

ADMINISTRACIÓN LOCAL. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA QUE DERIVA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

JULIO GALÁN CÁCERES

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa y
Profesor del CEF*

Palabras clave: Administración local, contrato administrativo de obras, responsabilidad patrimonial de la Administración.

ENUNCIADO

En la localidad de «XXX», de 4.000 habitantes y con un presupuesto, respecto los recursos ordinarios del presupuesto, de 500.000 euros, se ha acordado la construcción de una nueva casa consistorio puesto que la existente se encuentra en deplorable estado de conservación.

Para ello, la junta de contratación, que había sido creada por el pleno, convoca el oportuno procedimiento, con varios criterios de adjudicación, para el otorgamiento del contrato de obras, que tenía un presupuesto de 200.000 euros.

Es de hacer constar que en la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares del referido contrato, el secretario interventor de la corporación se abstuvo en la votación del acuerdo aprobatorio del referido pliego.

Se procedió a constituir la mesa de contratación para su actuación en el contrato.

El día 5 de febrero, por parte de la asociación de constructores de la localidad, asociación que se encontraba debidamente inscrita en el registro correspondiente, se procede a presentar el recurso especial a que se refiere la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP). El motivo del citado recurso residió en que una de las cláusulas del pliego había establecido que estaban incurso en causa de prohibición para contratar los que hubieren sido condenados por sentencia firme por delitos de asesinato.

Es de resaltar que en este contrato no se procedió a la aprobación del gasto.

Presentadas las diversas ofertas, se produce la adjudicación provisional en cuatro meses desde el día de la apertura de las diversas proposiciones. Uno de los licitadores, en quien no recayó la referida adjudicación, solicita que se le devuelva el importe de la fianza provisional con los correspondientes intereses de demora, debido al retraso en que había incurrido la Administración en aquella adjudicación.

Al percatarse el ayuntamiento de que habían existido vicios de invalidez en el expediente de contratación, el alcalde ordena la incoación del oportuno procedimiento para revisar de oficio la celebración del contrato.

Adjudicado el contrato, la empresa adjudicataria, en un momento dado, subcontrató el 70 por 100 de la ejecución con otra empresa que no se encontraba clasificada.

Durante la ejecución de las obras, obrando el contratista con escrupuloso respeto al proyecto realizado y aprobado por la propia Administración, el día 18 de enero uno de los muros de contención del edificio se derrumba, al haberse levantado el mismo con un defecto estructural, produciendo, por un lado el fallecimiento de una persona que en ese preciso momento paseaba por allí y, por otro lado, se causaron lesiones graves al conductor de un automóvil que también resultó afectado por el derribo del muro, siendo declarado su vehículo como siniestro total.

El conductor lesionado fue declarado curado con secuelas por los servicios sanitarios correspondientes el día 18 de agosto de igual año. El mismo no estuvo, en ningún momento, conforme con la indicada fecha de curación pues, en su opinión, todavía no se habían exteriorizado totalmente las posibles secuelas que le pudieran quedar. De hecho, el mismo fue declarado incapaz permanente total el día 8 de octubre del mismo año, y esa es la fecha que consideró como curado con secuelas.

La Administración culpa al contratista de las consecuencias perjudiciales causadas por el derribo del muro.

La viuda del fallecido, del que no estaba separada ni divorciada el día en que ocurrieron los hechos, dirige por vía telegráfica el día 18 de enero del año siguiente una reclamación por importe de 300.000 euros al ayuntamiento. En el mismo solicitó la realización de una prueba en el extranjero que, en su momento fue admitida por el instructor del procedimiento. El mismo día tuvo entrada el telegrama en el registro municipal. Al día siguiente, esto es, el día 19 de enero, el órgano competente acuerda la iniciación del procedimiento administrativo.

En igual fecha, tiene entrada en el registro un escrito del único hijo del matrimonio ya emancipado, que no se trataba con la madre desde hacía bastante tiempo, por el que solicita 200.000 euros en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Es de hacer constar que el día en que ocurrieron los hechos, el Juzgado de Instrucción de guardia procedió al levantamiento del cadáver e inició las diligencias penales oportunas a fin de averiguar lo ocurrido.

La reclamación del dueño del vehículo se realizó a través de un representante que no acreditó la representación, por lo que la Administración le otorgó el plazo de 10 días para subsanar el defecto, sin embargo, este no se subsanó hasta transcurridos 20 días.

Paralelamente, el dueño del vehículo presentó una demanda civil ante el juzgado correspondiente contra el funcionario director facultativo de las obras.

