

Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local “Josep María Esquerda” 2024

Quinta sesión

Viernes, 17 de mayo de 2024

Responsabilidad patrimonial por daños causados como consecuencia del funcionamiento de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales

Dr. Alfredo Galán Galán

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universitat de Barcelona
alfredogalan@ub.edu

I. Régimen de responsabilidad aplicable a los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales

El objeto del estudio es el análisis de la responsabilidad en que se puede incurrir por daños causados como consecuencia del funcionamiento de los tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC).

El punto de partida es el recordatorio de la naturaleza jurídica de los TARC en el ordenamiento jurídico español: formalmente son órganos administrativos. Se integran dentro de una Administración pública, aunque de una manera peculiar para garantizar su independencia (están fuera de la jerarquía administrativa y, por ello, no están sometidos a órdenes ni instrucciones).

De la naturaleza jurídica de los TARC (órganos administrativos) se deriva la naturaleza jurídica de las resoluciones que dictan: formalmente son actos administrativos.

En consecuencia, las resoluciones de los TARC están sometidas al régimen jurídico propio de los actos administrativos, con las especialidades que la legislación haya podido establecer. En otras palabras, serán de aplicación las normas generales reguladoras de los actos administrativos, sin perjuicio de la aplicación preferente de las normas especiales - si existen- reguladoras específicamente de las resoluciones de los TARC.

En concreto, las resoluciones de los TARC están sometidas al régimen de responsabilidad patrimonial propio de los actos administrativos, con las especialidades que la legislación haya podido establecer. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no ha establecido un régimen especial de responsabilidad patrimonial para las resoluciones de los TARC. Es más, ni tan siquiera ha establecido -hasta donde nuestro conocimiento alcanza- especialidades al régimen común de responsabilidad patrimonial de los actos administrativos.

La conclusión a la que debemos llegar, por tanto, es que el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados como consecuencia del funcionamiento de los TARC es el régimen común propio de los actos administrativos: el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración.

II. Notas características del régimen de responsabilidad de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales

A efectos de evitar confusiones, es de interés destacar las dos siguientes notas características del régimen de responsabilidad de los TARC: es el régimen de responsabilidad propio de la Administración, por un lado, y es un régimen de responsabilidad patrimonial (extracontractual), por el otro.

1. Es el régimen de responsabilidad propio de la Administración

El régimen de responsabilidad de los TARC es el régimen propio de la Administración. Por lo tanto, a contrario, no es el régimen de responsabilidad propio de los órganos judiciales (juzgados y tribunales).

Es conveniente realizar la advertencia anterior porque la naturaleza cuasi jurisdiccional de los TARC puede inducir a error. En efecto, aunque reúnan características propias de los órganos judiciales, se trata formalmente de órganos administrativos (no judiciales), integrados en una Administración pública (no forman parte del Poder Judicial).

En la actualidad, la responsabilidad por los daños causados como consecuencia de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se articula ya no como responsabilidad civil directa de los jueces o magistrados, sino como un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado.

En efecto, el artículo 32.7 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) se remite a lo establecido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ): “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”. Por su parte, dentro del título V de la LOPJ (“De la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia”), su artículo 292.1 dispone lo siguiente: “Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor”. Regulación complementada por el artículo 296.1 de la misma LOPJ: “Los daños y perjuicios causados por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones darán lugar, en su caso, a responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquéllos”.

Aunque se trate de un régimen de responsabilidad distinto, lo cierto es que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia presenta evidentes similitudes con el régimen de responsabilidad patrimonial de

la Administración por el funcionamiento de los TARC. Un ejemplo claro de ello son los títulos de imputación de responsabilidad. En el primer caso, la ley determina los dos siguientes: error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. A ellos pueden asimilarse los dos principales títulos de imputación de responsabilidad por la actuación de los TARC: anulación judicial de la resolución del TARC (supuesto de error del TARC en la dicción de la resolución) y dilaciones indebidas (supuesto de funcionamiento anormal del TARC).

Dadas estas similitudes, se suscita la cuestión de la posibilidad o no de aplicación analógica a los TARC del régimen de responsabilidad del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia. En particular, si es trasladable o no la doctrina jurisprudencial existente sobre este segundo régimen de responsabilidad. Sobre esta cuestión, precisamente, se han pronunciado algunos órganos consultivos.

Lo hizo primeramente el Dictamen núm. 48/2018, del Consejo Consultivo de Aragón (CCA). En efecto, este órgano consultivo no duda en aplicar por analogía la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) sobre error judicial. En concreto, se trataba de valorar la concurrencia del requisito de la antijuridicidad en un supuesto de responsabilidad patrimonial por anulación judicial de una resolución del TARC: “En este caso, tratándose de una resolución dictada por un órgano que ejerce funciones materialmente jurisdiccionales, que precisamente se caracterizan por la necesidad de valorar numerosos elementos que configuran los presupuestos que deben tenerse en cuenta para dictar una resolución, existiendo varias soluciones posibles, estando la resolución dentro de los márgenes de lo razonable, no puede prosperar la reclamación”. Y sigue: <En este punto, *por existencia de una clara analogía*, puede mencionarse la doctrina de los tribunales relacionada con las reclamaciones fundadas en un error judicial, destacando el Tribunal Supremo que “sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial (...)”>¹.

