervinientes en el concurso no tienen por el solo hecho de concurrir al mismo, otra expectativa que las que se puedan deducir de una hipotética y futura adjudicación del mismo". En realidad lo que ostentan es una esperanza o previsión genérica de la adquisición futura de un derecho. Pero no existe un hecho adquisitivo, ya realizado en parte, para que pueda hablarse de una verdadera expectativa de derecho. Su situación jurídica no pasa de ser una eventualidad indeterminada y contingente sin más trascendencia jurídica que la derivada de su participación en la licitación, por lo que se trata de una situación jurídica excesivamente débil, de una titularidad insegura, dudosa o contingente, no susceptible de indemnización, como ya observaron las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1993 (RJ 1993/489) y 11 de febrero y 76 de noviembre de 1995 (RJ 1995/2061 y RJ 1995/8130). De ahí que la entidad reclamante, con su participación en la licitación de referencia, ostentaba sólo una expectativa jurídica de poder resultar ser la adjudicataria del contrato en cuestión; expectativa que, finalmente, no se cumplió por no reunir la entidad el requisito de la clasificación empresarial exigida por causa no imputable a la Administración (...)" (Fundamento de Derecho Sexto, 5º párrafo).

En esta misma línea, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2002, en la que se señala lo siguiente:

“Otro de los criterios aplicables para la determinación de la existencia de perjuicios indemnizables, especialmente adecuado cuando se considera la posible privación de derechos e intereses con un contenido patrimonial, radica en la determinación de si los derechos o intereses de que ha resultado privado el eventual perjudicado han sido incorporados realmente a su patrimonio, o constituyen meras expectativas de derechos –no susceptibles de consideración desde el punto de vista de su titularidad por quien se cree llamado a hacerlas efectivas (...)”.

2. Es cierto que la entidad reclamante atribuye su exclusión del procedimiento licitador, “por falta de acreditación, en forma y plazo concedido al efecto, de la clasificación exigida en la cláusula 5 del pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas”, al comportamiento observado por la Administración sobre este particular. Dando a entender, además, que de haber podido participar en el concurso habría sido la entidad adjudicataria del contrato. Pero incluso en este caso, en el que, hipotéticamente (a salvo, claro está, de la pertinente prueba), podría hablarse al menos de una expectativa cualificada o más consolidada, la conclusión sería la misma. Como con claridad razona la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de diciembre de 2012 (procedimiento 784/2010), no es que “el derecho a la indemnización reclamada no pueda hacerse derivar, únicamente, de haber sido excluida [[la mercantil S.A.G.T.C., S.L.] por la inactividad de P.T.C., S.A., pues sería necesaria la acreditación de que a ella le correspondería la adjudicación y que los daños y perjuicios y el beneficio industrial dejado de obtener alcanzarían la suma reclamada en el *petitum* de la demanda” (FJ 5º, párrafo 2º). Es que, además y precisamente por este motivo, que no es otro que la obligada adecuación o congruencia con lo que se reclama (la suma equivalente a la oferta económica realizada por la citada entidad, no se olvide), tampoco procedería estimar parcialmente la reclamación y fijar, de este modo, la indemnización respecto a los gastos, debidamente acreditados, derivados de la preparación y formalización en el concurso o por cualquier otro concepto (un determinado porcentaje sobre el beneficio industrial).

Y todo ello, en fin, sin dejar de tener en cuenta, como señala P.T.C., S.A. en su informe ampliatorio de 7 de enero de 2014, que la pretensión reclamatoria de S.A.G.T.C., S.L. ya fue resuelta por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Las Palmas en su Sentencia de 31 de julio de 2012 (procedimiento 233/2009). En

dicha resolución, se rechaza el argumento de la parte actora según el cual la reclamante no debió ser excluida como partícipe en el concurso “por la falta de presentación de una documentación que obraba en poder de la entidad adjudicataria, y que a pesar de ser pedida no se le entregó”, con el siguiente razonamiento:

“Dicho argumento desde luego entiendo que no es aceptable desde el punto de vista de que no queda acreditado que se impugnara el acto por el que se excluye la demandante, y, sobre todo, visto que en el suplico de la demanda no pide ni que se le adjudique el contrato, ni tan siquiera que se vuelva a llevar a cabo la adjudicación, con retroacción de las actuaciones, se limita a interesar la nulidad de la adjudicación”.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada es conforme a Derecho, de acuerdo con las consideraciones que se realizan en el Fundamento IV.