



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 290/2023

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 29 de junio de 2023.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Adeje en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del Acuerdo de 24 de julio de 2019, adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Adeje, por el que se desiste del concurso de proyectos en relación con la concesión demanial sobre la pieza 04026 del PMM de Costa Adeje (EXP. 259/2023 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El dictamen solicitado tiene por objeto la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, tramitado por el Ayuntamiento de Adeje, tras presentarse reclamación de indemnización por daños acaecidos como consecuencia del Acuerdo de 24 de julio de 2019, adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Adeje, por el que se desiste del concurso de proyectos en relación con la concesión demanial sobre la pieza 04026 del PMM de Costa Adeje (Plan de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad de Costa Adeje, Parcela urbana de 27.421 m² situada en (...), cuyo uso característico es el de Parque plaza local o Área ajardinada).

2. La solicitud del dictamen es preceptiva, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP),

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

pues la cantidad que se reclama en concepto de indemnización asciende a 32.060,00 euros.

En relación con la cuestión de la preceptividad del presente Dictamen, es necesario realizar una precisión, al menos con carácter doctrinal, sin que ello suponga llevar cabo un estudio de la naturaleza jurídica de la concesión demanial, lo que escapa al objeto de este Dictamen.

Así, cabe afirmar que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial extracontractual, pues la misma emana no de un contrato, sino de una resolución administrativa, esto es, el referido Acuerdo por el que decreta el desistimiento de oficio del procedimiento administrativo de libre concurrencia tramitado para otorgar la mencionada concesión demanial, que se rige por la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 78.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

Asimismo, el art. 155.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), aplicable al expediente contractual en el que se produjo el referido desistimiento, toda vez que los pliegos se aprobaron el día 17 de agosto de 2017 [disposición transitoria primera, punto 1, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en relación con su disposición final decimosexta], se dispone que:

«La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración».

A mayor abundamiento, en la Sentencia núm. 355/2016, de 29 abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, se afirma que:

«Basta, en suma, con que exista una renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento por parte de la Administración pública, constituyendo una suerte de modalidad específica de la responsabilidad patrimonial o "extra contractual" de las Administraciones Públicas a que hacen mención los artículos 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común, por cuanto, al no existir aún en supuestos como el aquí examinado contrato administrativo, la responsabilidad en cuestión no puede merecer la conceptualización de contractual, propiamente dicha (se incluya o no la previsión legal específica en cuestión en la normativa sobre contratación administrativa)».

Sin embargo, en la vigente LCSP se establece en su art. 152.2 que «La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común», siendo evidente el cambio en el régimen jurídico de tal materia, pues ahora de forma expresa ya no hay una remisión a los principios generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, como sí se hace en el TRLCSP, sino que solo se remite al sistema de valoración del daño contenido en la misma y establece, también de forma expresa, que todo lo relativo a esta cuestión se sustanciará a través del procedimiento administrativo común.

Por tanto, se considera que el tratamiento de esta cuestión como un supuesto específico de responsabilidad patrimonial de la Administración, determina, junto con la cuantía reclamada, la preceptividad de este Dictamen.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución, resulta de aplicación la citada LPACAP, así como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local (LRBRL); la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias (LMC), entre otras normas (TRLCSP).

4. En el procedimiento incoado, la empresa reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo [art. 4.1.a) LPACAP], puesto que se reclama por los daños sufridos como consecuencia de una actuación municipal.

La legitimación pasiva le corresponde a la Administración municipal por ostentar la competencia para tramitar el procedimiento administrativo preciso para otorgar una concesión demanial sobre un bien de dominio público de su titularidad [arts.

25.2.d) y 26.1.a) LRBRL], quien, además, desistió del mismo a través de la Resolución administrativa mencionada.

5. Al amparo de lo establecido en el art. 107 LMC, la competencia para resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial le corresponde al Sr. Alcalde, sin perjuicio de las delegaciones que éste pueda efectuar en otros órganos municipales.

6. Además, el daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, de acuerdo con lo prescrito en el art. 32.2 LRJSP.

