

Expediente: 8/2014

Objeto: Responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra por daños y perjuicios.

Dictamen: 15/2014, de 11 de junio

DICTAMEN

En Pamplona, a 11 de junio de 2014,

el Consejo de Navarra, integrado por don Eugenio Simón Acosta, Presidente, doña María Asunción Erice Echegaray, Consejera-Secretaria, y los Consejeros doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Iruretagoyena Aldaz y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Alfonso Zuazu Moneo,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª Consulta

El día 5 de marzo de 2014 tuvo entrada en el Consejo de Navarra escrito de la Presidenta del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1, en relación con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, modificada por la Ley Foral 25/2003, de 10 de diciembre (en adelante, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo de este Consejo sobre el expediente administrativo relativo a la petición de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra por daños y perjuicios derivados de la exclusión de la mercantil..., del concurso de gestión del centro..., en Pamplona.

Se acompaña a la consulta el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la reclamación de responsabilidad patrimonial, incluyéndose la propuesta de resolución formulada por la instructora del

procedimiento y la Orden Foral 99/2014, de 25 de febrero, del Consejero de Políticas Sociales, en la que se ordena solicitar dictamen preceptivo de este Consejo, con remisión del expediente y suspensión del plazo para resolver la reclamación.

Habiendo advertido que la documentación recibida en el Consejo de Navarra no era completa, el Presidente del Consejo de Navarra solicitó, mediante escrito de 18 de marzo de 2014, dirigido a la Presidenta del Gobierno de Navarra, la aportación de documentación complementaria, que efectivamente fue remitida, teniendo entrada en el Registro del Consejo de Navarra el 8 de abril de 2014.

I.2ª. Antecedentes

1. Por Acuerdo del Gobierno de Navarra de 28 de abril de 2008, se autoriza a la Directora Gerente de la Agencia Navarra para la Dependencia a la celebración de un contrato con objeto de llevar a cabo la gestión de un servicio especializado de atención a personas con discapacidad psíquica moderada en el Centro..., autorizando simultáneamente la adquisición de compromisos de gasto para los ejercicios de 2008 y 2009. Posteriormente, mediante Resolución 1331/2008, de 5 de mayo, por la citada Directora Gerente se aprueba el expediente administrativo “relativo a la celebración de un contrato de asistencia para la gestión del servicio de atención a personas con discapacidad psíquica moderada, severa y profunda, en el Centro...”, aprobando también los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, autorizando el gasto máximo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato.

En el mencionado expediente de contratación consta un informe emitido por la Sección de Contratos sobre el presupuesto necesario para la gestión del servicio de atención especializada a personas con discapacidad psíquica moderada, así como sobre la determinación de los módulos máximos a ofertar en el procedimiento de adjudicación y los créditos presupuestarios necesarios para su ejecución. El citado informe toma como fuentes de referencia no solo los pliegos que han de regir la adjudicación del contrato, sino también la experiencia previa resultante de la gestión del

Centro... desde 1998, cuyos datos económicos se toman de las “cuentas anuales presentadas por... en los últimos años”, así como de las memorias de otros centros que atienden a personas con discapacidad mediante contrato con la Agencia Navarra para la Dependencia.

Del citado informe resulta, entre otra información menos relevante a los efectos de la emisión de nuestro dictamen, que los gastos de personal constituyen el 78,41% del presupuesto del contrato, sin que el resto de las partidas, consideradas aisladamente, superen ninguna de ellas el 4,6% del presupuesto, considerando que los costes fijos, aquellos que no varían de manera significativa en función de las plazas ocupadas, suponen un 90,62% del presupuesto total. En relación al beneficio estimado para la entidad adjudicataria por la prestación del servicio, se cifra en el 3,1% sobre los gastos de explotación, teniendo en cuenta para esa determinación no solo la estructura de costes que analiza el informe, sino también el beneficio resultante en los contratos adjudicados para la gestión de centros residenciales análogos (...), y suponiendo el beneficio estimado “un incremento a los porcentajes imputados en anteriores procedimientos abiertos de adjudicación para dar así a la entidad recursos suficientes para hacer frente a imprevistos”.

Para la realización de sus cálculos económicos el informe contempla que el contrato tiene una duración de cuatro años y, por ello, estima los posibles incrementos de costes que pueden darse hasta el año 2012. Finalmente, el informe cuantifica el presupuesto necesario, tanto el total para un periodo de cuatro años como los presupuestos anuales medios, así como los módulos máximos para ofertar, tanto con referencia al usuario de la residencia como del centro de día, sosteniendo la consideración como “oferta anormalmente baja una rebaja superior al 6% por ciento del presupuesto de licitación”, por la notable incidencia de los gastos de personal en el citado presupuesto y no considerar posible obtener ahorros en dicha partida más allá de los derivados de una mejora en el absentismo laboral, que cuantifica como máximo en un 1,6% del presupuesto teniendo en cuenta la obligatoria subrogación del adjudicatario en la plantilla del personal existente en el centro residencial.

Del Pliego de Cláusulas Administrativas que ha de regir el contrato destaca, en lo que interesa a nuestros efectos, que se califica al contrato como “contrato de asistencia”, cuya duración será de “desde el 1 de junio de 2008 o, en su caso, el día siguiente a la formalización del mismo, hasta el 31 de diciembre de 2009”, pudiendo prorrogarse “por acuerdo expreso de las partes, por anualidades vencidas, siendo su duración máxima, incluidas las posibles prórrogas, de 4 años”, si bien cuando el contrato no se prorrogue o se resuelva antes de su término, “los efectos del mismo se mantendrán hasta que, tras la tramitación del oportuno expediente de contratación, una nueva empresa adjudicataria inicie la ejecución de las prestaciones objeto del contrato en los términos establecidos en el mismo”. Se exige a los licitadores que adjunta a su proposición económica se presente una cuenta de explotación provisional de gastos congruente con la oferta económica presentada, previniendo el pliego que “podrá considerarse como oferta anormalmente baja la que suponga una baja en más de 6 unidades porcentuales” del precio máximo, cifrándose el valor estimado del contrato en 22.037.292,15 euros, IVA excluido, con un precio máximo para cada módulo de 43.593,70 euros anuales por plaza en la residencia y de 22.367,74 euros anuales por plaza en el centro de día. El mencionado pliego establece que “el adjudicatario se subrogará en los derechos y obligaciones laborales correspondientes a la plantilla de personal del anterior titular y se constituye en empresario exclusivo respecto de los trabajadores de dicha plantilla”.

