

Julio GALÁN CÁCERES
Profesor del CEF

• ENUNCIADO:

Una Consejería de la Comunidad de Madrid convoca, a través de procedimiento restringido, concurso para la adquisición de carburante destinado a la calefacción de sus diversas dependencias. En el mismo, solicitan y son admitidas por el órgano de contratación 27 empresas diferentes de las 30 que habían solicitado tomar parte en el referido concurso. Éstas presentan sus diferentes ofertas para resultar adjudicatarias del contrato.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aprobado al efecto en su momento, en concreto el día 7 de febrero, se especificaba que aquellos oferentes que, en virtud de expediente administrativo sancionador hubieran sido sancionados por la Consejería contratante por cualquier tipo de infracción administrativa, no podrían tomar parte en el contrato de referencia. Igualmente, en el referido Pliego se establecían fechas diferentes para la entrega del carburante.

Abiertas el día 13 de abril, en acto público, las ofertas recibidas se procede a la adjudicación del contrato el día 18 de julio a favor de la empresa XXX, S.A. Sin embargo, dicha empresa, a la que ya no le interesaba la adjudicación, presenta el oportuno recurso contra la misma basando el mismo en:

- 1. No le interesaba la adjudicación porque la situación empresarial de la misma había cambiado sustancialmente en el período comprendido entre el día en que hizo su oferta y el día en que se le adjudicó el contrato.*
- 2. Infracción del Ordenamiento Jurídico por parte del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regía el contrato.*
- 3. Incumplimiento por parte de la Administración en los plazos para la adjudicación del contrato.*

Es de resaltar que cuando la mesa de contratación realiza la propuesta de adjudicación, varios vocales, entre los que no se encontraban ni el presidente, ni el asesor jurídico ni el interventor, no acudieron a la correspondiente sesión aunque fueron, debidamente, citados.

El período para el suministro del combustible abarcaba desde el día 1 de enero hasta el día 31 de diciembre del año X.

Comenzada la ejecución del contrato las primeras entregas se producen sin problema alguno, pero, en un momento dado, la Consejería correspondiente, al tener que hacer frente a un urgente e imprevisto acontecimiento que supuso un gran desembolso económico, no pudo continuar con los pagos al contratista en los términos convenidos. Ello supuso que la empresa suminis-

tradora no contara con recursos económicos suficientes, por lo que decidió interrumpir el suministro hasta que la Administración reanudara los pagos previstos.

Ante esta conducta de la contratista, la Administración, en concreto el órgano de contratación, decide imponerle las penalidades previstas en los Pliegos.

Una vez superados los problemas económicos de la Consejería, reanudó los correspondientes pagos con los atrasos debidos. Pese a ello, la empresa siguió sin suministrar el carburante estipulado.

Durante todo el tiempo que existieron los problemas comentados, las dependencias administrativas de la Consejería estuvieron privadas de calefacción, siendo un año, especialmente, frío con temperaturas muy bajas durante muchos días. Un funcionario de una de esas dependencias enfermó de bronquitis complicándose, luego, con una pulmonía que determinaron su fallecimiento tras un largo período de internamiento en un centro hospitalario. Los herederos del mismo presentaron escrito en la citada Consejería reclamando una indemnización de 120.000 euros. El consejero resuelve denegando dicha indemnización por tres razones, fundamentalmente:

1. El funcionario fallecido no es el tercero a que se refiere la Ley para este tipo de responsabilidad, pues no cabe duda de que por razón de su cargo está obligado a asumir ciertos riesgos que no son exigibles a otras personas.
2. La culpa de su enfermedad que determinó el posterior fallecimiento la tiene, exclusivamente, el contratista que no entregó el carburante estipulado para atender a la calefacción de la dependencia administrativa que ocupaba el fallecido.
3. Le consta a la Administración y está acreditado que esos herederos han recibido una pensión extraordinaria por estos hechos, por lo que, de accederse a su reclamación, se produciría un enriquecimiento injusto de los solicitantes.