7. El procedimiento se inició dentro del plazo de un año desde la producción del daño reclamado, tal y como exige el art. 67.1 LPACAP. Así, el día 24 de julio de 2019 la Junta de Gobierno municipal acordó el desistimiento, siendo notificado al interesado el día 5 de agosto de 2019, y habiéndose presentado la reclamación el día 6 de agosto de 2020. Ello determina, teniendo en cuenta, además, el periodo de tiempo durante el que estuvo suspendida la tramitación de procedimientos administrativos conforme al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID19, que en el presente caso se cumple el requisito de no extemporaneidad.

II

1. La entidad reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento anormal del servicio público municipal.

En tal sentido, en su escrito de reclamación alega que:

«Primero.- Con fecha 17 de agosto de 2017 se aprobó "Acuerdo de la Junta de Gobierno Local para el inicio del Concurso de proyectos en relación con la concesión demanial sobre la pieza 04026 del PMM de Costa Adeje".

Segundo.- Con fecha de 25 de agosto de 2017 se realizó la publicación, en el Boletín Oficial de la Provincia, del anuncio del Acuerdo adoptado el 17 de agosto de 2017 (documento Anexo 1).

Tercero.- Con fecha 25 de septiembre de 2017, y registro de entrada nº 34.388, mí representada, la entidad (...), presentó su proposición en relación con el concurso de proyectos de referencia, con sus correspondientes sobres y ofertas a la licitación (documento Anexo 2).

Cuarto.- Con fecha 25 de septiembre de 2017, y registro de entrada nº 34.239, esta parte presentó escrito de alegaciones para la subsanación de las deficiencias existentes en el expediente inicial, alegando en líneas generales, las siguientes irregularidades:

- Según Boletín solo pueden presentarse arquitectos, cuando según las Bases puede presentarse cualquier empresa.

- Según Boletín, las puntuaciones son de 50, 20, 15 y 15 y según las Bases de 50, 40 y 10.

- No se especifica cómo se articula el derecho de tanteo.

- No se aclara en qué consiste la calidad del proyecto.

- No se especifica en qué consisten las mejores en el entorno.

- No se detalla desde cuándo empieza el plazo de ejecución.

Quinto.- Con fecha 9 de octubre de 2017 se realiza una nueva publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, rectificando, parcialmente, los criterios de adjudicación modificados a través de la publicación realizada el 25 de agosto de 2017, estableciendo de nuevo el plazo de un mes a computar desde el día siguiente de la publicación para la presentación de la proposiciones.

Sexto.- Mediante llamada telefónica por parte de los Técnicos municipales, se convocó a esta representación a la apertura del "Sobre 1". El acto de apertura se realizó en el salón de Plenos del Ayuntamiento el día 26 de febrero de 2018. Al acto acudieron, entre otros, los Técnicos (...), (...), (...) y esta parte, en nombre de mi representada.

Es de destacar del citado Acto de apertura de "Sobre 1", que la Mesa de contratación, no realizó ningún tipo de objeción ni consideración a reseñar sobre la licitación en marcha.

Séptimo.- Desde este momento y durante casi dos años, esta representación ha estado acudiendo a los departamentos competentes del Ayuntamiento, solicitando el impulso de la licitación, de cara a su resolución y adjudicación al mejor licitador.

Octavo.- Con fecha 15 de marzo de 2019, y registro de entrada nº 10.574, esta parte presentó escrito de alegaciones interesando, entre otros extremos, el impulso e inmediata continuación del procedimiento de licitación (documento Anexo 3).

Noveno.- Con fecha 4 de julio de 2019, y registro de entrada nº 26.704, esta parte presentó nuevamente escrito, solicitando e interesando el impulso del procedimiento de concurso, al haber transcurrido más de un año y medio de la publicación de la licitación, sin que hasta aquél entonces se hubiera recibido ni una sola notificación sobre trámite alguna de la licitación, ni sobre informes de valoración de las ofertas presentadas, ni sobre adjudicación provisional o definitiva (documento Anexo 4).