2. Una vez publicada en el Portal de Contratación de Navarra el correspondiente anuncio de la licitación, y concluido el plazo hábil para la presentación de licitadores y formulación de sus ofertas, la Mesa de Contratación en reunión celebrada el 29 de mayo de 2008 admite a la licitación a las empresas...;...; y ..., procediendo en la siguiente sesión llevada a cabo el 23 de junio de 2008 a la puntuación de las proposiciones técnicas formuladas por las empresas licitadoras, con el resultado de que la proposición de “...” obtuvo la mayor puntuación (46,7 puntos), seguida de la formulada por “...” (44,4 puntos) y “...” (33,05 puntos). El siguiente día 24 de junio de 2008 la Mesa de Contratación procede a la apertura y valoración de las proposiciones económicas de los licitadores, siendo la menor de ellas la

formulada por..., seguida de las formuladas por... y..., otorgando la Mesa las puntuaciones de 20 puntos, 15 y 5,01, respectivamente a las distintas proposiciones. No obstante ello, “a la vista de las proposiciones económicas presentadas por los licitadores la Mesa de contratación acuerda solicitar a la entidad... la presentación de alegaciones” sobre la viabilidad de la correcta prestación del servicio atendiendo a dicha oferta, que efectivamente fueron formuladas por la mencionada empresa mediante escrito de 30 de junio de 2008 en el que, en síntesis, defendió la improcedencia del trámite al ser su oferta “inferior al presupuesto máximo y superior a la oferta anormalmente baja fijada por la Administración”, manteniendo que su proposición “es coherente con el principio económico de equilibrio entre ingresos y gastos” procediendo a analizar para ello los gastos que ocasiona la prestación del servicio. Tras la recepción de esas alegaciones, la Mesa de Contratación confirió traslado de las mismas al resto de licitadores otorgándoles la misma posibilidad, que sólo fue utilizada por la empresa..., quien defendió en su escrito de 18 de julio de 2008 que la proposición económica de... en relación al módulo por estancia en el centro de día es “manifiestamente insuficiente” con la sola consideración de los costes del personal que resulta necesario para atender el servicio.

La Mesa de Contratación, en sesión de 23 de julio de 2008, a la vista de las alegaciones formuladas, y con el voto discrepante de uno de sus miembros, acordó “inadmitir la propuesta económica presentada por la empresa... por ser anormalmente baja, no pudiéndose garantizar con ella la correcta ejecución del contrato en su conjunto”, proponiendo la adjudicación del contrato de asistencia a la empresa “... por haber presentado la oferta admisible más ventajosa en su conjunto”, suscribiéndose el oportuno contrato el 23 de octubre de 2008 entre la Agencia Navarra para la Dependencia y la empresa...

El mencionado contrato fue objeto posteriormente de las siguientes modificaciones, según resulta de la documentación complementaria al expediente inicialmente remitido a este Consejo de Navarra: por Resolución de 2 de febrero de 2010 se prorrogó el contrato durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2010; por

Resoluciones de 7 de septiembre de 2010 y 7 de enero de 2011 se dispuso el abono a la adjudicataria de los costes derivados de la aplicación del 2º Convenio Colectivo de Centros de Atención a Personas con Discapacidad de Gestión Privada Concertados con el Gobierno de Navarra en el centro... de Pamplona, en relación a los ejercicios de 2009 y 2010, incrementándose los correspondientes módulos para el ejercicio de 2011; por Resolución de 8 de febrero de 2011, se prorroga el contrato durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011; y por Resolución de 31 de enero de 2012 se prorroga el contrato durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 22 de octubre de 2012.

3. Contra dicho acuerdo, y según se desprende de la información que se contiene en el expediente administrativo, aun a pesar de que no se ha integrado en el mismo la documentación correspondiente a ese procedimiento, la empresa... interpuso ante la Junta de Contratación Pública la correspondiente reclamación en materia de contratación que, tras la tramitación del oportuno procedimiento por dicho órgano, fue desestimada por acuerdo de 2 de octubre de 2008.

4. Frente al acuerdo de la Junta de Contratación Pública interpuso la empresa... recurso contencioso-administrativo que, sustanciado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Pamplona, concluyó por sentencia de 29 de julio de 2011 en la que, con estimación del recurso en parte, se anularon y dejaron sin efecto tanto el acuerdo recurrido como la precedente Resolución de 19 de agosto de 2008 de la Directora Gerente de la Agencia Navarra para la Dependencia “con los efectos legales que de ello se derive”, manteniéndose en la sentencia que la oferta de... “en ningún caso podría considerarse anormalmente baja, ni en aplicación del artículo 91 de la Ley Foral 6/2006, ni en aplicación del pliego de cláusulas administrativas”, encontrándose por ello “con la aplicación de un procedimiento inadecuado, con una finalidad distinta a la aquí buscada, y en claro perjuicio de una de las partes licitadoras, por cierto, la que hasta esa decisión había obtenido la mayor puntuación en los diferentes apartados”, descartando además la aplicación al caso del artículo 45.2 de la ley foral citada, que había sido invocado por la Junta de Contratación en el

procedimiento de reclamación instruido frente al acuerdo de adjudicación, por cuanto dicho precepto no permite “inadmitir propuestas de las partes licitadoras, que además en este caso eran las de la licitadora más valorada, por la simple argumentación de considerar la oferta técnicamente inadecuada o manifestando que no garantiza adecuadamente la correcta ejecución del contrato”.

Concluye, en fin, la sentencia que “no puede invocarse una discrecionalidad de carácter técnico, y menos aún cuando no viene refrendada por ningún informe técnico mínimamente riguroso, para dotar a dicha decisión administrativa de un blindaje frente a cualquier ataque jurisdiccional. En la valoración de unas proposiciones económicas, tal y como estaban planteadas en el pliego de cláusulas administrativas, no cabe una excesiva discrecionalidad, y menos aún cuando, siguiendo los parámetros establecidos en el pliego, la oferta no puede ser considerada anormalmente baja”.

Frente a la mencionada sentencia se interpuso por la empresa adjudicataria,..., recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que, en su sentencia de 7 de noviembre de 2012, desestimó el recurso confirmando la sentencia recurrida y en los mismos términos mantenidos por ésta.

I.3ª. La reclamación de responsabilidad patrimonial

Mediante escrito de 30 de septiembre de 2013, don..., actuando en nombre y representación de..., formula reclamación de responsabilidad patrimonial “por daños y perjuicios sufridos a consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios públicos de la Administración, por exclusión del concurso de la gestión del centro...”, solicitando una indemnización de 1.549.815,99 euros, en la que cifra el lucro cesante y que identifica con el 6% de beneficio industrial aplicable al precio global del contrato, que debe incrementarse con los gastos de defensa y los intereses de demora que, en su caso, pudieran corresponder legalmente.