Con posterioridad, el Dictamen núm. 170/2019 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña (CJA), en un supuesto también de responsabilidad patrimonial por anulación judicial de una resolución del TARC, al examinar el requisito de la antijuridicidad hace mención expresa al Dictamen visto del CCA y a la utilización de la analogía indicada, utilizándolo como refuerzo de su argumentación, pero, en cambio, no recoge de manera expresa la alusión a la existencia de esa “clara analogía”.

2. Es un régimen de responsabilidad patrimonial, esto es, extracontractual

El régimen de responsabilidad de los TARC es el régimen de responsabilidad patrimonial, es decir, en otras palabras, extracontractual. Por tanto, a contrario, no es régimen de responsabilidad contractual.

Es conveniente realizar la advertencia anterior para evitar la confusión que puede crearse por el hecho de que el TARC actúa en el ámbito de la contratación pública. A pesar de ello, debe notarse que se trata de daños causados por una actuación no contractual del TARC. Por lo demás, queda claro que esos daños no derivan del acto dictado en el procedimiento de contratación que ha sido objeto de impugnación ante el TARC (habitualmente, el acto de adjudicación).

¹ La cursiva es nuestra.

III. Inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial

En general, el procedimiento de responsabilidad patrimonial puede iniciarse a solicitud del interesado, pero también de oficio por la propia Administración, con las especialidades previstas en el artículo 65 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

1. Inicio del procedimiento a solicitud de interesado

Lo habitual, claro está, es que el procedimiento se inicie a solicitud de interesado, en concreto, mediante un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por la víctima, esto es, el sujeto que ha sufrido el daño.

La reclamación deberá ser presentada no directamente ante el TARC, sino ante la Administración de la que forma parte, puesto que es quien tiene personalidad jurídica. Será esta Administración quien deba admitir a trámite la reclamación.

Debe advertirse que están legitimados para presentar la reclamación no solamente los particulares, sino también las Administraciones públicas, por daños originados como consecuencia de la actuación de otra Administración distinta. No es una excepción los casos en los que la responsabilidad se vincula al funcionamiento de un TARC. En este sentido, cabe destacar que, precisamente, es una Administración pública la que presenta la reclamación de responsabilidad patrimonial contra el TARC en los supuestos dictaminados por los órganos consultivos arriba indicados².

2. Inicio del procedimiento de oficio por la Administración

Más dudas puede plantear la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial en el caso de los TARC.

De entrada, de ser posible, el acuerdo de incoación de oficio debe ser adoptado no por el TARC, sino por la Administración de la que forma parte, puesto que, como ya hemos dicho, es quien tiene personalidad jurídica.

La previa, sin embargo, es decidir si, en estos casos, efectivamente es posible la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial. En concreto, se trata de decidir si es compatible con la garantía de independencia del TARC admitir que la Administración de la que forma parte pueda acordar iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial vinculado a una de sus resoluciones. Conviene insistir, en este punto, que la decisión no es tomada por el propio TARC. Una respuesta desfavorable estaría en línea con la prohibición legal de que la Administración de la que forma parte

² En el caso del Dictamen núm. 48/2018 del CCA, la reclamación se presentó por la Comarca de Hoya de Huesca ante la Consejería de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón. Por su parte, en el caso del Dictamen núm. 170/2019 de la CJA, la reclamación se presentó por el Ayuntamiento de Cunit ante la Generalitat de Cataluña.

pueda iniciar procedimientos de anulación de las resoluciones del TARC (prohibición de la revisión de oficio) o de fiscalización o control interno (59.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -LCSP-). Cabe advertir, por lo demás, que la prohibición legal de revisión de oficio contra los actos del TARC se establece con carácter general, esto es, sin distinguir si el procedimiento de revisión se inicia de oficio o bien a instancia de interesado.

IV. Competencia para tramitar y resolver en el procedimiento de responsabilidad patrimonial

La competencia para tramitar y para resolver en el procedimiento de responsabilidad patrimonial no corresponden al TARC, sino a la Administración pública de la que forme parte. Como venimos reiterando, el TARC es un órgano administrativo y, como tal, no tiene personalidad jurídica propia. Actúa bajo el paraguas de la personalidad jurídica de la Administración en la que se integra.

Esta peculiaridad suscita el problema en el supuesto de que el daño causado por el funcionamiento del TARC lo sea, precisamente, a la Administración de la que forma parte. En esta hipótesis, paradójicamente, coincidiría el sujeto reclamante y el sujeto que debe tramitar y resolver la reclamación. En su caso, se llegaría al absurdo de tener que acordar pagarse a si mismo la indemnización correspondiente.

Estamos ante un supuesto similar a aquel otro en el que una Administración pretenda interponer un recurso contra un acto dictado por ella misma. Al margen de los supuestos excepcionales en los que la ley lo prevea expresamente (recurso de lesividad), esta hipótesis no es razonable. Para la eliminación por la Administración de sus propios actos, son de aplicación los mecanismos legalmente previstos de revisión en vía administrativa del acto administrativo.

Debe advertirse, sin embargo, que, en el caso de los TARC, con la finalidad de garantizar su independencia, no es posible la revisión de oficio de sus resoluciones. Así lo establece expresamente el artículo 59.3 de la LCSP: “No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito”.

V. Supuestos de responsabilidad por el funcionamiento de los TARC

Los principales títulos de imputación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los TARC son los dos siguientes: anulación judicial y dilaciones indebidas.

1. Responsabilidad patrimonial por anulación judicial de la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales

Este supuesto es objeto de algunos (pocos) dictámenes de órganos consultivos. En concreto, de los dos ya indicados con anterioridad: Dictamen núm. 48/2018 del Consejo Consultivo de Aragón y del posterior Dictamen núm. 170/2019, de la Comisión Jurídica

Asesora de la Generalitat de Cataluña. La intervención de estos órganos consultivos se justifica porque su dictamen es preceptivo en los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que el importe de la reclamación supere un determinado umbral³.