A pesar de las múltiples ocasiones en las que, durante casi dos años, esta representación acudió a los departamentos competentes del Ayuntamiento para conocer los avances en el expediente de licitación en marcha, no recibía más que “largas” o indicaciones sobre “alguna pronta notificación al respecto del siguiente trámite (...)” y otras evasivas.

Décimo.- Con fecha 24 de julio de 2019, y tras casi dos años de la aprobación del Acuerdo para el inicio del “Concurso de proyectos en relación con la concesión demanial sobre la pieza 04026 del PMM de Costa Adeje”, la Junta de Gobierno Local acordó el desistimiento del procedimiento del concurso (documento Anexo). Salvo que medie en el expediente algún otro documento de otros licitadores, esta parte entiende que fueron sus escritos los que motivaron el fatal de acordar desistir del procedimiento, pues hasta ese momento todo lo que se informaba era de una pronta tramitación.

Los motivos que llevaron a la Corporación Local para desistir del procedimiento, según la propia resolución, fueron los siguientes:

1º.- “La Base cuarta del Pliego de condiciones no cumple con los requisitos documentales exigidos en el precepto anterior, reflejando la carencia de los siguientes:

- Valoración de la parte de dominio público que se hubiera de ocupar, como si se tratara de bienes de propiedad privada.

- Pliego de condiciones, en su caso, para la realización de la obra.

- Pliego de condiciones que hubieren de regir para la concesión con arreglo al art. 80”.

2º.- “El Pliego contempla una terminología que podría circunscribir un indicio de aplicación de las normas especiales a los concursos de proyectos, concretamente el apartado tercero del artículo 184 fija de forma clara: “no se aplicarán las normas de la presente sección a los concursos de proyectos que se encuentren en casos equiparables a los previstos en el artículo 4 y en el apartado 2 del artículo 13”. Por tanto, de la lectura del contenido del Pliego podría observarse la aplicación de un procedimiento erróneo, siendo aplicable la normativa propia de un procedimiento abierto, por lo que no sería admisible la figura de un jurado, sino de la mesa de contratación, propiamente dicha y regulada en los artículos 157, 158, 159, 160, 161 y 320 Ley 3/2011”.

3º.- “La Base octava, y los siguientes criterios de adjudicación:

- Calidad del proyecto, 50 puntos.

- Mejoras en el entorno de la parcela, 40 puntos.

- Inicio de obras en un plazo no superior a 3 meses, 10 puntos.

(...) la base octava, no especifica qué se entiende por calidad del proyecto, qué mejoras son necesarias en el entorno para obtener una puntuación de 40 puntos, ni especifica qué entiende el órgano de contratación por calidad mínima exigida. Además, no detalla la fórmula de obtención de la correspondiente puntuación, todo ello podría acarrear una causa

de inseguridad jurídica frente al licitador (art. 9.3 CE), dada la carencia de certeza y claridad".

4º.- "Con la ulterior aprobación de los Pliegos por acuerdo de la Junta de Gobierno local, en sesión extraordinaria celebrada el día 17 de agosto de 2017, y su posterior publicación en el Boletín Oficial de la Provincia con fecha 25 de agosto de 2017, se publica un contenido distinto del contemplado en el pliego y aprobado por el órgano competente, concretamente modifica la base tercera y octava, cuya modificación no consta en el expediente que siguiese el cauce procedimental legalmente fijado en la ley 3/2011 (...).

El artículo 75.2 del RGLCAP establece que "cualquiera aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones." A tenor de ello, el ulterior anuncio de publicación cuyo contenido modifica el aprobado por el órgano competente, no consta en el expediente que fuese acordado por la Junta de Gobierno Local, dado a que no refleja propuesta de acuerdo ni acuerdo propiamente formalizado en relación a la citada modificación, en base a la competencia enmarcada dentro de la disposición adicional segunda de la ley 3/2011 (...).

La modificación realizada con la posterior publicación no sería conforme a derecho en virtud del análisis del expediente; supondría una vulneración de los principios de inalterabilidad reflejada en los artículos 115, 116 y 142 del TRLCSP, entendiéndose que la modificación realizada no se ajusta a una simple subsanación de errores materiales, sino que además, resulta restrictivo y desfavorable para los licitadores, junto con la correspondiente vulneración de los principios rectores de contratación, concretamente los de igualdad y concurrencia".