En dicha reclamación, tras establecer los antecedentes concurrentes que, en términos generales, coinciden con los anteriormente reseñados, expone el régimen jurídico que disciplina la responsabilidad patrimonial de la Administración por lo que, entiende, su anormal funcionamiento, concluyendo en la concurrencia de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, identificando la lesión producida a la reclamante con la “privación del contrato de gestión del Centro... al ser ilegalmente excluida su oferta de la licitación, a pesar de que era la más ventajosa”. Imputa la lesión producida “al anormal funcionamiento de la Administración”, tratándose de un daño antijurídico que “... no estaba obligada a soportar” y que es “efectivo, evaluable económicamente e individualizado”, concluyendo de ese conjunto de circunstancias en que “resulta incuestionable el derecho de... a ser indemnizada por la lesión producida por el anormal funcionamiento de la Administración”.

En cuanto a la determinación de la indemnización se mantiene en el escrito de reclamación que la duración del contrato que debe tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización debe comprender su “duración inicial de cuatro años”, más la prórroga forzosa que extendió su duración hasta el 31 de octubre de 2013, comprendiendo aquella el lucro cesante sin perjuicio de otros daños que sean evaluables económicamente. En este punto de la determinación del lucro cesante defiende la reclamación que en cuanto “no es posible hacer una simulación con datos reales y contrastados del beneficio que hubiera obtenido... si hubiera gestionado el contrato” deberá acudir a un criterio objetivo, que lo encuentra en el beneficio industrial que contempla la legislación para los supuestos de resolución de los contratos por causas no imputables al contratista y, más en concreto, en el “6 por ciento de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener” al que se refiere el artículo 181.5 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en lo sucesivo, LFCP), que entiende aplicable analógicamente a los supuestos de indemnizaciones por responsabilidad patrimonial según la jurisprudencia y doctrina administrativa previa que invoca (con cita expresa de nuestro Dictamen 12/2010, de 29 de marzo). En definitiva, solicita la reclamante que se le reconozca el derecho a “percibir en concepto de lucro cesante y como

beneficio industrial el 6 por ciento del valor del contrato”, al que habría que añadir los gastos soportados por la reclamante en la defensa jurídica de sus derechos frente a la Administración, tanto en fase administrativa como en la judicial, así como el rendimiento financiero mínimo que ese beneficio industrial habría proporcionado a la empresa, si bien no cuantifica la reclamación, ni justifica, el importe económico que reclama por esos conceptos.

Se acompañan al escrito de reclamación, además de la documentación acreditativa de la representación, copias de las sentencias de 7 de noviembre de 2012, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y de 29 de julio de 2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Pamplona.

I.4ª. Iniciación e instrucción del procedimiento.

Por Resolución de 6 de noviembre de 2013, de 6 de noviembre, de la Directora Gerente de la Agencia Navarra para la Autonomía de las Personas, se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, designando instructora del procedimiento e informando al interesado que el plazo máximo legalmente establecido para la resolución del procedimiento y su notificación es de seis meses, transcurrido el cual sin recaer resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización. La resolución se notifica al interesado, a la instructora y a la Correduría..., a los efectos oportunos.

La instructora del expediente, mediante escrito de 8 de enero de 2014, solicitó de la Sección de Concertación para la Dependencia la emisión de un informe sobre el beneficio de explotación a obtener con la ejecución “del contrato principal, desde la fecha de inicio de ejecución el 23 de octubre de 2008 a la fecha de finalización de dicho contrato principal el 31 de diciembre de 2009”.

El informe requerido se emite por la citada sección el 14 de enero de 2014 concluyendo que “el importe estimado del lucro cesante de la empresa..., según los datos que se desprenden de su oferta económica, por

la no adjudicación del contrato de gestión del centro... en el año 2008, para el periodo comprendido entre el 23/10/2008 y el 31/12/2009, asciende a 88.089,65 €, correspondiente al 1,5% de su oferta económica”, añadiéndose que “en cualquier caso, tomando como promedio el % beneficio de las ofertas presentadas por... Y..., el lucro cesante para el periodo comprendido entre el 23/10/2008 y el 31/12/2009 es del 2% de la oferta económica”. Para alcanzar esa conclusión, el informe parte de la oferta económica presentada por..., así como de los cálculos efectuados en el expediente de contratación para la determinación de los módulos máximos a ofertar a los licitadores en el procedimiento de adjudicación, y junto a ellos los ingresos que hubiera obtenido la empresa conforme a la oferta económica realizada y los gastos soportados de acuerdo a la “cuenta de explotación” presentada por... con ocasión de la formulación de su oferta, según se les requería a todos los licitadores en los pliegos que rigieron el procedimiento de selección del adjudicatario, y que el informante encuentra plenamente fundada partiendo de que... fue la entidad adjudicataria del contrato anterior para la gestión del centro y que “en el momento de presentar la oferta económica estaba prestando el servicio en el centro...” por lo que le “parece lógico pensar que dicha entidad es la que podía tener un mayor conocimiento sobre los gastos reales del centro, y por lo tanto el beneficio que con su oferta económica podía llegar a obtener”.

El informe calcula también a modo ilustrativo, por el mismo procedimiento de ponderar la oferta económica formulada y la “cuenta de explotación” presentada, el beneficio previsto por la entidad que resultó adjudicataria..., resultando en este caso un beneficio del 2,57%. Por último, realiza una comparación entre las ofertas formuladas por los tres licitadores, poniéndolas en relación con los gastos estimados por la Administración en el expediente de contratación para la determinación de los módulos y presupuestos máximos de la licitación, teniendo en cuenta que en esas estimaciones previas el beneficio contemplado por la Administración era de un 3,01%, resultando que todas las ofertas presentadas se situaron por debajo del mismo como consecuencia de las “bajas” ofertadas.

I.5ª. Trámite de audiencia, formulación de alegaciones, propuesta de resolución y alegaciones ante el Consejo de Navarra.

El 20 de enero de 2014 la instructora del procedimiento da por concluida la fase de instrucción, concediendo a los interesados un plazo para la formulación de alegaciones y presentación de documentos y justificaciones que estimasen oportunos, poniéndoles de manifiesto el expediente y facilitándoles una relación de los documentos obrantes en el procedimiento.