Finalmente, se dictó resolución administrativa el día 16 de julio por la que se otorgó a la viuda la cantidad de 30.000 euros. Pero como llegó el día 30 de julio y no se le notificó nada, aquella interpuso el oportuno recurso contencioso-administrativo.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Era competente la junta de contratación para la adjudicación de ese contrato?
2. ¿Podía abstenerse el secretario interventor de la corporación en la votación del acuerdo por el que se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares?
3. ¿Fue ajustado a derecho que se constituyera la mesa de contratación para este contrato?
4. Comente todo lo procedente respecto al recurso presentado por la asociación de constructores de la localidad.
5. ¿Constituye algún vicio de invalidez que no se aprobara el gasto para este contrato?
6. ¿Habrá de devolverse al licitador sobre el que no recayó la adjudicación provisional la fianza de tal carácter y los intereses por el retraso en que incurrió la Administración al efectuar la misma?
7. Ajuste a derecho y consecuencias de la revisión de oficio acordada por el alcalde respecto al contrato celebrado.
8. ¿Fue ajustada a derecho la subcontratación operada en el caso?
9. ¿Cómo ha de resolverse la discrepancia, a juicio del lesionado, entre la fecha en que los servicios sanitarios le declaran curado con secuelas y la de incapacidad permanente total, a efectos de la posible responsabilidad patrimonial de la Administración?
10. ¿Tiene razón la Administración cuando afirma que la responsable, frente a los perjuicios causados, es la empresa contratista?

11. ¿Están presentados en plazo los escritos de responsabilidad patrimonial de la viuda y del hijo? ¿Qué deberá hacer la Administración con esos escritos?
12. ¿Qué incidencia tendría la instrucción de un proceso penal respecto al procedimiento de responsabilidad patrimonial?
13. Analice la circunstancia de la representación de la reclamación por el dueño del vehículo sin acreditar la misma, otorgándole la Administración el plazo de 10 días para subsanar el defecto, y no subsanándolo hasta transcurridos 20 días.
14. Comente la demanda presentada contra el funcionario director facultativo de las obras.
15. Comente el recurso contencioso-administrativo presentado por la viuda.

SOLUCIÓN

1. No tenía competencia para ello, por dos razones. En primer lugar, porque, en virtud de la disposición adicional segunda de la LCSP, el importe del contrato supera el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto, siendo entonces competencia del pleno municipal. En segundo lugar, porque la misma disposición adicional, en su apartado cuarto, señala los supuestos en que pueden actuar las juntas de contratación en el ámbito municipal como órgano de contratación y, en concreto, respecto al contrato de obras, se refiere tan solo a obras de reparación simple, de conservación y de mantenimiento. En el caso que comentamos se trata de obra nueva, de una construcción o edificación, por lo que carecía de competencia para el contrato. Por tanto, ese contrato adolece de vicio de nulidad absoluta o radical, por haberse realizado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, a tenor de lo establecido en el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Parece que no debió abstenerse en esa votación.

Lo primero que debemos señalar es que, en virtud del artículo 99.4 de la LCSP, los pliegos de cláusulas administrativas particulares son aprobados por el órgano de contratación.

En virtud de la disposición adicional segunda de la LCSP, en su apartado cuarto, es componente obligatorio de la junta de contratación el secretario interventor. La junta de contratación es un órgano colegiado al que, en defecto de legislación autonómica aplicable al respecto (porque la STC 50/1999, de 6 de abril, dispuso que el art. 24 de la Ley 30/1992 no tiene el carácter de básico), se aplicará el artículo 24 de la Ley 30/1992, que dispone en su apartado 1 c), que no podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de la Administración pública tengan la consideración de miembros del órgano colegiado.

Ya dijimos que el secretario es miembro obligatorio de ese órgano, ahora bien, también debemos aludir al artículo 25 que señala que el secretario del órgano colegiado tendrá voz y no voto si es funcionario de manera que si el secretario de la corporación era el secretario de la junta de contratación, según el artículo citado, no podía votar. Ahora bien, es el pleno quien debe decidir quién actúa como secretario del citado órgano (por ejemplo, en el apdo. 10 del citado artículo se señala, respecto a la mesa de contratación, en caso de existir, que actuará como secretario un funcionario de la corporación).

3. No fue ajustado a derecho. La disposición adicional segunda, apartado cuarto, de la LCSP, señala que en los casos de actuación de la junta de contratación se prescindirá de la intervención de la mesa de contratación. Realmente sería absurda su asistencia, puesto que el cometido sería el mismo.