Sobre esta hipótesis se pronuncia también la Sentencia núm. 40/2023, de 31 de enero, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV)⁴.

Este supuesto de responsabilidad se relaciona con algunas de las notas características definitorias de los TARC: la cualificación técnica y la especialización de sus miembros. Son rasgos esenciales de este tipo de órganos, que derivan ya de las exigencias del Derecho de la Unión Europea. La pericia del órgano se ha de traducir en un grado de deferencia mayor en el control judicial. Por lo tanto, la anulación judicial de la resolución de un TARC pondrá siempre en tensión ese rasgo esencial, contraponiéndose la excelencia jurídica del órgano administrativo que resuelve el recurso especial en materia de contratos y la del órgano judicial que anula la resolución de dicho recurso. La superioridad jurídica y carácter vinculante de la decisión del órgano judicial está fuera de toda discusión. No así, en cambio, cuál de ellos detenta una mayor y mejor especialización sobre la concreta materia relativa a los conflictos sobre contratación pública⁵.

La jurisprudencia ha extraído consecuencias de la configuración peculiar de los TARC. Como destacado ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014⁶ afirma: “Así, pues, la perspectiva desde la que debemos enjuiciar este litigio es la querida por los legisladores europeo y, en consonancia con él, español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa” (fundamento jurídico sexto). Más adelante volveremos sobre la operatividad práctica de esta “cualificada presunción de legalidad y acierto” del TARC, que es “superior (...) a la que con carácter general se

³ El Dictamen núm. 170/2019 de la CJA reconoce expresamente este caso como uno de los supuestos que permite imputar responsabilidad patrimonial a los TARC, con remisión al Dictamen núm. 48/2018 del CCA “Una segona via que pot permetre, si escau, la imputació de responsabilitat patrimonial als tribunals administratius en matèria de contractes és l’anul·lació judicial d’una de les seves resolucions. Aquest és el supòsit objecte del Dictamen núm. 48/2018 del Consell Consultiu d’Aragó”.

⁴ Sentencia núm. 40/2023, de 31 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), recurso núm. 684/2020 y ponente Sra. Paula Platas García (ECLI:ECLI:ES:TSPV:2023:594).

⁵ Un estudio sobre la deferencia del control judicial frente a las resoluciones de los TARC en SIBINA TOMÁS, Domènec, “Tribunales administrativos de recursos contractuales y control jurisdiccional”, en la obra colectiva *Control judicial de las autoridades reguladoras: ¿deferencia o desautorización?*, dirigida por Elisenda Malaret y Francesc Rodríguez Pontón.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de 23 de octubre de 2014, recurso núm. 3014/2013 y ponente Excmo. Sr. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva (ECLI:ES:TS:2014:4223).

predica de la actuación administrativa”. En cualquier caso, esta presunción parece ser coherente con la afirmación arriba hecha de la existencia de un grado mayor de deferencia judicial.

En relación con este supuesto de responsabilidad patrimonial, es de interés examinar algunas de las principales consideraciones contenidas en el Dictamen núm. 170/2019 de la CJA:

- 1) Estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación, en este caso, judicial, de un acto administrativo (la resolución del TARC). En consecuencia, debe aplicarse el régimen jurídico común establecido por la legislación para dicho supuesto.
- 2) La regla principal y primera de ese régimen jurídico común para los casos de anulación judicial de un acto administrativo es que dicha anulación no determina de manera necesaria y automática la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 32.1, segundo párrafo, de la LRJSP). En consecuencia, deberá acreditarse, en cada caso, la concurrencia de todos los requisitos legalmente exigidos para el nacimiento de esa responsabilidad. En el supuesto que nos ocupa, para que pueda estimarse la reclamación de responsabilidad por funcionamiento del TARC no es suficiente que su resolución haya sido anulada judicialmente, sino que, además, será preciso acreditar el cumplimiento de todos esos requisitos⁷.
- 3) En relación con el examen de la concurrencia de los requisitos legales de la responsabilidad patrimonial, en el supuesto de anulación judicial de acto administrativo, tiene un especial interés el requisito de la antijuridicidad del daño. Según un criterio de creación jurisprudencial, acogido por la doctrina de los órganos consultivos, para que nazca responsabilidad no basta con la acreditación de cualquier contradicción normativa, sino que debe exigirse la prueba de una “contravención normativa cualificada”. Esta cualificación especial es descrita por la jurisprudencia desde dos perspectivas, que pueden ser complementarias. En ocasiones, se exige la existencia de una desatención normativa flagrante o un apartamiento manifiesto de