Resuelto, por todo lo acontecido, el contrato con la empresa XXX, por diversas circunstancias, la Administración no pudo adjudicar el nuevo contrato a otra empresa hasta un momento determinado, por la que hasta esa fecha continuó prestando el suministro la empresa XXX, que presentó las facturas correspondientes a los meses que facilitó el carburante por un importe de 11.000 euros.

Finalmente, es de resaltar que uno de los camiones de la nueva empresa suministradora fue sancionado, previa incoación del oportuno expediente sancionador, por infracción de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte, decretándose, igualmente, una indemnización a favor de la Administración, por importe de 3.000 euros. Dicha resolución (sanción e indemnización) fue impuesta por la Dirección General de Transporte de la Consejería correspondiente que tenía competencia, según la normativa legal, para ello. Contra la misma, en forma y tiempo oportuno, el sancionado interpone el oportuno recurso de alzada ante el consejero.

Transcurridos dos años desde la interposición del mismo y, sin resolverse y sin que conste en el expediente las causas de su paralización, la empresa sancionada dirige escrito a la Consejería solicitando la extinción de su responsabilidad y de la indemnización a satisfacer, por prescripción de la infracción cometida.

La Consejería al recibir dicho escrito resuelve el recurso de alzada confirmando en todos sus extremos la resolución dictada por la Dirección General de Transporte.

Dicha resolución le es notificada a la sancionada concurriendo las siguientes circunstancias:

1. *En la misma no consta si el acto pone o no fin a la vía administrativa. Sin embargo, en la diligencia de notificación sí se le hizo constar.*
2. *Se le indicó que contra ella había recurso de reposición.*
3. *La notificación se hizo en el domicilio señalado por la sancionada, pero al portero del inmueble que, identificado, firmó la oportuna diligencia.*

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Tiene alguna consecuencia jurídica el hecho de que fueran admitidas en el procedimiento restringido 27 ofertas?
2. Indicar si el recurso presentado por la empresa debe ser estimado o no y las razones para ello.
3. ¿Actuó con arreglo a derecho la mesa de contratación al tomar su decisión sin la presencia de todos sus miembros?
4. ¿La imposición de penalidades es ajustada a derecho?
5. ¿Resulta ajustada a derecho la resolución del consejero denegando el pago de la indemnización reclamado por los herederos del funcionario fallecido?
6. Comentar las incidencias surgidas respecto al suministro continuado por la empresa XXX cuando ya se había resuelto el contrato.
7. ¿Tiene razón la empresa cuando solicita la finalización del expediente sancionador y de la obligación de indemnizar impuesta por la prescripción de la infracción?
8. Comentar las circunstancias concurrentes en la notificación de la resolución del recurso interpuesto.

• **SOLUCIÓN:**

1. En relación al contrato a que se refiere el supuesto que analizamos es claro que se trata de un contrato administrativo de suministro contemplado en el artículo 171 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Respecto a la circunstancia de que en el procedimiento restringido utilizado para la adjudicación del mismo es de señalar que no constituye vicio de invalidez alguno. En primer lugar, porque el artículo 91 del TRLCAP citado señala que «el órgano de contratación podrá señalar los límites superiores o inferiores dentro de los que se sitúe el número de empresas que proyecta invitar... En este caso, la cifra no será inferior a 5 ni superior a 20». Por lo tanto, observamos que no es una obligación el mantenerse en estas cifras mínimas y máximas, sino que es una facultad. El precepto dice «podrá». Por tanto, forma parte de la potestad discrecional del órgano de contratación hacer uso de esta posibilidad legal. Pero es más, incluso en el caso de que hubiere ejercitado esta posibilidad, creemos que sobrepasar estos límites en ningún caso podría suponer la invalidez (nulidad o anulabilidad) del acto administrativo, sino que se trataría, todo lo más, de una mera irregularidad no invalidante.