Por escrito de 12 de febrero de 2014 la entidad reclamante... formula escrito de alegaciones, en el que se reafirma “en todo cuanto expusimos en nuestro escrito de formalización de la reclamación patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración”, a la vez que rechaza el informe de la Sección de Concertación por considerar que realiza “meros cálculos teóricos de los beneficios que habría podido obtener... entre 2008 y 2009”, manteniendo que “los beneficios reales son los únicos que cuentan a la hora de fijar la indemnización siempre que fueran conocidos” puesto que “una adecuada gestión puede producir beneficios muy superiores a los que figuraban en la oferta”, sin que el hecho de que... viniera gestionando el centro con anterioridad a la nueva licitación sea una circunstancia relevante toda vez que el nuevo contrato suponía un “importe superior en casi un 20% al anterior contrato finalizado”. Reitera que “la actuación ilegal de la Administración privó a mi representada de la gestión del servicio” siendo esa circunstancia “la que impide que ahora se pueda tener un parámetro objetivo para la determinación del beneficio basado en datos reales y no en ingeniosos cálculos teóricos” y, por ello, defiende la aplicación del 6% para la determinación del beneficio, aplicando analógicamente lo establecido en la legislación de contratos. Solicita, finalmente, la reclamante que se complete el expediente con “toda la información referente a la ejecución real del contrato desde su inicio el 23 de octubre de 2008 hasta la actualidad” a fin de tener conocimiento “del precio exacto del contrato a lo largo de todo el periodo de ejecución del mismo”.

El 24 de febrero de 2014 la instructora del procedimiento formula propuesta de resolución, que es acogida íntegramente por la Directora Gerente de la Agencia Navarra para la Autonomía de las Personas, en la que se estime parcialmente la reclamación de responsabilidad, valorando en 88.069,65 euros la indemnización que corresponde abonar al reclamante, incrementada con los intereses legales desde los dos meses posteriores a la finalización del contrato principal hasta la actualidad.

Tras recoger las actuaciones practicadas en la sustanciación del procedimiento, admite la propuesta que la reclamación se ha formulado por persona legitimada y dentro del plazo del año que admite el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), habiéndose observado en la tramitación las normas procedimentales contempladas en la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y advirtiendo de la necesidad de solicitar dictamen de este Consejo de Navarra con anterioridad a la resolución definitiva del expediente por el órgano competente, que concreta en la Directora Gerente de la Agencia Navarra para la Autonomía de las Personas.

Tras todo ello, la propuesta recoge los requisitos que deben concurrir para la apreciación de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, tras dar cuenta de los pronunciamientos judiciales que anularon los acuerdos de inadmisión de la oferta formulada por... y de adjudicación del contrato a..., concluye estimando “que existe una relación directa entre el daño o lesión patrimonial y el funcionamiento de la Administración”.

Una vez admitida en la propuesta de resolución la concurrencia de responsabilidad patrimonial, rechaza la pretensión de la reclamante de obtener una indemnización por lucro cesante equivalente a un 6% de beneficio industrial sobre el precio global del contrato acogiendo, por el contrario, los informes técnicos emitidos en el procedimiento que identificaron ese lucro cesante con el beneficio previsto en la proposición económica formulada por... consistente en el 1,5 % de la oferta económica.

Por otra parte, la propuesta de resolución rechaza también la pretensión de la reclamante respecto a que la duración del contrato que debe tenerse en cuenta en la determinación del lucro cesante se extienda desde el mes de octubre de 2008 al mes de octubre de 2013, por ser en esta fecha cuando concluyó el contrato ilegalmente adjudicado. Frente a ello opone la propuesta que debe considerarse exclusivamente la duración del “contrato principal” objeto de adjudicación, esto es de octubre de 2008 a diciembre de 2009, sin que deban computarse las prórrogas al ser éstas “una expectativa pero no un derecho del contratista” por lo que propone “rechazar la reclamación de abono de las posibles prórrogas”.

Finalmente, descarta también la propuesta el abono de los gastos soportados por... en la defensa jurídica de sus derechos frente a la Administración, tanto en vía administrativa como en la judicial, acogiendo la doctrina que los descarta por obedecer los primeros a una intervención facultativa y no necesaria en el procedimiento administrativo y, en cuanto a los gastos procesales, por cuanto tienen una vía de resarcimiento en el propio proceso a través del pronunciamiento judicial expreso sobre la imposición de costas que, de no haberse producido, implica que cada parte litigante soporte las propias sin que sea posible su posterior reclamación a la parte que no fue condenada a soportarlas en el momento en que ello era posible. En todo caso, destaca la propuesta, “en el presente caso no se han aportado justificantes del pago de dichos gastos de defensa jurídica”.

I.6. Alegaciones ante el Consejo de Navarra

Previa solicitud formulada por la reclamante, el Presidente del Consejo de Navarra, mediante resolución de 10 de abril de 2014, le confirió trámite de audiencia por un periodo de quince días hábiles al objeto del examen del expediente remitido al Consejo y, en su caso, formulación de alegaciones y aportación de documentos. Debe señalarse al respecto que en este trámite ha podido la reclamante acceder a la información incorporada al expediente administrativo remitido a este Consejo de Navarra y cuya documentación fue completada previamente a requerimiento de éste. Entre esa documentación se encuentran las distintas resoluciones que han afectado al contrato

suscrito con la entidad adjudicataria..., significativamente en cuanto al incremento de los módulos, abono de costes derivados de la aplicación de los convenios colectivos y prorrogas a la duración del contrato, cuya aportación ya solicitara la reclamante con ocasión de las alegaciones formuladas en la instrucción del procedimiento ante la Administración Foral.

En las alegaciones formuladas ante este órgano consultivo, la reclamante se ratifica “en todos sus extremos” en el escrito iniciador del procedimiento de responsabilidad patrimonial así como en el de sus anteriores alegaciones en la fase de instrucción del mismo, dando por acreditada la antijuridicidad del daño soportado por los mismos pronunciamientos de las sentencias que vinieron a anular la actuación de la Administración Foral en la adjudicación del contrato. En lo que respecta a la determinación de la indemnización por el lucro cesante defiende que el periodo a considerar es el correspondiente a la totalidad del periodo en el que la entidad adjudicataria,..., ha gestionado el centro..., y que sitúa en el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2008 y el 31 de marzo de 2014, manteniendo que... tenía derecho y no una mera expectativa a gestionar el contrato durante al menos cuatro años, más las prórrogas forzosas que pudieran existir, lo que se demostraría, según la reclamante, por el hecho de que esas prórrogas “se han producido en todos y cada uno de los contratos que... y otras empresas han suscrito con el Departamento de Política Social desde el año 1991”, citando también su propia experiencia en la gestión del centro... que “tuvo una duración de cinco años y medio al haber finalizado, al igual que el del Centro..., el 31 de marzo de 2014”. En todo caso, mantiene, “estamos ante un contrato ya ejecutado y por lo tanto la duración de ese contrato es una realidad”.