⁷ Dictamen núm. 170/2019 de la CJA: < La Comissió s’ha pronunciat sobre la responsabilitat patrimonial en els supòsits d’anul·lació, judicial o administrativa, d’actes o disposicions administratives (per tots, Dictamen 340/2017). La regla principal, en aquest àmbit, és que l’anul·lació no determina d’una manera necessària i automàtica l’existència de responsabilitat patrimonial de l’Administració i, en conseqüència, el dret a la indemnització del perjudicat. Així s’estableix expressament en l’article 32.1, segon paràgraf, de l’LRJSP: “L’anul·lació en via administrativa o per l’ordre jurisdiccional contenciós administratiu dels actes o disposicions administratives no pressuposa, per si mateixa, dret a la indemnització”. En definitiva, l’existència de l’anul·lació de l’acte administratiu “no pressuposa” el dret del perjudicat a la indemnització. Aquesta anul·lació no és condició suficient per al naixement de responsabilitat de l’Administració: no determina, per si mateixa, d’una manera automàtica, aquest naixement. A més, és necessari acreditar que, en el cas concret, es compleixen tots els requisits materials establerts per l’ordenament jurídic per a la producció d’aquesta responsabilitat. Per aquest motiu, la jurisprudència reiteradament rebutja “*las interpretaciones maximalistas de uno u otro sentido*”, és a dir, que de l’anul·lació mai no es pot derivar responsabilitat patrimonial de l’Administració o, en sentit contrari, que sempre i automàticament cal derivar-la (entre moltes d’altres, Sentència del Tribunal Suprem, Sala Contenciosa Administrativa, Secció Primera, de 30 de juny de 2014, recurs núm. 476/2013, fonament jurídic cinquè).>

la legalidad. En otros supuestos, en cambio, lo que se toma en consideración es el criterio de la racionalidad y la razonabilidad de la decisión administrativa, de manera que solamente se genera responsabilidad cuando la actuación administrativa -en nuestro caso, del TARC- se haya producido fuera de unos márgenes de apreciación razonables y razonados. En todo caso, a la hora de hacer este juicio de racionalidad y razonabilidad, es necesario tener presente si se trata del ejercicio de una potestad administrativa reglada o discrecional, por un lado, y la existencia o no de conceptos jurídicos indeterminados, por el otro⁸.

- 4) La peculiar naturaleza del TARC puede tener incidencia en la valoración del requisito de la antijuridicidad. En concreto, sobre la exigencia jurisprudencial de que exista una contravención normativa cualificada, en los términos arriba expuestos. A pesar de ser un órgano administrativo, el TARC desempeña una función materialmente jurisprudencial: resuelve conflictos entre partes en materia de contratación pública. En consecuencia, es consustancial al TARC moverse en un terreno en el que la complejidad jurídica constituye la regla general y donde, habitualmente, se estará en presencia de diversas alternativas jurídicas razonables. A esto debe sumarse las características distintivas de este tipo de órganos: cualificación técnica, especialización e independencia funcional.

Por todos estos motivos, como hemos visto, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar la existencia de una “cualificada presunción de legalidad y acierto”. Lo que parece indicar un mayor grado de deferencia en el control judicial.

En definitiva, tomando en cuenta todos estos elementos, en última instancia lo que deberá examinarse, en cada caso concreto, es si la ilegalidad (contravención normativa) que padece la resolución del TARC es un vicio de envergadura jurídica suficiente (contravención normativa cualificada) para poder entender cumplido el requisito de la antijuridicidad⁹.

⁸ Dictamen núm. 170/2019 de la CJA: <En relació amb la valoració del compliment dels esmentats pressupòsits materials de la responsabilitat de l'Administració, en els casos d'anul·lació d'actes administratius, té un especial interès el requisit de l'antijuridicitat del dany. Segons un criteri de creació jurisprudencial, recollit per la doctrina dels òrgans consultius, inclosa aquesta Comissió Jurídica Assessora, s'afirma que no genera responsabilitat qualsevol anul·lació d'un acte administratiu per contravenció de la normativa; en altres paraules, no és suficient per a imputar responsabilitat a l'Administració la sola declaració d'il·legalitat de la seva actuació, sinó que es requereix que sigui una contravenció normativa qualificada. Aquesta qualificació és descrita habitualment per la jurisprudència des de dues perspectives que poden ser complementàries. En ocasions s'exigeix l'existència d'una desatenció normativa flagrant o un apartament manifest de la legalitat. En d'altres casos es pren en consideració el criteri de la racionalitat i la raonabilitat de la decisió administrativa, de manera que només es genera responsabilitat quan l'actuació de l'Administració s'hagi produït fora d'uns marges d'apreciació raonables i raonats. En tot cas, a l'hora de fer aquest judici de racionalitat i raonabilitat, cal tenir present si es tracta de l'exercici d'una potestat administrativa reglada o discrecional i l'existència o no de conceptes jurídics indeterminats.>

⁹ Dictamen núm. 170/2019 de la CJA: <Aquesta Comissió vol posar en relleu en aquest moment, també en seu de valoració del requisit de l'antijuridicitat, la peculiaritat de la naturalesa de l'OARCC, de la seva funció i de les seves resolucions. Per decisió del legislador, malgrat el seu caràcter formal d'òrgan administratiu i el caràcter administratiu de les seves resolucions, l'OARCC exerceix una veritable funció de resolució de conflictes en matèria de contractació. En

También versa sobre un supuesto de responsabilidad patrimonial por anulación judicial de una resolución del TARC la ya citada STSJ PV núm. 40/2023, de 31 de enero.