En conclusión, ninguna consecuencia jurídica negativa tiene el hecho de que en el procedimiento restringido fueran admitidas 27 empresas, en lugar de las 25 que, como máximo, prevé el citado artículo 91, suponiendo que el órgano de contratación hubiere hecho uso de esta posibilidad legal.

2. Respecto al recurso presentado por la empresa XXX que, recordemos, resultó adjudicataria del contrato, lo primero que hemos de comentar es la carencia de legitimación para poder impugnar un acto administrativo que le benefició. La legitimación exige un perjuicio (en un interés o en un

derecho) para la habilitación precisa al objeto de concurrir a un procedimiento en vía de recurso que pretendería revocar o anular el acto o la resolución impugnada. En este caso, la empresa XXX toma parte, de forma voluntaria, en el proceso de licitación abierto para la adjudicación del contrato; su interés es ser adjudicataria del mismo. Por tanto, una vez adjudicado y alcanzado lo que perseguía no puede admitirse, desde el punto de vista jurídico, que recurra algo que es lo que deseaba y se ha cumplido. Máxime, cuando el motivo que esgrime es que ya no le interesaba el contrato, olvidando el interés público que subyace como causa del mismo y que lleva a la normativa a impedir incluso las renunciaciones de los contratistas una vez que han presentado sus ofertas, so pena de perder las fianzas provisionales aportadas con dichas ofertas. En conclusión no existe el perjuicio al derecho o al interés indispensable para poder recurrir las decisiones administrativas.

Respecto a los argumentos concretos esgrimidos, señalamos lo siguiente:

A) En cuanto a que el Pliego incurría en infracción del Ordenamiento Jurídico es cierto. En el mismo se contemplaba una nueva causa de prohibición para ser contratista consistente en haber sido sancionado por la Administración por cualquier tipo de infracción administrativa, que no tiene respaldo legal alguno. Estas causas se recogen en el artículo 20 del TRLCAP y, entre las mismas, no se contempla la recogida por ese Pliego de Condiciones. Al ser ésta una materia reservada a la Ley no puede recogerse en un acto administrativo, que es la naturaleza de esos Pliegos, ninguna nueva causa de prohibición.

Ahora bien, el relato de hechos nos indica que esos Pliegos se aprobaron el día 7 de febrero y se procede a la adjudicación el día 18 de julio. Al tratarse, como hemos indicado, de un acto administrativo la aprobación de esos Pliegos, había unos plazos para ser recurrido, en concreto un mes para el recurso de reposición o dos meses para el recurso contencioso-administrativo, al no hacerse en esos plazos no resulta procedente oponerse al acto de la adjudicación basándose en unos motivos que afectan a otro acto firme y consentido en su momento por no haberse recurrido. Por ello, este motivo debe ser desestimado.

B) En referencia a la infracción, por parte del órgano de contratación, de los plazos para adjudicar el contrato, es cierto que fue así. El artículo 89.2 del TRLCAP dispone que la adjudicación se realizará en el plazo de tres meses desde la apertura de las proposiciones. En el caso que analizamos sucedió el día 13 de abril, y el contrato se adjudicó el día 18 de julio. Ahora bien, el citado precepto legal le da el derecho a retirar su oferta y a la devolución de la fianza cuando no se respetan estos plazos. Sin embargo, la recurrente no hizo, en su momento, uso de este derecho, luego consintió. Por tanto, no puede venir ahora escudándose en ese incumplimiento administrativo para oponerse al acto de la adjudicación (acto consentido).