Reiteremos que entre el 17 de agosto de 2017 (acuerdo de modificación de las Bases y su publicación en el BOP) y el 5 de agosto de 2019 en que se notificó a esta representación el Acuerdo de desistimiento por la Junta de Gobierno, han pasado nada menos que dos (2) años.

Undécimo.- Esta parte llevó a cabo todos los trabajos y proyectos necesarios para la preparación de la documentación exigida para concurrir a la licitación, incurriéndose en unos gastos que ascienden a la cantidad de TREINTA Y DOS MIL SESENTA EUROS (32.060 €), que es la cuantía reclamada en este escrito.

Los trabajos para la redacción del Proyecto y anexo para participar en el referido concurso fueron realizados por la empresa (...), a solicitud de esta parte, según se acredita con la hoja de encargo firmada con fecha 28 de agosto de 2017, que se aporta como documento Anexo 6.

El coste por la redacción del citado Proyecto y anexos, como decimos, asciende a la cantidad de 32.060 €, lo que se acredita con las facturas emitidas por la empresa (...), que se aportan como documento Anexo 7 y 8.

La primera factura, por valor de 8.520 €, se abonó mediante transferencia bancaria, según se acredita con el documento Anexo 9. Respecto a la segunda factura se ha emitido un documento de reconocimiento de deuda con la entrega de 16 pagarés de la entidad (...) por un valor total de 23.540 €, que se aportan como documento Anexo 10».

2. Además, en la reclamación se afirma respecto de la cuestión de fondo que:

«La cuestión nuclear de este escrito se centra la solicitud de reconocimiento del derecho de mi representada, a la que se le ha ocasionado unos daños y perjuicios antijurídicos, que por tanto no tiene el deber jurídico de soportar y, en consecuencia, ha de ser indemnizada por ello, habida cuenta el principio de confianza legítima que impone a la Administración el reconocimiento del derecho del que estamos tratando.

En el caso que nos atañe, en el Pliego no existe previsión sobre la forma de compensar en el supuesto de desistimiento, por lo que nos remitimos a la responsabilidad ex lege que se contempla en el art. 155 del RDL 3/2011, y a los principios generales que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

La cuantía reclamada, tal y como se concretó en el apartado noveno de los antecedentes de hecho de este escrito, son 32.060 €».

III

1. En cuanto al procedimiento, se inició con el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por el interesado el día 6 de agosto de 2020.

El día 27 de octubre de 2020 se emitió el Decreto por el que se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la entidad mercantil interesada.

2. Consta en el expediente el preceptivo informe del Servicio, emitido por el Jefe de Servicio de Urbanismo el día 27 de noviembre de 2020, manifestándose que:

«En la base de datos AUPAC consta expediente administrativo número PAT11H001 denominado "concesión demanial sobre la pieza 04026 del PMM de Costa Adeje", a tenor de ello, cabe citar las actuaciones administrativas desarrolladas en el mismo:

Primero. Con fecha de 31 de marzo de 2017 y registro de entrada nº 11.420, la entidad mercantil (...) presenta solicitud exponiendo su iniciativa para la ocupación privativa de un bien de dominio público en relación con la parcela enmarcada en el PMM con la pieza 04026.

Segundo. Con fecha de 17 de agosto de 2017 fue aprobado acuerdo por la Junta de Gobierno Local para el inicio del concurso de proyectos en relación a la concesión demanial sobre la pieza 04026 del PMM de Costa Adeje.

Tercero. Con fecha de 25 de agosto de 2017 se realiza publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, cuyo anuncio no corresponde con el contenido del pliego de cláusulas administrativas aprobado el 17 de agosto de 2017, presentando las siguientes deficiencias:

- Insuficiencia de nuevos criterios de adjudicación.*
- Criterios de adjudicación que no resultan claros ni objetivos.*
- Limitación de participantes a través de la cualificación profesional, contraviniendo lo estipulado en base tercera.*

Cuarto. Con fecha de 25 de septiembre de 2017 y registro de entrada n° 34.388, el licitador (...) con CIF n° (...), presenta proposición en relación con el procedimiento de concurso de proyectos.