Los hechos sobre los que se pronuncia la sentencia son, en breve síntesis, los siguientes. El Ayuntamiento de Bilbao saca a licitación el contrato de “servicio de control directo del cumplimiento de la ordenanza OTA de la Villa de Bilbao, así como los servicios vinculados para los usuarios del sistema OTA”. El sistema OTA es un servicio de control y ordenación del estacionamiento en ciertas calles del municipio, con la finalidad de racionalizar el uso de un bien escaso como son las plazas de aparcamiento en la vía pública. La resolución municipal de adjudicación del contrato a una empresa (UTE GERTEK y ACCIONA) fue anulada por resolución del TARC correspondiente (el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales), que acordó la exclusión de la oferta del adjudicatario y, complementariamente, la adjudicación del contrato a la empresa que obtuvo la segunda mejor puntuación (UTE formada por EYSA y CYCASA). La resolución del TARC fue impugnada judicialmente y anulada por la STSJ PV núm. 1129/2018, de 27 de marzo (recurso núm. 678/2016), resultando de nuevo adjudicataria la primera empresa. Como la tramitación del recurso judicial llevó un tiempo, la segunda empresa, esto es, la que obtuvo la adjudicación como consecuencia de la resolución del TARC, comenzó la ejecución del contrato, que efectivamente tuvo lugar desde el 16 de septiembre de 2016 hasta el 1 de julio de 2019, fecha en la que tras dictarse la sentencia, el Ayuntamiento de Bilbao formalizó ahora el contrato con la primera empresa. Dadas estas circunstancias, la que fue primera empresa adjudicataria y que finalmente es confirmada judicialmente (UTE GERTEK y ACCIONA) reclama ahora ante el Gobierno Vasco responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la imposibilidad de ejecutar el contrato, en el período que va desde el 16 de septiembre de 2016 hasta el 1 de julio de 2019, por un presunto funcionamiento anormal que la recurrente imputa al TARC, cuya resolución fue anulada judicialmente.

Es aquí también de interés destacar las principales consideraciones jurídicas contenidas en la STSJ PV núm. 40/2023, de 31 de enero:

- 1) La sentencia presupone, sin hacer ninguna matización al respecto, que la naturaleza de la resolución del TARC es la de acto administrativo y que, por lo

conseqüència, és consubstancial a aquest òrgan moure's en un terreny on la complexitat jurídica és la regla habitual, amb presència de diverses alternatives jurídiques raonables, així com el fet de prendre la seva decisió després d'examinar la posició enfrontada de les parts en el conflicte. Per a estar en condicions d'afrontar amb èxit aquesta tasca, la llei configura aquest òrgan amb unes característiques distintives, com ara la garantia de la seva qualificació tècnica, la seva especialització i la seva independència funcional. Configuració particular que porta el Tribunal Suprem a afirmar, en la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa, Secció Setena, de 23 d'octubre de 2014 (recurs núm. 3014/2013), que en aquest òrgan “*concorre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa*” (fonament jurídic sisè).

Traslladant la doctrina general abans descrita al cas que ara s'examina (...) La pregunta que cal respondre, arribat aquest punt del raonament, és si el vici detectat per l'esmentada sentència (...) es pot considerar com una contravenció normativa flagrant, en el sentit de suposar una desatenció normativa flagrant o de sobrepassar els marges d'apreciació raonables i raonats.>

tanto, estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo¹⁰.

- 2) Siguiendo el razonamiento del demandante, la sentencia acepta que lo que debe examinarse, en el caso concreto, es la existencia de un supuesto de funcionamiento anormal del TARC, que se manifiesta por el hecho de que su resolución ha sido posteriormente anulada judicialmente¹¹.
- 3) En los términos ya indicados con anterioridad, la sentencia no considera que la anulación judicial de la resolución del TARC determine directa y automáticamente la existencia de responsabilidad patrimonial, sino que, antes al contrario, declara que es preciso entrar a analizar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos legalmente exigidos¹².
- 4) También en el sentido ya indicado, la sentencia presta una mayor atención, en concreto, al requisito de la antijuridicidad del daño. Tras examinar la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, concluye que “la aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al caso de autos, obliga a analizar si la resolución del OARC por la que se excluyó a la UTE que había resultado adjudicataria de un contrato y actualmente recurrente, excedió los límites de la razonabilidad y ponderación”. El TSJPV, por lo tanto, en esta sentencia, se decanta por el ya explicado criterio de la racionalidad y la razonabilidad de la decisión administrativa, de manera que solamente se genera responsabilidad cuando la actuación administrativa -en nuestro caso, del TARC- se haya producido fuera de unos márgenes de apreciación razonables y razonados. Pues bien, analizadas las circunstancias del caso concreto, a la luz de la anterior sentencia anulatoria de la resolución del TARC, el tribunal concluye que se “excedió los límites de la razonabilidad y proporcionalidad”, de manera que debe tenerse por “confirmada la concurrencia en el caso de autos del requisito de la antijuridicidad”¹³.

¹⁰ En el contexto del análisis del cumplimiento de los requisitos legales para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la sentencia afirma, respecto a la exigencia de la antijuridicidad del daño y la existencia de la obligación jurídica de soportarlo, que tal cosa debe examinarse “con detenimiento en casos como el que nos ocupa, de anulación de un acto administrativo” (fundamento jurídico cuarto).

¹¹ La demanda, en efecto, reclama responsabilidad patrimonial “por un presunto funcionamiento anormal que la recurrente imputa al OARC, al haber sido anulada la resolución por el que dicho órgano excluyó a la demandante del procedimiento de licitación, en virtud de la sentencia de esta Sala núm. 109/2018, de 27 de marzo de 2018” (fundamento jurídico segundo).

¹² Cosa que hace la sentencia en su fundamento jurídico cuarto.

¹³ Las citas del texto son del fundamento jurídico cuarto de la sentencia. En este mismo fundamento se detallan las razones por las que se llega a esa conclusión. En resumen, el tribunal estima que “ante una oferta que el OARC entendía que no era clara, lo razonable y proporcionado era haberle concedido un trámite para aclaraciones o subsanación (...)”. En consecuencia, la resolución del TARC “excedió los límites de la razonabilidad y proporcionalidad, pues, como ha quedado expuesto, en vez de acordar la exclusión del procedimiento de licitación, debió requerir a la demandante para subsanar o aclarar su oferta, sobre todo, cuando había resultado la adjudicataria del contrato”.