4. a) En cuanto a la legitimación para interponer el recurso, no cabe duda de que la tiene puesto que es titular de un interés legítimo susceptible de protección ya que, su objeto, es la defensa de sus intereses y no cabe duda de que son hipotéticos o presumibles intervinientes en el proceso selectivo, como licitadores. Por tanto, al amparo del artículo 31 c) de la Ley 30/1992, se les ha de considerar como interesados.

b) Respecto a la procedencia del recurso, debemos señalar que no lo es, ya que el artículo 37 de la LCSP, que se refiere a este tipo de recursos, solo lo admite para contratos sujetos a regulación armonizada que en el contrato de obras se fija, según el artículo 14, cuando el precio del contrato es igual o superior a 5.278.000 euros.

c) Respecto a si el recurso está interpuesto en plazo o es extemporáneo, debemos señalar que era extemporáneo ya que el plazo para interponer el mismo es de 10 días hábiles desde la publicación de los pliegos (art. 37.6). En el caso que comentamos, se publicó el día 5 de febrero y el recurso se interpuso el día 25 del mismo mes.

d) Respecto al argumento utilizado en el recurso, sí tenía razón. Las causas de prohibición para ser contratista se contemplan en el artículo 49 de la LCSP, y, en concreto, en el apartado a) se señala como causa haber sido condenado por sentencia firme por una serie de delitos, entre los cuales no se encuentra el de asesinato. Esta materia está reservada a la ley y no pueden existir más causas de prohibición para ser contratista que las expuestas en la norma con dicho carácter. Por tanto, no podía el órgano de contratación introducir en el pliego de cláusulas administrativas particulares nuevas causas de prohibición para ser contratista.

5. La aprobación del gasto es un trámite obligatorio, previo al contrato, previsto en el artículo 93 y siguientes de la LCSP. Sin embargo, en los municipios de menos de 5.000 habitantes (el municipio al que se refiere el caso tiene 4.000), la disposición adicional segunda, regla sexta, permite que la aprobación del gasto sea sustituida por una certificación de existencia de crédito por el secretario interventor de la corporación.

6. Señala el artículo 145.2 de la LCSP que cuando para la adjudicación de un contrato se deba tener en cuenta una pluralidad de criterios –que es el supuesto que nos ocupa– el plazo máximo para

efectuar la ejecución provisional será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiere establecido otro plazo en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por tanto, efectivamente, en el caso que comentamos la adjudicación provisional se realizó incumpliendo lo previsto en el citado precepto, porque el relato de hechos nos indica que la adjudicación se realizó a los cuatro meses desde la apertura de las proposiciones.

Ahora bien, en primer lugar, el artículo 63.3 de la Ley 30/1992 ya señala que las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicarán la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o del plazo, por tanto, en principio se trata de irregularidades no invalidantes. Pero es que, en segundo lugar, el citado artículo 145, en su apartado cuarto, señala que «de no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar sus proposiciones». Esto es lo que pudo haber hecho el licitador solicitante tan pronto como pasó el plazo establecido en la norma para la adjudicación provisional. Al no hacerlo así, consintió el acto y no hay ningún responsable más que él mismo, si es que se le causó algún tipo de perjuicio.

7. Ya señalamos con anterioridad que, entre otros vicios, existía en el contrato un vicio de nulidad absoluta por falta de competencia material del órgano que lo realizó –la junta de contratación–, cuando el órgano competente lo era el pleno municipal. Por tanto, existían motivos para la revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho por la vía del artículo 102. Así lo recoge igualmente el artículo 34 de la LCSP que se refiere, igualmente, a la revisión de oficio en materia de contratos.

Ahora bien, en virtud del artículo 34.2 de la LCSP, el órgano competente para revisar de oficio este contrato era el órgano de contratación (debe entenderse el órgano que legalmente era el competente, no el que efectivamente realizó el contrato sin competencia para ello, porque entonces la norma estaría consagrando un doble vicio de nulidad, lo cual es absurdo y contrario a derecho) que, en este caso, debió ser el pleno porque el precio del contrato excedía del 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto.

Al realizar, pues, la revisión de oficio del contrato el alcalde, estamos en presencia de un nuevo acto nulo de pleno derecho por incompetencia material [art. 62.1 a) de la Ley 30/1992].

Las consecuencias de la revisión de oficio, en su caso, realizada por el órgano competente serían:

- a) La nulidad del contrato, que entraría en fase de liquidación.
- b) Que la Administración, culpable en este caso del vicio, debería indemnizar a la contratista por los daños y perjuicios que hubiere sufrido por esa causa.