En cuanto al procedimiento de determinación de la indemnización por el lucro cesante, la reclamante reitera en sus postreras alegaciones ante este Consejo la aplicación analógica de las determinaciones existentes en la legislación de contratos para los supuestos de resolución del contrato por causa no imputable al contratista, invocando en su apoyo determinada jurisprudencia y, en particular, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 7ª, de 22 de diciembre de 2011 que, a juicio de la

reclamante, viene a resolver un supuesto análogo al aquí contemplado. Solicita, en definitiva, que la indemnización sea equivalente al 6% del valor final del contrato, debiendo éste ser actualizado conforme a su liquidación final, comprendiendo el periodo comprendido entre la fecha de adjudicación del contrato hasta el momento en que el contratista cesó en su ejecución, “es decir, hasta el 31 de marzo de 2014”.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

El artículo 16.1.i) de la LFCN establece el dictamen preceptivo del Consejo de Navarra en relación con los expedientes administrativos tramitados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en los que la ley exija el dictamen de un órgano consultivo, que se refieran, entre otras, a “reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a veinte millones de pesetas” (120.202,42 euros).

Por su parte, el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone en su artículo 12.1 que, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, se recabe el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, remitiéndole todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución. El apartado 2 de dicho precepto reglamentario añade que “se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El dictamen se emitirá en un plazo máximo de dos meses”.

En consecuencia, de acuerdo con los preceptos citados, este Consejo emite dictamen preceptivo al versar la presente consulta sobre una

reclamación de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 120.202,42 euros.

II.2ª. Sobre la tramitación del procedimiento

La LFACFN regula en sus artículos 80 y siguientes el procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial. En el procedimiento general se contemplan sucesivamente la práctica de las pruebas que se declaren pertinentes, solicitud de otros informes necesarios, audiencia del interesado por un plazo de diez días hábiles, dictamen del Consejo de Navarra cuando sea preceptivo, propuesta de resolución y, finalmente, resolución definitiva por el órgano competente y notificación (artículo 82 LFACFN).

En orden a la determinación del órgano competente para resolver, a tenor de lo dispuesto en el artículo 116 de la LFACFN, la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponderá al Presidente o Director Gerente de los respectivos organismos autónomos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

La tramitación del presente procedimiento debe considerarse correcta, constando en el expediente administrativo la información, debidamente documentada, necesaria para conocer las circunstancias concurrentes en la reclamación de responsabilidad patrimonial que debe resolverse, habiéndose emitido los informes técnicos que deben fundamentar y justificar la resolución a adoptar por el órgano competente, respetándose en todo caso los derechos de audiencia y defensa de la reclamante, con exhibición íntegra de las actuaciones que integran el expediente y otorgamiento de plazo para la formulación de alegaciones y aportación de documentos, efectivamente realizadas por la reclamante y no solo con anterioridad a la propuesta de resolución sino también ante este órgano consultivo.

II.3ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación de actos o disposiciones administrativas

La responsabilidad patrimonial de la Administración actúa, en buena medida, como una institución de garantía de los ciudadanos que, ya

contemplada en el artículo 106.2 de la Constitución, encuentra su fundamental régimen jurídico en los artículos 139 a 144 (Capítulo I del Título X) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, parcialmente modificada, entre otras, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y en los artículos 76 y siguientes de la LFACFN, en los que se contienen las normas procedimentales aplicables en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral.

El punto de partida lo constituye así el artículo 139.1 de la LRJ-PAC, a cuyo tenor los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La jurisprudencia viene exigiendo para que resulte viable la reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar -antijuridicidad- y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006; 9 de mayo de 2005; 9 de noviembre de 2004 y 3 de octubre de 2000, entre otras muchas).

La carga de la prueba de los hechos necesarios para que exista la responsabilidad corresponde a quien reclama la indemnización; y, en cambio, corre a cargo de la Administración la prueba del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficientes para considerar roto el nexo de causalidad (como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000).

En relación a la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de actos administrativos, a la que directamente alude la reclamación que se encuentra en el origen del presente procedimiento, debe recordarse que el artículo 142.4 de la LRJ-PAC contiene una norma especial sobre estos supuestos, conforme a la cual:

“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”.

Como hemos dicho en anteriores dictámenes (por todos, 12/2010, de 29 de marzo y 23/2013, de 25 de junio), la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta previsión legal, antes contenida en el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), ha alumbrado hace años una línea jurisprudencial, que se manifiesta, entre otras, en las sentencias de la Sala 3ª (Sección 6ª) de 1 de febrero de 1996, de 27 de octubre de 1998, de 11 de marzo de 1999, de 28 de junio de 1999, de 16 de septiembre de 1999 y de 31 de enero de 2008; de la Sala 4ª de 13 de octubre de 1999; y de la Sala 6ª de 13 de enero de 2000.

Esta doctrina jurisprudencial se sigue reiterando en sentencias más recientes, como la de 16 de septiembre de 2009, de la Sala 3ª, dictada en recurso de casación número 243/99, que ya aplica la legislación vigente contenida en la LRJ-PAC. Extractando la doctrina fijada en esta última, pueden destacarse los siguientes aspectos en relación con la responsabilidad patrimonial derivada de anulación de actos o resoluciones administrativas:

- El principio de responsabilidad de la Administración que proclama el artículo 106 de la Constitución, está limitado, por expresa disposición del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, a aquellas lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

- Ello exige la necesaria concurrencia de la antijuricidad del daño, puesto que no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquélla que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa.
- Por otro lado el art. 142.4 de la LRJ-PAC dispone que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, lo que no es sino una confirmación de un principio general consagrado en nuestra legislación en virtud del cual, si bien no toda resolución judicial anulatoria comporta, per se, la obligación de indemnizar, tampoco ha de entenderse que se excluya la posibilidad de dicha reparación cuando concurren el resto de los requisitos exigibles, de conformidad con las disposiciones que regula la materia, contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.
- Como hemos señalado en sentencia de 8 de mayo de 2007, la antijuricidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia como requisito para dar lugar a la responsabilidad patrimonial; baste al efecto la referencia a la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar".
- El artículo 142.4 de la LRJ-PAC, al disponer que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso de los

actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, sólo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos, a saber, daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, nexos causal entre el actuar de la administración y el resultado dañoso, y lesión antijurídica, en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo.