- 5) Debe destacarse que, a pesar de que la controversia tiene como objeto un contrato del Ayuntamiento de Bilbao, la responsabilidad patrimonial se reclama -y la sentencia admite- del Gobierno vasco, puesto que el TARC se integra formalmente en la Administración autonómica. En definitiva, de lo que se trata es de ventilar la existencia o no de responsabilidad patrimonial del Gobierno vasco y no del Ayuntamiento de Bilbao. En este contexto, el tribunal rechaza la pretensión del Gobierno vasco y de la compañía aseguradora de negar la concurrencia del requisito del nexo causal, so pretexto de que el daño derivaría de la incorrecta ejecución por el Ayuntamiento de la sentencia anulatoria de la resolución del TARC al modificar el plazo del contrato¹⁴. Tampoco se admite la pretensión de que sea el Ayuntamiento quien deba asumir una parte de la indemnización debida, en concreto, la relativa al beneficio industrial¹⁵.
- 6) Respecto al daño indemnizable, la empresa demandante reclama dos conceptos: gastos generales indebidamente soportados, por un lado, y pérdida de lucro cesante o beneficio industrial, por el otro.

En relación con el primer concepto, la sentencia sostiene que “el criterio de esta Sala es que no procede su inclusión en la partida indemnizatoria, toda vez que la pretensión de la parte recurrente no contiene un fundamento sólido que lleve a concluir que tal magnitud represente una pérdida o menoscabo patrimonial de dicha parte durante el período que no fue la adjudicataria del contrato, y en que, por definición, no ejecutó el contrato”. Y añade: “en definitiva, se trata de unos gastos que se devengan por la prestación del servicio contratado y no por su inejecución. Añadir a la partida indemnizatoria el gasto existencial de la propia empresa, por el tiempo que no ejecutó el contrato, no deja de suponer una artificial reduplicación de tales perjuicios” (fundamento jurídico cuarto).

Respecto a la inclusión en la indemnización del beneficio industrial dejado de percibir por el tiempo que no se ejecutó el contrato, lo identifica con “el lucro cesante” que se concreta “en el llamado beneficio industrial”, cuantificado del modo siguiente: “desde siempre se ha considerado que es el 6% del presupuesto de ejecución material, y así lo recogía el artículo 131.1.b) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo”. Y concluye: “por tanto, el parámetro de referencia para el cálculo de la indemnización será el de la pérdida del beneficio industrial, que se concreta en el porcentaje del 6% sobre el presupuesto de ejecución material del contrato por el plazo de 33 meses y medio (desde el 16 de septiembre de 2016 hasta el 1 de

¹⁴ “Ningún reproche merece la actuación del Ayuntamiento de Bilbao que fue confirmada por la sentencia de esta Sala. Inicialmente adjudicó el contrato a la UTE que, tras la sentencia de esta Sala, resultó la adjudicataria final del mismo y con la que formalizó el contrato tras el dictado de aquella por el tiempo que restaba de duración del mismo” (fundamento jurídico cuarto).

¹⁵ No “resulta acogible la tesis del Gobierno vasco de que dicha partida indemnizatoria [el beneficio industrial dejado de percibir por el tiempo que no se ejecutó el contrato] debe exigirse al Ayuntamiento de Bilbao, toda vez que, como ya se expuso líneas arriba, la actuación del Consistorio no ha sido declarada disconforme a Derecho, sino todo lo contrario, confirmada su validez por la meritada sentencia de esta Sala núm. 109/2018, de 27 de noviembre” (fundamento jurídico cuarto).

julio de 2019), plazo sobre el que no existe discrepancia” (fundamento jurídico cuarto).

Para concluir este apartado, añadimos que, de los razonamientos expuestos acerca de la posible incidencia de la peculiar naturaleza del TARC sobre el requisito de la antijuridicidad, en nuestra opinión, dan pie a consideraciones muy diversas, entre las que se destacan ahora las dos siguientes:

- 1) El requisito legalmente exigido es la antijuridicidad del daño. Por lo tanto, la antijuridicidad se predica del daño y no de la conducta del agente causante. Sin embargo, el requisito jurisprudencial que exige la existencia de una contravención normativa cualificada toma como referencia dicha conducta, en concreto, su grado de vulneración de la normativa vigente.
- 2) La peculiar naturaleza del TARC y, en concreto, la presunción jurisprudencial de legalidad y acierto de sus decisiones puede ser utilizada como argumento no para dificultar, sino al contrario, para facilitar el entender acreditado el requisito jurisprudencial de la existencia de una contravención normativa cualificada. Esto es, si estamos ante un órgano dotado de una reforzada excelencia jurídica (cualificación técnica y especialización), lo esperable es que sus decisiones sean conformes con el ordenamiento jurídico. Cuando no lo son, y así queda demostrado con la existencia de una sentencia anulatoria, será un claro indicio de que, en ese caso concreto, se ha cometido un error grave y, por tanto, estaremos ante una contravención normativa cualificada. Esta argumentación, sin embargo, a mi juicio, no parece demasiado consistente. En efecto, cabe recordar lo dicho acerca del ámbito de complejidad jurídica en la que habitualmente se mueve el TARC, de manera que la corrección de su decisión por una posterior decisión judicial no implicará necesariamente una desatención normativa flagrante o un juicio no razonable ni razonado del asunto.

2. Responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales en la aprobación de su resolución

Este supuesto de responsabilidad se relaciona con otra de las notas características definitorias de los TARC: la celeridad en la resolución de los recursos. Esta es una de las principales razones que, ya desde el Derecho de la Unión Europea, justifican su propia existencia. En consecuencia, la demora en la resolución del recurso especial en materia de contratación, cuando pueda ser calificada como dilaciones indebidas, es frontalmente contraria a este rasgo esencial.

Sobre este supuesto se pronuncia la Sentencia núm. 44/2017, de 24 de enero, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco¹⁶. La sentencia estima la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de las dilaciones indebidas del TARC en la resolución del recurso especial interpuesto contra el acto de adjudicación de un contrato. La parte actora, en efecto, pretende la reparación de los daños y perjuicios

¹⁶ Sentencia núm. 44/2017, de 24 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recurso núm. 246/2015 y ponente Ilmo. Sr. D. José Antonio González Saiz (ECLI:ECLI:ES:TSPV:2017:125).

que afirma ha sufrido a causa de la demora en poder ejecutar las prestaciones dimanantes del contrato del que había resultado adjudicataria.

Comienza el TSJPV su razonamiento recordando que una nota característica del recurso especial en materia de contratación es la celeridad. Que el recurso deba resolverse con rapidez deriva de las exigencias de la normativa del Derecho de la Unión Europea y de la legislación interna de transposición, “pues si algo destaca en ellas es la necesidad que las actuaciones se desenvuelvan con rapidez consciente de los enormes intereses económicos presentes” (fundamento jurídico tercero, apartado primero).

Después de recordar que el TARC es formalmente un órgano administrativo, el Tribunal afirma que, en consecuencia, “no sólo está vinculado por los plazos (artículo 47 de la Ley 30/1992), sino también por la responsabilidad por los daños que su inobservancia puedan causar, entre otros la demora en la solución de los recursos que se le planteen” (fundamento jurídico tercero, apartado primero).

Analizando el caso concreto, descarta la concurrencia de causas que justifiquen el retraso. Así, “no ha habido necesidad de informes complementarios, ni se ha acordado la suspensión del plazo al amparo del artículo 42 de la Ley 30/1992, ni el asunto revela una complejidad fuera de la ordinaria”. En particular, presta atención al rechazo del argumento de “la carencia de medios suficientes”. Según el Tribunal, “tampoco puede dar lugar a la exoneración de responsabilidad porque tal carencia, de existir, integraría el concepto de funcionamiento anormal, pues la ley impone a la propia Administración, en la que se integra el órgano [TARC], el dotarle de medios suficientes. En resumen, la propia responsable de la dotación de los medios necesarios para resolver con celeridad y de reparar los daños causados por la insuficiencia de los medios con que se contaba se estaría escudando en el incumplimiento de la primera obligación citada para eludir su responsabilidad en la segunda, algo, prima facie, absurdo” (fundamento jurídico tercero, apartado primero).

Constatada la existencia de una demora injustificada, el Tribunal entra a determinar los daños probados. En resumen, estima que son indemnizables el coste de las garantías prestadas y el beneficio industrial dejado de percibir, en ambos casos “durante el tiempo que en exceso sobre el previsto por la ley se ha dilatado la resolución del recurso especial”. En cambio, analizadas las circunstancias del caso concreto, concluye que no procede resarcimiento alguno por los gastos e inversiones que el contratista afirma que, al momento de presentar su oferta, ya había realizado en tanto que necesarios para cumplir el contrato, de manera que, llegada la adjudicación, ya tenía dispuestos los elementos precisos para iniciar de inmediato la prestación del servicio. El motivo del rechazo no tiene que ver, en abstracto, con el tipo de gasto en cuestión, sino por no haber probado que, en ese supuesto en concreto, era imprescindible tenerlo realizado antes del momento de la adjudicación: “para reclamar por estas inversiones sería necesario que la actora demostrase que para contar materialmente con estos elementos al momento de dar inicio al contrato resultaba imprescindible que antes de la adjudicación se efectuase la inversión” (fundamento jurídico tercero, apartado segundo).

Sobre esta misma hipótesis, de responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas del TARC en la aprobación de la resolución, se pronuncia el Dictamen núm. 170/2019 de la CJA. En él, el órgano consultivo reconoce expresamente este caso como uno de los

supuestos que permite imputar responsabilidad patrimonial a los TARC, con referencia a la citada STSJ PV núm. 44/2017, de 24 de enero ¹⁷.

3. Profundización en un supuesto: la determinación del sujeto obligado al pago de la indemnización sustitutoria en el caso de imposibilidad de ejecución del contrato por el adjudicatario resultante tras la anulación judicial de una resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales

El supuesto que aquí se contempla es el siguiente. La Administración contratante, después de seguir el correspondiente procedimiento de licitación, adjudica el contrato a una empresa (empresa A). El acto de adjudicación es objeto de recurso especial en materia de contratación por otra empresa competidora que presentó también una oferta (empresa B). El recurso es estimado por el tribunal administrativo de recursos contractuales, que dicta resolución anulando el acto de adjudicación y pronunciándose a favor de la adjudicación a la recurrente (empresa B). A continuación, esta resolución es impugnada judicialmente y, tras seguirse el correspondiente proceso judicial, el tribunal contencioso-administrativo dicta sentencia anulando la resolución del tribunal administrativo de recursos contractuales y confirmando el inicial acto de adjudicación de la Administración contratante. Esta sentencia, por tanto, reconoce el derecho de la primera adjudicataria (empresa A) al contrato. Ahora bien, sucede que, por el tiempo transcurrido, es ya imposible el ejercicio del derecho reconocido, cuyo contenido es llevar a cabo materialmente la ejecución del contrato. Como compensación, se plantea en sede judicial el pago al legítimo adjudicatario (empresa A) de una indemnización compensatoria, cuyo importe suele calcularse acudiendo a la noción de beneficio industrial.