Ahora bien, el artículo 35.2 de la LCSP señala que, no obstante, si la declaración de nulidad del contrato ocasionara grave trastorno al servicio público, podrá disponerse la continuación de aquel hasta que se adopten medidas urgentes.

8. Para responder certeramente esta cuestión deberíamos conocer lo que al respecto dispone el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Lo primero que debemos señalar es que como el presupuesto del contrato se elevaba a la cantidad de 200.000 euros, la empresa adjudicataria no debería obligatoriamente, en principio, estar clasificada al no rebasar la cantidad de 350.000 euros que es la cantidad establecida para que en el contrato de obras sea obligatoria la clasificación.

A la subcontratación se refiere el artículo 54 de la LCSP y, salvo que se hubiera previsto en los pliegos, en principio, no es exigible la clasificación del subcontratista, porque en la subcontratación no se produce una subrogación —como sí se produce en la cesión del contrato— en la que se sustituya al contratista principal que, por lo tanto, sigue respondiendo frente a la Administración.

Con respecto al porcentaje de subcontratación operado, en este caso, el 70 por 100, excede de lo dispuesto en la normativa que permite hasta el 60 por 100 tan solo, salvo que otra cosa estableciera respecto al pliego de cláusulas administrativas particulares.

9. Es una cuestión trascendental a los efectos del cómputo del plazo para exigir la presunta responsabilidad patrimonial, ya que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, establece el plazo de prescripción en un año, que en caso de lesiones se computará desde el día de determinación de las secuelas.

En el caso que nos ocupa, los servicios sanitarios correspondientes determinaron el lesionado curado con secuelas el día 18 de agosto. Por su parte, la incapacidad permanente total se declaró el día 8 de octubre del mismo año, siendo esta la fecha en que el lesionado considera que resultó curado con secuela.

De manera clara debemos señalar que la fecha que debe tenerse en cuenta a efectos del referido cómputo es la del 18 de agosto que es cuando los servicios sanitarios que le atendieron declararon su curación con secuela. Si el interesado no estaba de acuerdo con la referida fecha, debió recurrir al órgano competente en su momento, y si, por otra parte, aparecieran nuevas secuelas con posterioridad, podría revisarse la situación creada justificando tal circunstancia.

En el caso que comentamos, el interesado no hizo nada, de manera que consintió el acto y nada tiene que ver la fecha en que se declara su invalidez total como consecuencia de las lesiones procedentes del accidente que tiene otros efectos distintos, como es el cobro de la correspondiente pensión de invalidez, pero que nada incide sobre el inicio del plazo del año para el ejercicio, en su caso, de la oportuna acción de responsabilidad patrimonial.

10. No tiene razón alguna. Es cierto que en la ejecución del contrato rige el principio de ejecución a riesgo y ventura del contratista, en el sentido de que responderá de los daños y perjuicios que cause a terceros durante la ejecución del contrato (art. 198 de la LCSP). Ahora bien, el mismo precepto, apartado segundo prevé que será la Administración la responsable de los daños que se cause

a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras. En este sentido, el relato de hechos indica, en primer lugar, que el proyecto de obras fue realizado por la propia Administración y, en segundo lugar, el contratista actuó con escrupuloso respeto al proyecto elaborado y que el derribo del muro se debió a un problema estructural, que debió tenerse en cuenta en la redacción del proyecto.

11. En relación a si están presentados en plazo los escritos presentados por la viuda y el hijo, solicitando la responsabilidad patrimonial, que llegan al registro en idéntica fecha, debemos significar que sí, porque el hecho ocurre el día 18 de enero y las reclamaciones se presentan el día 18 de enero del año siguiente. Debemos tener en cuenta que el plazo se computa de fecha a fecha. Por otra parte, el hecho de que la viuda haya presentado un telegrama, debemos significar que no hay inconveniente alguno siempre y cuando el mismo reúna todos los requisitos exigidos por la normativa respecto a la solicitud de interesado como forma de iniciación del procedimiento administrativo.

Con respecto a cómo debe actuar la Administración ante estos dos escritos, en un mismo concepto, debemos señalar que el problema de fondo que se plantea es una cuestión que debe encontrar solución en el Derecho civil y en la jurisdicción ordinaria, porque lo que se está planteando es un problema de sucesión del fallecido, dicho de otra manera, quiénes son sus herederos. Esta cuestión no la puede resolver la Administración para lo que carece de competencia.