- El precepto que nos ocupa no se puede interpretar con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad. Como recoge la memoria del Consejo de Estado del año 1990, "el artículo 40 que examinamos (se refiere al de la antigua LRJAE) sólo dice que "no presupone", es decir, que no se da por supuesto el derecho a la indemnización, lo que implica tanto como dejar abierta la posibilidad de que, no siendo supuesto, sea o no supuesto del que se sigan efectos indemnizatorios, si concurren los requisitos establecidos legalmente".
- Todo ello es conforme con la sentencia de fecha 20 de febrero de 1989 que, afirmando la tesis de que la responsabilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es una responsabilidad objetiva que no precisa en consecuencia de un actuar culposo o negligente del agente, expresamente rechaza la tesis de lo que se ha denominado "margen de tolerancia". Dicha tesis, que pudiere ser aplicada en casos extremos, pugna con la declaración constitucional del artículo 106 que reconoce a los ciudadanos, en los términos

establecidos en la Ley , el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; ello porque, como continúa diciendo la sentencia de referencia, en todos los procesos se discute con más o menos fundamento para la oposición y de esta forma se constituiría en excepción lo que viene establecido como norma general, de tal manera que si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización en el sentido de darlo por supuesto, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que tal anulación produjo unos perjuicios, individualizados y evaluables económicamente, que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuricidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración.

- De lo hasta aquí dicho ha de concluirse el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la anulación de resoluciones administrativas tanto en vía jurisdiccional como en vía administrativa, siempre y cuando concurren los requisitos para ello, ya que el artículo 142 de la LRJ-PAC no establece un principio de exoneración de la responsabilidad de la Administración en los supuestos de anulación de resoluciones administrativas, sino que afirma la posibilidad de que tal anulación sea presupuesto inicial u originador para que tal responsabilidad pueda nacer siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

- La concurrencia de tales requisitos ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que éstos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo. Quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido, no concurriendo en el particular el deber jurídico de soportar el daño ya que en este caso desaparecería el carácter antijurídico de la lesión.

- Los efectos de daño evaluable e individualizado y nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado producido no ofrecen mayores peculiaridades en unos y otros supuestos, funcionamiento de servicios públicos y anulación de resoluciones administrativas, ya que la realidad del daño es un hecho objetivo invariable en ambos supuestos y la determinación de concurrencia de relación de causalidad responde a un proceso de razonamiento lógico-jurídico sujeto a los mismos criterios valorativos. En consecuencia el matiz diferencial, de existir, hemos de encontrarlo a la hora de efectuar el análisis valorativo de la concurrencia del tercero de los requisitos, antijuridicidad de la lesión, o lo que es lo mismo la ausencia de deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido. Ello permite abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, a la antijuridicidad de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y

sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración.

- El deber jurídico de soportar el daño en principio parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de esta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza. Esto que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.
- En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar esta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. Cuando el actuar de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables deberá entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste se lleve a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.
- Este criterio ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a estos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en

la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones.

En resumen, la jurisprudencia exige, de un lado, un especial rigor en la ponderación de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de anulación judicial de actos; y, de otro, centra el matiz diferencial en la antijuridicidad del daño, o lo que es lo mismo, que el particular lesionado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, de suerte que cuando la Administración tiene un margen de apreciación (actos discrecionales o utilización de conceptos jurídicos indeterminados) no existe lesión antijurídica siempre que aquélla actúe dentro de unos márgenes de apreciación razonados y razonables.

II.4ª. Antijuridicidad del daño y determinación de la indemnización.

La propuesta de resolución admite la concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración al concluir que “existe una relación directa entre el daño o lesión patrimonial y el funcionamiento de la Administración”, si bien, como resulta de lo expuesto precedentemente, el elemento fundamental para apreciar la concurrencia de esa responsabilidad en los supuestos de anulación judicial de actos administrativos es la antijuridicidad del daño, esto es, que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo, quedando condicionada la exclusión de esa antijuridicidad a que la actuación administrativa se haya mantenido en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino también razonados, aunque no es tanto el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, “sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo” (STS de 11 de octubre de 2011).

En el supuesto contemplado no se advierte la concurrencia de circunstancias que lleven a concluir en la existencia en la reclamante de un deber jurídico de soportar el daño derivado directamente de los actos administrativos posteriormente anulados por los órganos jurisdiccionales, y es que la actuación de la Administración no se ha justificado desde la consideración del ejercicio de facultades discrecionales, ni tampoco de conceptos jurídicos indeterminados para cuya integración se admita un cierto margen de apreciación. Por el contrario, la nulidad de la actuación administrativa deriva de una incorrecta o desviada aplicación de los elementos reglados del procedimiento de licitación para la selección del adjudicatario del contrato de prestación de servicios en el Centro..., como se demuestra por el hecho de que las sentencias que concluyeron en la nulidad de los actos de adjudicación del contrato, encuentran su fundamento en la incorrecta inadmisión dispuesta por la Mesa de contratación de la oferta presentada por la aquí reclamante, considerando que dicha exclusión, además de venir precedida por otras deficiencias de carácter adjetivo o procedimental, vulneraba directamente lo dispuesto en el pliego de condiciones en relación a la consideración de las ofertas como incursas en supuestos de ofertas anormalmente bajas.

Por ello, atendiendo a la naturaleza reglada de la actuación administrativa en los procesos de licitación de los contratos públicos, a la existencia de una aplicación de los pliegos de condiciones que rigieron el procedimiento de licitación que se ha considerado ilegal por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la producción de un daño efectivo y evaluable económicamente al licitador que vio inadmitida su oferta por no poder ejecutar un contrato para cuya adjudicación había presentado la oferta más ventajosa y, en definitiva, existiendo una relación directa entre el actuar administrativo y el daño ilegítimamente padecido por la reclamante, puede concluirse en que en el supuesto contemplado concurre responsabilidad patrimonial de la Administración, como asimismo ha concluido al respecto la instructora del procedimiento y la propuesta de resolución que se nos ha remitido.

Las discrepancias entre la entidad reclamante y la Administración Foral que se han puesto de manifiesto en la sustanciación del procedimiento de responsabilidad se concentran fundamentalmente, como resulta de los antecedentes que se han expuesto, en la determinación del lucro cesante que resulta indemnizable, abogando la reclamante por la consideración del beneficio industrial que contempla la legislación contractual para la indemnización al contratista en los supuestos de desistimiento o resolución contractual no imputable. Más en concreto pretende la reclamante que el lucro cesante debe identificarse con el 6% del precio final del contrato en aplicación analógica de lo establecido en el artículo 181.5 de la LFCP para el supuesto de desistimiento o suspensión en los contratos de asistencia.