Quinto. Con fecha de 25 de septiembre de 2017 y registro de entrada n° 34411, el licitador (...) presenta su proposición en relación al concurso de proyectos.

Sexto. El licitador (...) con CIF n° (...) interpone alegaciones para la subsanación de las deficiencias existentes en el expediente inicial, con fecha de 25 de septiembre de 2017 y registro de entrada n° 34.239.; alegando las siguientes irregularidades:

- "Según Boletín solo pueden presentarse arquitectos, cuando según las Bases puede presentarse cualquier empresa.*
- Según Boletín, las puntuaciones son de 50,20,15 y 15 y según las Bases de 50,40 y 10.*
- No se especifica cómo se articula el derecho de tanteo. No se aclara en qué consiste la calidad del proyecto.*
- No se especifica en qué consisten las mejoras en el entorno.*
- No se detalla desde cuándo empieza el plazo de ejecución".*

Séptimo. Con fecha de 9 de octubre de 2017 se realiza una nueva publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, rectificando, parcialmente, los criterios de adjudicación, previamente modificados a través de la publicación realizada el 25 de agosto de 2017, estableciendo de nuevo el plazo de un mes a computar desde el día siguiente de la publicación para la presentación de las proposiciones.

Octavo. Con fecha de 6 de noviembre de 2017 y registro de entrada n° 39.468, (...) retira su proposición al interpretar la suspensión del correspondiente procedimiento.

Noveno. Con fecha de 9 de noviembre de 2017 y registro de entrada n° 40.060, (...) presenta proposición en relación con el procedimiento de concurso de proyectos.

Décimo. (...) con CIF nº (...), interpone alegaciones con fecha de 15 de marzo de 2019 y registro de entrada nº 10.574.

Decimoprimer. Con fecha de 26/07/2019 se dicta Decreto número UDE/154/2019, "DECRETO DE ACCESO AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Nº PAT11H001 EN RELACIÓN A LA CONCESIÓN DEMANIAL SOBRE LA PIEZA 04026 DEL PMM DE COSTA ADEJE".

Decimosegundo. Con fecha de 24/07/2019 la Junta de Gobierno Local en su sesión ordinaria acordó en el punto tres del orden del día el siguiente acuerdo: "DESISTIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO DE PROYECTOS PARA LA CONCESIÓN DEMANIAL SOBRE LA PIEZA 04026 DEL PMM DE COSTA ADEJE".

Por ende, y vista la exposición de las actuaciones administrativas desarrolladas en el citado expediente, cabe resaltar que el mismo fue objeto de desistimiento de oficio por la presente Administración, implicando su terminación, dado las deficiencias no subsanables observados en el mismo, puesto que su continuación implicaría que la adjudicación fuese contraria a Derecho. Por ello, y visto que consta que la entidad mercantil (...) con CIF nº presentó con fecha de 25 de septiembre de 2017 y registro de entrada nº 34.388 su proposición en relación con el procedimiento de concurso de proyectos, y dado el desistimiento de oficio en la continuación del procedimiento, existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida.

Sin embargo, y en lo que respecta a la "procedencia de la cantidad reclamada en concepto de daños patrimoniales", que señalar que la proposición para participar en el concurso de proyectos debía cumplir con los requisitos previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas que regían en la citada licitación, concretamente, la base tercera reguladora de los destinatarios del concurso, prevé que "podrán participar en el concurso todos aquellos interesados en licitar la concesión demanial objeto del expediente, debiendo de aportar proyectos debidamente redactados y suscritos por técnicos competentes conforme a la Ley de Ordenación de la Edificación".

El artículo 10. 2.a) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación prevé que:

10.2. "Son obligaciones del proyectista:

a) "estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero -técnico, según corresponda, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la posesión/ (...) /".

En conclusión, visto el análisis del expediente administrativo cabe señalar la relación de causalidad entre la lesión producida y el funcionamiento del servicio. Sin embargo, no es competencia del informante el pronunciamiento respecto a la "procedencia de la cantidad reclamada en concepto de daños patrimoniales", dado a que dicha cuestión debe ser

solventada por un arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda».