Ahora bien, la realidad es que se encuentra con dos solicitudes por el mismo concepto. Ante ello puede optar por lo siguiente:

- a) Iniciar dos procedimientos de responsabilidad patrimonial, tramitarlos y resolver, en cuanto al fondo, lo que estime pertinente, de forma separada.
- b) Iniciar los dos procedimientos y ordenar su acumulación, porque es evidente que existe íntima conexión o identidad sustancial (art. 73 Ley 30/1992).
- c) Iniciar un único procedimiento con estos dos interesados, requiriendo a ambos que acrediten su condición de interesado. Deberían aquellos, en este caso, acreditar el parentesco con el fallecido, así como la condición de heredero, en su caso. Este parece ser el modo de proceder más conveniente para que la Administración resolviera en ese procedimiento lo procedente. Ello sin perjuicio de las relaciones jurídicas privadas existentes entre estas dos personas y de la posibilidad de entablarse entre ellas el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales ante la jurisdicción ordinaria por reclamación de cantidad o para determinación del carácter de heredero correspondiente.

12. A esta circunstancia se refiere el artículo 146.2 de la Ley 30/1992 al señalar que «la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal, sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial».

En este caso, no parece necesario esperar a que la jurisdicción penal se pronuncie sobre los hechos ocurridos para tramitar y concluir el procedimiento de responsabilidad patrimonial puesto en marcha. Puesto que los hechos parecen claros y la presunta responsable, desde el punto de vista administrativo, también, pues ya afirmamos con anterioridad que el proyecto de obras lo realizó la Administración y el contratista actuó con respeto pleno al mismo, ocurriendo el accidente por un problema estructural que, al parecer, no se tuvo en cuenta en el proyecto aprobado.

De cualquier forma, conviene no olvidar lo dispuesto en el artículo 121 del Código Penal que señala «el Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos y culposos cuando estos sean autoridades, agentes y contratados de las mismas y funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren encomendados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigibles conforme a las normas del procedimiento administrativo y, sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizable.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agente, contratado o funcionario público, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración pública presuntamente responsable civil subsidiaria».

13. En primer lugar, debemos significar que el artículo 32.1 de la Ley 30/1992, permite al interesado actuar a través de representante. Por su parte, el artículo 32.3 exige para la formulación de solicitudes que se acredite dicha representación. Por tanto, la Administración obró con arreglo a derecho cuando, en virtud de lo dispuesto en el apartado cuarto del citado artículo, requirió de subsanación del defecto en el plazo de 10 días.

Ahora bien, este precepto ha de ponerse en consonancia con el artículo 71.1 de la misma ley que prevé que se requerirá al interesado para que subsane el defecto, con indicación de que si no lo hiciera así se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos del artículo 42.

Por lo tanto, si no medió resolución administrativa teniéndole por desistido en su solicitud, la subsanación del defecto, aun realizada transcurridos los 10 días otorgados, ha de admitirse, porque fue la Administración la que no cumplió con su deber de, pasado el plazo dado para la subsanación, dictar la oportuna resolución teniéndole por desistido.

14. Esta demanda no deberá ser admitida. Señala el artículo 141 de la Ley 30/1992 que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública las indemnizaciones por los daños causados por las autoridades y el personal a su servicio.

Por lo tanto, hay un mandato normativo («exigirán directamente a la Administración...»), luego no es posible dirigir demanda de responsabilidad civil contra el funcionario presuntamente causante de los daños y perjuicios.

15. Aún no había transcurrido el plazo para entender desestimada la solicitud de indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial.

El procedimiento se inició el día 19 de enero. Es cierto que el artículo 13.3 del Real Decreto 429/1993, por el que se regula el procedimiento de responsabilidad patrimonial, establece el plazo de seis meses para entender desestimada la solicitud de indemnización de daños y perjuicios. En este caso, aunque existió resolución administrativa no se notificó a la interesada, por lo que legalmente es como si no hubiere existido esa resolución. Ahora bien, afirma el relato de hechos que la solicitante había pedido la realización de una prueba en el extranjero y se había admitido su realización. Esto significa la ampliación automática de los plazos máximos permitidos, a tenor de lo previsto en el artículo 49.2 de la Ley 30/1992. Por tanto, teniendo en cuenta esa ampliación, cuando la solicitante recurre vía contencioso-administrativa aún no había transcurrido el plazo legal para entender desestimada la solicitud.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 21.
- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 24, 25, 31, 32, 49.2, 62, 63, 71, 73, 141 y 142.5.
- Ley 30/2007 (LCSP), arts. 14, 34.2, 35.2, 37, 49, 54, 93 y ss., 99.4, 145.2, 198 y disp. adic. segunda.
- RD 429/1993 (Rgto. Responsabilidad Patrimonial), art. 13.3.