Por el contrario, la propuesta de resolución concreta la indemnización por el lucro cesante, con apoyo en los informes económicos emitidos en el procedimiento, en el beneficio previsto en la proposición económica formulada por... consistente en el 1,5 % de la oferta económica

En relación a la procedencia de indemnizar el lucro cesante derivado de la imposibilidad para la reclamante de ejecutar un contrato al que las resoluciones judiciales le han reconocido el derecho a resultar adjudicatario del mismo, tiene establecido el Tribunal Supremo que “no es ajeno a nuestro

ordenamiento que proceda la indemnización por lucro cesante como consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo, por ejemplo, un contrato de suministro al que se hubiera tenido derecho”, afirmándose también que el concepto de beneficio industrial ha sido y está reconocido en nuestra normativa contractual, abarcando el beneficio dejado de obtener y no el importe total del contrato o su precio, señalándose que “tal beneficio no puede ser distinto en lo que se refiere al licitador que habiendo sido reconocido como adjudicatario de un contrato no puede ejecutarlo por haber agotado aquel su eficacia en contraposición al contratista que había sido adjudicatario de un contrato sufre el desistimiento de la administración. Los efectos han de ser iguales en ambos supuestos con amparo en los preceptos citados en el fundamento anterior aplicables en función de la normativa vigente en cada momento”. Cuestión distinta es que, como afirma la jurisprudencia, si se alegan y, por ende se justifican, unos daños realmente causados hubiere, además, derecho a su cuantificación (SSTS de 1 de octubre de 2007 y 24 de enero de 2006).

Con amparo en esta doctrina, recogida en otras sentencias de las que da cuenta en sus escritos de alegaciones, pretende la reclamante sustraer del cálculo de la indemnización cualquier consideración o ponderación de las circunstancias económicas concurrentes en el presupuesto de licitación, o del beneficio considerado en la oferta económica y cuenta de explotación propuesta, o de las singulares condiciones económicas concurrentes en la prestación del servicio en centros de la naturaleza del centro..., para sustituirla, por considerar esa ponderación un ejercicio teórico sustentado en meras hipótesis, por la aplicación automática del beneficio industrial del 6%, que considera más objetivo.

A juicio de este Consejo ese planteamiento de la reclamante no puede ser aceptado teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el supuesto.

En primer lugar habrá que reparar en que la aplicación jurisprudencial del beneficio industrial contemplado en la legislación de contratos administrativos a supuestos de responsabilidad patrimonial o de inexecución

de sentencias por imposibilidad material de su ejecución no opera como un límite mínimo de las indemnizaciones sino, por el contrario, las más de las veces como límite máximo de las mismas, habiendo acudido a su aplicación nuestros tribunales en aquellos casos en que las pretensiones de los perjudicados resultaban o bien infundadas, por injustificadas, o bien excesivas, como se demuestra por la lectura de las sentencias invocadas por la reclamante o las contenidas en este dictamen.

En segundo lugar esa pretendida aplicación analógica del citado precepto, prevista para el “desistimiento o suspensión del contrato”, no resulta plausible en el presente caso en el que el daño se genera como consecuencia de la “no adjudicación del contrato” e imposibilidad de su ejecución. La reparación del daño aquí irrogado ha de satisfacer el interés contractual positivo del demandante, colocándole en la posición que hubiera tenido de haber sido el adjudicatario de aquel. Por tanto, la indemnización se ciñe al lucro cesante que no se obtuvo como consecuencia de la inejecución contractual. A este respecto cabe recordar, como reseña la STS de 24 de enero de 2006, que “si bien es cierto que las sentencias del Tribunal Supremo señalan el 6% de beneficio industrial como la indemnización procedente, no hay que olvidar que están conformes con que la indemnización lo sea por los daños acreditados y que algunas de esas sentencias expresamente refieren que señalan el 6% al no haberse acreditado los daños producidos y la resolución aquí recurrida estima como probados otros daños, además del beneficio industrial; y por otro, no conviene olvidar que en supuestos similares el Tribunal Supremo, se refiere a la reparación integral de los daños acreditados, sentencia 11 de mayo de 1999, y que la resolución recurrida, además de hacer las precisiones que ha estimado oportunas y que mas atrás se han expuesto, para conseguir, como refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1986, la determinación prudente y restrictiva al no admitirse la indemnización por la mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios, ha aplicado un porcentaje superior al 6%, aplicando al caso de autos el contenido de una cláusulas del Anexo II del contrato que permitía al contratista incrementar determinadas partidas en un 13%, y ello según los términos del informe obrante y después de no aplicar el contenido de tal cláusula a los conceptos

que no eran de aplicación al caso de autos por no haber realizado el contratista las obras”.

Por tanto, la identificación del “beneficio industrial” contemplado en la legislación contractual no puede identificarse con el lucro cesante a efectos de su indemnización por la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando, como sucede en este supuesto, se cuenta con elementos suficientes para poder cuantificarlo sin acudir a aplicaciones analógicas de instrumentos concebidos para instituciones jurídicas distintas.

En todo caso, y como obstáculo fundamental que han de encontrar las pretensiones de la reclamante en este aspecto de determinación de la indemnización, debe tenerse en cuenta que a través de la citada indemnización se resarce la ganancia que previsiblemente hubiera podido obtener y no puede darse el enriquecimiento injusto o sin causa del perjudicado. Ese indeseado efecto se produciría si se admitiera una indemnización del 6% como lucro cesante cuando la propia reclamante estimó en el 1,5% el beneficio resultante de la ejecución del contrato de prestación de servicios en el centro..., esto es, se percibiría como lucro cesante una cantidad que triplicaría los beneficios que esperaba obtener la reclamante con la oferta formulada para la adjudicación del contrato.

En orden a la determinación del lucro cesante la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999 compendia las notas que contribuyen a su delimitación, de modo que:

“a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo (así, en sentencia de 15 de octubre de 1986) que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes, excluyéndose en la cuestión examinada tales circunstancias, al valorarse como esencial la prueba pericial.

b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, puesto que la indemnización ha de limitarse al daño emergente que genera el derecho a la indemnización...

c) Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia, entre otras, de 3 de febrero de 1989) es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia de 15 de octubre de 1986, entre otras), ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios".