3. El procedimiento también cuenta con la fase probatoria, practicándose las pruebas testificales propuestas por la entidad mercantil interesada.

Además, se le otorgó el trámite de vista y audiencia a la interesada, sin que formulara alegaciones.

4. Finalmente, el 11 de mayo de 2023, se formuló la Propuesta de Resolución, habiéndose sobrepasado sobradamente el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos y, en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada por la empresa interesada, puesto que el órgano instructor considera que no se ha acreditado la existencia de relación de causalidad entre el actuar administrativo y los daños reclamados por la empresa interesada.

Al respecto, en la Propuesta de Resolución se afirma sobre la cuestión de fondo lo siguiente:

«No ha habido antijuricidad del daño puesto que el/la reclamante presentó proposición a la licitación del procedimiento de contratación a pesar de que la prestación objeto del contrato no se encontraba inmersa dentro de su objeto social, quedando acreditado, de la práctica de prueba, puesto que el mismo aporta con fecha de 06/08/2020 y registro de entrada número 23944, el contrato de servicios profesionales, suscrito con la empresa (...), cuyo servicio consistió en "redacción de proyecto para concurso para la redacción del proyecto con cargo a un derecho de tanto final en licitación de la concesión".

Por ende, a pesar de que el órgano competente desistiera en la continuación del procedimiento de licitación con fecha de 24/07/2019, el daño manifestado por la persona reclamante no trae causa del anormal funcionamiento del servicio público, sino de la negligencia del ciudadano, por lo motivos anteriormente citados, puesto que no podía concurrir a la licitación al no poseer los requisitos previstos en el Pliego para los concursantes. Por ello, tampoco concurre el requisito de imputabilidad a la Administración en relación con el funcionamiento del servicio público, puesto que y, de conformidad con el artículo 34.1 de la Ley 40/2015, "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo

con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos"

(...)

A tenor de lo expuesto y analizando el expediente que es objeto del presente informe, debe excluirse la responsabilidad patrimonial puesto que la lesión ostentaría la denominación de "no antijurídica", al posicionarse el reclamante en "una situación de riesgo". Por ello y, visto que no concurren los requisitos exigidos por el legislador para reconocer la concurrencia de responsabilidad patrimonial, procede desestimar la solicitud presentada con fecha de 06/08/2020 y registro de entrada nº 23944, puesto que el daño alegado por el reclamante, teniendo por causa el desistimiento por parte del órgano competente del procedimiento de concurso de proyectos para la concesión demanial de la pieza 04026, no fue ocasionado por el funcionamiento del servicio público, sino por una falta de gestión del reclamante, quien debía cumplir con los requisitos previstos en el Pliego para poder presentar licitación, por ende, con una correcta diligencia se habría podido evitar el hecho lesivo».

2. Con carácter general, cabe señalar, que la jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que *«para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

3. Sentado lo anterior, en el presente caso, la reclamación formulada se fundamenta en las previsiones del art. 155 TRLCSP. En relación con este precepto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de junio de 2018 ha señalado:

«El análisis de la controversia planteada debe partir de la regulación del desistimiento en los procedimientos de contratación, el cual se contiene en el art. 155 TRLCSP de 2011, aplicable por razones temporales.

El artículo 155 del TRLCSP regula la figura de la renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación por parte de la Administración, en los siguientes términos:

"1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el "Diario Oficial de la Unión Europea".

2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación".

Este precepto se introduce por primera vez en la LCSP de 2007, habiendo sido reclamado por la doctrina y por el Consejo de Estado, siempre que se indemnizara al contratista por los daños que se le pudieran causar. En el TRLCSP la perfección de los contratos del sector público solo tiene lugar mediante su formalización según su artículo 27, por lo que previamente a este momento no se puede hablar de contrato ni de obligaciones contractuales de las partes, y conforme a la doctrina general del Derecho de las obligaciones y contratos, hasta que las partes prestan su consentimiento en el acto de la formalización, cualquiera de ellas puede desligarse de su intención de celebrar el contrato sin incurrir por ello en responsabilidad, si bien lo anterior se modula por la doctrina jurisprudencial mediante la denominada culpa in contrayendo, que de todos modos no supone la obligación de contratar para quien incurre en ella, sin tan solo la de indemnizar los daños ocasionados a la contraparte por la negociación infructuosa, cuando resulte que no hubo negociación seria.