3. En relación a si la mesa de contratación actuó conforme a derecho al adoptar la oportuna resolución sin la presencia de todos sus vocales, el artículo 66 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, señala la composición de la misma, señalando que, en todo caso deben formar parte de la misma el asesor jurídico y el interventor. En este caso, éstos sí estaban. Por tanto, para ver si concurría el quórum mínimo habrá de acudirse a las reglas de los órganos colegiados contempladas en los artículos 22 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), porque de no ser así nos encontraríamos con un vicio de nulidad absoluta contemplado en el artículo 62.1 e) de la misma Ley, consistente en haber prescindido de las normas esenciales que regulan la formación de voluntad de los órganos colegiados. En

el caso que analizamos no podemos señalar nada al respecto porque tan sólo se dice que faltaron algunos vocales, pero no se especifica cuántos.

4. En relación a si la imposición de penalidades llevada a cabo por el órgano de contratación, debemos señalar que el artículo 95.2 del TRLCAP prevé que ante el incumplimiento por parte del contratista la Administración puede optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades. Por su parte, el artículo 186 y, respecto al contrato de suministro, se prevé el pago del precio en los términos fijados en el contrato. Por tanto, en principio, por ningún motivo el contratista puede interrumpir el cumplimiento o ejecución del contrato. Ante un incumplimiento de la Administración, como fue el caso, el artículo 111 f) contempla la posibilidad de pedir la resolución cuando ese retraso en el pago sea superior a ocho meses, solicitando, además, la oportuna indemnización de daños y perjuicios. Lo contrario sería permitir, por llamarlo de alguna manera, tomarse la justicia por su cuenta, con el consiguiente perjuicio al interés público que persigue el contrato administrativo.

De cualquier manera, aunque las previsiones legales al respecto son claras en el sentido que hemos señalado, no cabe duda de que habría que ver las circunstancias concretas que concurren en el supuesto, en concreto, la dependencia económica del contratista, en exclusiva, de la Administración para poder continuar con la ejecución. Aunque, en principio, esta posibilidad de falta de pago temporal por parte de la Administración no legitima al contratista para el incumplimiento del contrato, pues ha de considerarse como una circunstancia previsible por parte de aquél que debería haber afrontado.

5. Respecto a la petición de una indemnización por parte de los herederos del funcionario que falleció a consecuencia de una enfermedad contraída por la falta de calefacción durante los meses de invierno en la dependencia administrativa donde prestaba sus servicios, debe encuadrarse en una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de acuerdo con los artículos 106.1 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Debemos señalar que, en nuestra opinión, la Administración no actúa con arreglo a derecho cuando deniega dicha reclamación, y que los argumentos que utiliza no son, jurídicamente, atendibles.

Esta cuestión ha sido analizada reiteradamente en otros supuestos que con anterioridad y en otros números de esta revista hemos analizado, por tanto, vamos a limitarnos a destacar lo más significativo.

Nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública pues concurren todos los requisitos exigidos en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el sentido de que existió daño indemnizable económicamente, que éste fue imputable a la actuación (en este caso a la inactividad) administrativa, que el mismo resulta individualizado y que existió una relación de causalidad entre éste y la inactividad administrativa.

Es cierto que en el artículo 97 del TRLCAP se establece el principio de ejecución a riesgo y ventura del contratista en la materia de contratos administrativos, y que en el artículo 96 del mismo texto legal se recoge la obligación del contratista de indemnizar los daños que cause a terceros en la ejecución del contrato salvo que se deba a vicios del proyecto o a una orden expresa de la Administración. Pero estas relaciones de carácter contractual se establecen entre la Administración y el contratista, de manera que aquélla puede reclamar a ésta lo que hubiere tenido que pagar como consecuencia de su actuación indebida. Ahora bien, desde el punto de vista del tercero ajeno a esa relación contractual, no cabe duda de que la Administración, en el ámbito de esas relaciones contractuales, no permanece ajena en absoluto al comportamiento del contratista, de modo que tiene una obligación de vigilancia, para la que el Ordenamiento

Jurídico le otorga potestades exorbitantes, que puede y debe ejercitar cuando el contratista incumple sus obligaciones en la ejecución del contrato para evitar resultados dañosos respecto a terceras personas.