Resulta así que, a juicio de este Consejo, resulta más adecuada a los parámetros establecidos la estimación del lucro cesante realizada en la propuesta de resolución, y que se cifra en el 1,5% de la oferta económica de la reclamante, sustancialmente porque opera sobre la base de las propias magnitudes económicas consideradas en los estudios previos al inicio del procedimiento de contratación, realizados para el cálculo de las necesidades presupuestarias para atender los gastos inherentes a la prestación del servicio; resulta además coherente no solo con la propia proposición económica de la reclamante sino también con el promedio del beneficio estimado por las empresas licitadoras; es el beneficio que resulta además si se consideran los ingresos que hubiera obtenido la empresa conforme a la oferta económica realizada y los gastos soportados de acuerdo a la "cuenta de explotación" presentada por... y; finalmente, representa un beneficio proporcionado a una estructura de costes en el que casi el 80% lo constituyen los gastos del personal, en cuyos contratos el adjudicatario viene obligado a subrogarse y respecto de los que las desviaciones derivadas de futuros incrementos de la masa salarial se ven asumidos por la Administración contratante, como así ha sucedido con los costes derivados de la aplicación del nuevo convenio colectivo a los trabajadores del centro.

La segunda cuestión que plantea la reclamante en orden a la determinación de la indemnización a percibir viene referida al periodo de duración del contrato, esto es, si la indemnización debe limitarse al beneficio dejado de obtener durante el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, que es el contemplado en la cláusula 1.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares o, por el contrario, debe

comprender las sucesivas prórrogas que se hayan producido hasta llegar, según la reclamante, a la finalización del contrato suscrito por el adjudicatario que tuvo lugar en el mes de marzo de 2014.

Se opone a aceptar ese cómputo temporal la propuesta de resolución argumentando que las prórrogas del contrato son una expectativa pero no un derecho del contratista, y ciertamente resulta razonable esa posición si se atiende a la existencia de una doctrina jurisprudencial consolidada que tiene declarado que las expectativas o ganancias dudosas o contingentes no son indemnizables, siendo exigible una prueba rigurosa sobre la realidad de los daños, de manera que no pueden considerarse como tal las aspiraciones, deseos y previsiones cuya materialización no resulte contrastada y constituya una mera eventualidad, ni tampoco las ganancias meramente posibles, pero inseguras, dudosas o contingentes, por estar desprovistas de certidumbre y carecer de prueba rigurosa (STS de 18 de octubre de 1993, y 20 de febrero de 1989).

No obstante ello una ponderación adecuada de las circunstancias concurrentes y, significativamente, del momento en que se produce la reclamación, conducen a cuestionar la corrección del criterio adoptado por la propuesta de resolución.

Al respecto debe partirse de que si bien es cierto que en los pliegos de cláusulas administrativas se contempla que la duración del contrato será “desde el 1 de junio de 2008 o, en su caso, el día siguiente a la formalización del mismo, hasta el 31 de diciembre de 2009”, también lo es que ese mismo pliego contempla que el contrato podrá prorrogarse “por acuerdo expreso de las partes, por anualidades vencidas, siendo su duración máxima, incluidas las posibles prórrogas, de 4 años”.

Por otro lado, los mismos informes económicos que han sustentado una decisión administrativa en orden a la determinación del lucro cesante por referencia al beneficio estimado en el expediente de contratación, o en la posterior oferta económica de los licitadores, contemplaban la duración del contrato durante cuatro años, y desde esa perspectiva procedió a realizar sus estimaciones presupuestarias teniendo en cuenta que “se prevé que el

contrato dure hasta el año 2012 por lo que habrá que estimar el incremento de costes por este motivo”.

Para la virtualidad de las prórrogas contempladas en el pliego de cláusulas administrativas resultaba necesaria la confluencia de voluntades de la Administración y de la empresa adjudicataria, de tal modo que ésta necesitaba en todo caso del consentimiento de la Administración para poder permanecer en la prestación del servicio, pero no puede desconocerse tampoco que, según afirma la entidad reclamante y sin que ello se haya desmentido por los servicios de la Administración durante la tramitación del procedimiento, la prolongación de la duración de los contratos resulta una práctica habitual en aquellos que tienen por objeto la prestación de servicios sociales de distinto signo, lo que fácilmente se explica si se atiende a que, entre otras circunstancias, las empresas adjudicatarias se obligan a subrogarse en la titularidad de los contratos de trabajo de la plantilla de personal existente en el centro lo que no parece acomodarse a unas previsiones de sustitución de la empresa adjudicataria transcurrido el corto periodo de quince meses contemplado como duración inicial del contrato.

En todo caso resulta indiscutible que el contrato a cuya adjudicación aspiraba la reclamante fue objeto de sucesivas prórrogas, hasta alcanzar el periodo máximo previsto en el pliego de cláusulas administrativas y en el propio contrato, sin que se aporte justificación o argumento alguno en la propuesta de resolución, o en los informes técnicos que lo sustentan, que permitan concluir que dichas prórrogas no se hubieran producido si el adjudicatario hubiera sido la empresa aquí reclamante, todo ello sin omitir que esa empresa afirma en sus escritos de alegaciones que ha visto prorrogados su contrato para la gestión del centro..., al igual que lo fuera el del centro..., hasta agotar el plazo máximo de duración contemplada en la licitación correspondiente.

En definitiva, resultando un hecho objetivo la existencia de prórrogas en la duración del contrato para la prestación de servicios en el Centro..., y no siendo ese contrato celebrado en su día en atención a las condiciones singulares concurrentes de manera exclusiva en la entidad adjudicataria,

parece razonable pensar que las necesidades que quisieron satisfacerse con las prórrogas de su duración inicial hubieran llevado a igual prolongación si la adjudicataria hubiera sido la empresa aquí reclamante, por lo que a juicio de este Consejo el cálculo de la indemnización por el lucro cesante deberá comprender no sólo el periodo inicial contemplado en el contrato sino también el de las sucesivas prórrogas, si bien esa duración no podrá superar el máximo de cuatro anualidades en cuanto a este límite se refiere no solo el pliego de cláusulas administrativas sino también el artículo 177.1 de la LFCP.

Finalmente, en lo que respecta a la pretensión de la reclamante de percibir una indemnización por los costes derivados de su asesoramiento jurídico, tanto en vía administrativa, como en las posteriores vías judiciales, este Consejo está de acuerdo con la propuesta de resolución en cuanto a la improcedencia de esa indemnización por cuanto que, en un caso, obedecen a un asesoramiento de carácter no preceptivo o, en el supuesto de gastos procesales, corresponde a la jurisdicción en el proceso correspondiente resolver sobre aquella parte que deba soportar las costas procesales, propias o ajenas. En todo caso, no consta en el expediente administrativo justificación alguna de la realidad y cuantía de los costes de asesoramiento y asistencia jurídica que se reclaman.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don..., actuando en nombre y representación de..., debe ser estimada, procediendo la Administración Foral a determinar la indemnización procedente por el lucro cesante en los términos señalados en este dictamen.