El artículo 155 transcrito recoge dos supuestos, ambos a instancia de la Administración contratante, con un presupuesto temporal, que se acuerden antes de la adjudicación del contrato, y por tanto también antes de su perfección por medio de la formalización, y un presupuesto formal, que uno y otro se justifiquen debidamente en el expediente que corresponda, siendo la consecuencia para el licitador (que no contratista) que se le

indemnicen los gastos en los que hubiera incurrido por concurrir a la licitación, a diferencia de los supuestos más onerosos para la Administración en los que esta desiste de un contrato ya celebrado y en curso de ejecución, en los que se indemnizan perjuicios que van más allá de los gastos incurridos hasta el momento».

A estas consideraciones se añade en la Sentencia de 10 de marzo de 2020 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo lo siguiente:

«El desistimiento no es una prerrogativa de la Administración, pues el artículo 210 del Real Decreto Legislativo 3/2011 solo recoge las de interpretación, modificación y resolución de los contratos. Se trata de una potestad reglada, y debe estar basada en razones objetivas. Se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes.

Desde esta perspectiva, es admisible que las administraciones, en aquellos casos en que hayan iniciado un nuevo procedimiento de contratación y luego adviertan que en su preparación concurre un vicio insubsanable en su preparación, incluso aunque lo sea desde el primer momento deban proceder al desistimiento con la asunción de las obligaciones legales impuestas -indemnización-».

Tal como se observa, el desistimiento del procedimiento antes de la adjudicación genera la obligación legal de compensar a los candidatos o licitadores por los gastos que hubieran incurrido a causa de su participación en tal tipo de procedimiento administrativo, obligación esta cuya aplicación no está sometida, según establece de forma manifiesta el art. 155 TRLCSP, a condición alguna. Es decir, es indiferente si la proposición de la interesada adolecía de deficiencias subsanables o no, cuestión esta última que no sólo es más que discutible, sino que ni siquiera es objeto del presente procedimiento por las razones expuestas.

El referido precepto legal exige que, en caso de que los pliegos no se pronuncien sobre la forma de compensar los gastos en que se haya incurrido para licitar, se deban aplicar los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración. A tales principios, se debe añadir, evidentemente, el requisito legal que constituye la base fundamental de este tipo de responsabilidad patrimonial específica, es decir, que se haya producido un desistimiento del procedimiento por parte de la Administración antes de su adjudicación, y que tal desistimiento haya causado de forma directa y exclusiva gastos que la Administración debe compensar, sin que el texto legal prevea eximente alguna de tal obligación.

4. Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante, como se hace en el Dictamen 204/2023, de 11 de mayo, que:

«2. Según el art. 139.1 LRJAP-PAC, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP, precepto éste que reitera la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Por esta razón el citado art. 6.1 RPAPRP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público; y proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y su evaluación económica. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, (arts.78.1 y 80.2 LRJAP-PAC) y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo.

3. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts.3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts.6.1, 12.2 y 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP).

Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a éstas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir, debiendo incluir el órgano instructor en su propuesta de resolución el razonamiento en virtud del cual establece la presunción (art. 386 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC).

Pero sin prueba del acaecimiento del hecho lesivo, la Administración no lo puede considerar probado con base en la mera afirmación de la reclamante porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC).