Y esto es lo que ha sucedido en el caso que analizamos, ante la falta de calefacción, por incumplimiento del contratista que no facilitaba el suministro de carburante correspondiente, la Administración debió adoptar las medidas oportunas para evitar posteriores resultados dañosos, habida cuenta de las bajas temperaturas reinantes y la realidad de que trabajar en esas condiciones podía originar aquel resultado. Sin embargo, no hizo nada por evitarlo, y, a consecuencia de ello, el funcionario enfermó y acabó falleciendo por una enfermedad que tuvo su causa en las circunstancias ya referidas.

Por otra parte, huelga comentar que ese funcionario, por el simple hecho de serlo, tuviera obligación de soportar el mal inflingido y trabajar en las condiciones ya conocidas. No era ésa su función y, desde luego, su trabajo no exigía correr esos riesgos. Por eso, ese funcionario, a este respecto, era un tercero ajeno a la relación contractual entablada entre la empresa y la Administración a costa del contrato de suministro celebrado.

En conclusión, y, con independencia de las diversas posibilidades que se le ofrecían a los herederos del fallecido para exigir las oportunas responsabilidades, no cabe duda de que la escogida (exigírsela a la Administración contratante) era una de las posibles admitidas por el Ordenamiento Jurídico.

Respecto a que los herederos habían ya recibido una pensión de carácter extraordinario por el fallecimiento del funcionario, no resulta incompatible con la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo en diversas Sentencias; así por ejemplo la de 17 de abril de 1998. En realidad, ambas -pensión extraordinaria y responsabilidad patrimonial- tienen fines y objetivos diferentes.

6. Con relación a que la empresa con respecto a la cual se había ya resuelto el contrato, dado su incumplimiento en los términos ya señalados con anterioridad, siguiera durante un período de tiempo suministrando el carburante sin, por tanto, la existencia de contrato alguno al respecto, debemos señalar que, en principio, es totalmente contrario al Ordenamiento Jurídico, en concreto al TRLCAP donde se exige la tramitación del oportuno expediente de contratación que conlleva, a su vez, diversos momentos y actos administrativos. La admisión de este modo de actuar por parte del órgano de contratación supondría una actividad nula de pleno derecho por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [arts. 63.1 de la TRLCAP y 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre].

Tan sólo dos posibilidades podrían subsanar esta deficiente actuación: en primer lugar, que el órgano de contratación hubiere hecho uso de la posibilidad contemplada en el artículo 65.3 del TRLCAP cuando resolvió el contrato de suministro que le unía con la empresa, es decir, para evitar un grave trastorno para el servicio público hubiera admitido la continuación del contrato ya resuelto hasta que se hubiera seleccionado al nuevo contratista (no olvidemos que se afectaba a un servicio esencial como era el de la calefacción de las dependencias administrativas). En segundo lugar, se podría, también, entender por la cuantía del suministro -11.000 euros- que estamos en presencia de un suministro menor (art. 176 del TRLCAP, inferior a 12.000 euros, aproximadamente), en cuyo caso sólo se exigiría en el expediente la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reuniera los requisitos exigidos. No parece, a juzgar por el relato de hechos, que ninguna de las dos circunstancias se dieran en el presente supuesto.

7. Respecto a la solicitud de la empresa con respecto al expediente sancionador para que se declare la prescripción del procedimiento sancionador y la extinción de la responsabilidad, entendemos que no tiene razón en ninguna de las dos solicitudes.

En primer lugar, no es correcto hablar de prescripción del procedimiento sancionador. La prescripción se aplica a la infracción cometida y, en su caso, a la infracción impuesta. En el presente caso existió ya la imposición de la sanción y, por tanto, la determinación de la infracción cometida. Lo que ocurre es que la misma no es ejecutiva mientras no ponga fin a la vía administrativa, como ocurrió en el caso que comentamos en el que el procedimiento lo resolvió un director general y el recurso interpuesto lo debe resolver el consejero. Pues bien, sólo cuando éste resuelva el acto será ejecutivo y habrá agotado la vía administrativa. Por tanto, no existen datos en el caso para determinar que se había producido la caducidad del procedimiento ni la prescripción de la infracción o de la sanción.