La Administración, cuya actividad está siempre dirigida a la consecución del interés público y por ello regida por el principio de legalidad, no puede disponer el objeto de un procedimiento de reclamación de su responsabilidad patrimonial (art. 281.3 LEC en relación

con el art. 80.1 LRJAP-PAC) y admitir sin prueba la existencia del hecho lesivo; puesto que la indemnización sólo procede en caso de que la lesión haya sido producida por el funcionamiento del servicio público (art. 139.1 LRJAP-PAC), por cuyo motivo la resolución (y por ende su propuesta y el Dictamen sobre ella) debe pronunciarse necesariamente sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida (art. 13.2 RPAPRP y concordante art. 12 del mismo). Como no existe relación de causalidad sin que exista la causa que es el hecho lesivo, la propuesta de resolución debe pronunciarse sobre la existencia de éste, fundamentándola en las pruebas aportadas; y si éstas no son directas, razonando por qué a partir de las indirectas debe presumirse su realidad. Esta motivación sobre la prueba del acaecimiento del hecho lesivo es ineludible tanto en virtud de la remisión del art. 80.1 LRJAP-PAC al art. 386 LEC, como por el art. 54.1, f) LRJAP-PAC en relación con el art. 13 RPAPRP.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración es uno de aquellos cuya naturaleza exige la prueba de la causa de la lesión, como resulta de que el art. 6.1 RPAPRP obligue a que el escrito de reclamación debe proponer los medios de prueba y aportar los documentos e informes oportunos; del art. 7 RPAPRP que prescribe taxativamente que se realicen los actos de instrucción oportunos para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la reclamación, entre los que se hallan, según los arts.12 y 13 RPAPRP, la causa de la lesión o hecho lesivo; del art. 9 RPAPRP que contempla un período probatorio; y, por último, del art. 14 RPAPRP que permite recurrir al procedimiento abreviado únicamente cuando de las actuaciones, documentos e informaciones del procedimiento general resulte inequívoca, además de otros datos, la relación de causalidad.

El art. 80.2 LRJAP-PAC sólo permite que la Administración pueda tener por ciertos los hechos alegados por los interesados cuando su realidad le conste por actuaciones y documentos anteriores, por ser notorios o porque el interesado, al iniciar el procedimiento, ha aportado pruebas documentales o de otro tipo que los demuestren incontestablemente, deviniendo innecesaria la práctica de prueba.

Por último, si se admitiera que la Administración puede admitir sin prueba la realidad de la causa de la lesión o, lo que es lo mismo, sin razonar por qué establece la presunción de su certeza, entonces se lesionaría la prohibición de interdicción de la arbitrariedad, porque sus agentes, según su libre albedrío y sin parámetro legal alguno, en unos casos admitirían su existencia y en otros la negarían; y, además, todo el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, basado en el requisito de que la lesión sea causada por el funcionamiento de un servicio público, se derrumbaría, porque bastaría que cualquiera alegara sin más que la actividad de la Administración le ha causado un daño y probara su cuantía para que automáticamente obtuviera su reparación», doctrina que resulta ser plenamente aplicable al presente caso.

Pues bien, en aplicación del art. 155.2 TRLCSP, la compensación económica no se produce de manera automática, sino que al remitirse el artículo a los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración será preciso que la parte actora alegue y pruebe los gastos en que hubiera incurrido, y ello, por cuanto toda reclamación que se haga a la Administración necesita de la alegación de hechos y la prueba de los mismos, sin que pueda admitirse la existencia de un régimen automático de responsabilidad patrimonial al no estar así previsto en la norma de procedimiento administrativo.

Así, en el presente caso, ha quedado debidamente acreditada por la prueba documental y testifical practicadas en el expediente, la existencia de la plena relación de causalidad entre el actuar administrativo (concretado en el desistimiento a que se viene haciendo referencia) y los gastos padecidos por la entidad interesada, y que se concretan en los correspondientes a la realización del proyecto que tuvo que acompañar de forma necesaria a su proposición en cumplimiento de la Base Cuarta del Pliego que rigió el concurso.

Asimismo, ha quedado acreditado que la redacción del referido proyecto fue encargado a la entidad (...), para lo cual suscribieron el oportuno contrato, tal como consta en el expediente, ascendiendo el importe de tal gasto a la cantidad de 30.000 euros, tal como igualmente ha quedado probado en el expediente con las facturas y documentos aportados. Siendo en esta cantidad en la que la entidad reclamante debe ser indemnizada.

En todo caso, esta cuantía deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, de conformidad con lo establecido en el art. 34.3 LRJSP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la interesada, no se considera conforme a Derecho por los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.