Si esta petición la hace la sancionada porque el procedimiento en vía de recurso no se ha resuelto, pese al tiempo transcurrido, hemos de señalar que en este caso, no son aplicables ya las normas sobre caducidad del procedimiento, sino que entrarán en juego las normas sobre el silencio administrativo cuando aquélla lo juzgue conveniente (STS de 21 de enero de 1999), transcurrido el plazo legal de tres meses establecido por los artículos 115 y 116 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en este caso será negativo o desestimatorio al tratarse de recurso de alzada contra una resolución expresa. Transcurrido el citado plazo, la sancionada podrá interponer el recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional competente en el plazo de seis meses a contar desde la desestimación presunta del recurso interpuesto.

Por otra parte, respecto a la extinción de la responsabilidad por los daños causados y la indemnización de perjuicios impuesta, hemos de señalar que no se aplican los plazos de prescripción de la infracción o sanción ni los de caducidad del procedimiento, sino que, en todo caso, se aplicarán los plazos de prescripción recogidos en el Código Civil respecto a las acciones personales (15 años, como regla general).

8. Finalmente, respecto a las circunstancias concurrentes en la notificación de la resolución del recurso de alzada, habremos de tener en cuenta las siguientes puntualizaciones:

A) En relación al que en el acto resolutorio no constaba si el acto ponía fin o no a la vía administrativa, pero sí constaba este extremo en la diligencia de notificación, hemos de señalar que no tiene trascendencia alguna. Es cierto que el artículo 58.2 de la Ley 30/1992 exige que conste este dato en el acto; ahora bien, si, como ocurrió en el presente caso, se le hizo saber en la diligencia citada, es lo cierto que ninguna indefensión le provocó esta omisión, por lo que este defecto del acto puede ser calificado de irregularidad no invalidante.

B) Respecto a que se hiciera saber que contra aquélla procedía recurso de reposición, el artículo 115.3 de la Ley 30/1992 prohíbe que contra la resolución del recurso de alzada quepa recurso de reposición. La incidencia jurídica de esta inexactitud ignoramos cuál podría ser en el presente caso. Es claro que se trata de una notificación defectuosa por ello, ahora bien si el interesado la subsana por algunos de los medios legales no tendrá trascendencia alguna. Otra cosa será que, haciendo caso de lo que se le dice, interponga, efectivamente, el recurso de reposición. Pues bien, ningún perjuicio le puede provocar la interposición de este recurso al ser la culpable la Administración por indicarle erróneamente el recurso que procedía.

C) En relación a que la notificación se hizo al portero del inmueble, debemos señalar que para que fuera posible era preciso que concurriera la circunstancia prevista en el artículo 59.3 de la Ley 30/1992, en el sentido de que en el domicilio indicado no se encontrara el interesado. La Ley habla de «no hallarse presente». Si, por el contrario, sin haberlo intentado en el domicilio, se hubiera notificado,

directamente, al portero del inmueble, entendemos que dicha notificación no sería válida, pues se habría infringido el mencionado artículo 59.3.

Respecto a que sirva la notificación así realizada, cuando el interesado no se hallare en su domicilio, hemos de señalar que el portero del inmueble es persona válida para la misma, siempre y cuando se haga constar su identidad y se recoja su firma en la diligencia extendida de la notificación.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Constitución Española, art. 106.**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 58.2, 59.2, 62.1 e), 115, 116 y 139.**
- **Ley 1/1983 (de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid), art. 66.**
- **RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 56, 63.1, 89.2, 91, 95.3, 96, 97, 111 f), 171, 177 y 186.**
- **SSTS de 21 de enero, 9 de marzo, 21 de mayo y 2 de junio de 1999.**