Planteada la cuestión en estos términos, el problema que se plantea es determinar el sujeto responsable en estos casos, es decir, a quien debe condenarse al pago de la indemnización sustitutoria¹⁸. Las opciones que -inicialmente- pueden barajarse son las siguientes:

- 1) Que lo sea el tribunal administrativo de recursos contractuales, puesto que ha sido su resolución el origen del daño, en tanto que privó incorrectamente -como lo demuestra que haya sido anulada judicialmente- al legítimo adjudicatario (empresa A) de la posibilidad de ejecutar el contrato.
- 2) Que lo sea la empresa que recurrió ante el tribunal administrativo de recursos contractuales y se benefició de su resolución al resultar sobrevenidamente adjudicataria del contrato (empresa B).

¹⁷ “Entre els supòsits que potencialment poden generar aquesta responsabilitat patrimonial es troba el retard o la dilació en dictar resolució en un procediment de recurs especial en matèria de contractació. Aquest és el cas de la Sentència núm. 44/2017, de 24 de gener, del Tribunal Superior de Justícia del País Basc, Sala Contenciosa Administrativa, Secció Tercera, del recurs núm. 246/2015. En aquesta sentència, el Tribunal admet l’existència de responsabilitat patrimonial de l’Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals d’Euskadi pel retard en la resolució d’un recurs especial.”

¹⁸ Esta cuestión ha sido muy acertadamente planteada en SÁEZ, Clara y CORTADELLAS, Tania, “El quebranto de la tutela judicial efectiva derivado de la falta de personación judicial de los tribunales administrativos de contratos del sector público”, en Diario La Ley, núm. 10403, Sección Tribuna, 11 de diciembre de 2023, pp. 1 a 11.

- 3) Que lo sea la Administración contratante, en tanto que es la responsable del contrato y acordó -siguiendo las indicaciones del tribunal administrativo de recursos contractuales- su adjudicación a la empresa contestataria (empresa B).
- 4) Finalmente, que lo sea la Administración a la que está adscrito el tribunal administrativo de recursos contractuales, precisamente por razón de esa adscripción.

Todas estas opciones, como se verá, presentan dificultades severas para su defensa. No obstante, antes de entrar en el fondo de la cuestión, es conveniente delimitar bien el contexto con las siguientes observaciones:

- 1) El tribunal administrativo de recursos contractuales es formalmente un órgano administrativo y, por lo tanto, carece de personalidad jurídica propia. Actúa bajo el paraguas de la personalidad jurídica de la Administración a la que está adscrito, si bien tienen garantizada su independencia orgánica y funcional.
- 2) Con la finalidad de proteger su independencia, el artículo 21.3 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA)¹⁹, en sede de legitimación de las partes del proceso contencioso-administrativo, niega la consideración de parte demandada al tribunal administrativo de recursos contractuales: “En los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49²⁰”. Por lo tanto, según la literalidad de este precepto legal, en estos supuestos, serán parte demandada “las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto”²¹.
- 3) En el supuesto que estamos examinando, descrito más arriba, no puede afirmarse que la Administración contratante entre dentro de la noción de “Administración favorecida por el acto objeto del recurso”. En efecto, el acto objeto del recurso judicial es la resolución del TARC que, precisamente, lo que hizo fue anular la decisión (acto de adjudicación) de la Administración contratante.
- 4) Tampoco cabe afirmar que ostenta esa condición la Administración de adscripción del TARC. No lo será, por las razones ya indicadas, en el caso de que sea ella la Administración contratante. Pero tampoco cuando no lo sea: la resolución del TARC habrá sido dictada sin seguir instrucciones suyas, puesto que

¹⁹ La redacción actual procede de la modificación introducida a través del artículo 3.4 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

²⁰ El artículo 49 de la LJCA regula el emplazamiento de los demandados.

²¹ Esta disposición supone una excepción a la regla general de legitimación contenida en el apartado 1.a) del mismo artículo 21 de la LJCA, según el cual se considera parte demandada “Las Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso”.

actúa con independencia, y se referirá a la decisión (acto de adjudicación) adoptada por otra Administración diferente.

Delimitada así la cuestión, procede ahora examinar la respuesta que han dado los tribunales. No podemos abordar aquí el tema en toda su extensión, pero sí intentar, al menos, una aproximación detenida. En este sentido, comenzamos afirmando la existencia de una clara falta de unidad, antes al contrario, la existencia de posiciones judiciales bien diferenciadas:

1) Algunos tribunales se han pronunciado en el sentido de declarar la responsabilidad de la Administración contratante. Destacamos las dos siguientes sentencias:

a) Sentencia núm. 232/2015, de 14 mayo de 2015, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid²².

Por acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Alcobendas, de 4 de marzo de 2014, se adjudicó a la empresa “Acciona Servicios Urbanos SL” el contrato de “gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria de la ciudad de Alcobendas. Otra empresa – “Compañía Española de Servicios Auxiliares SA (CESPA)”- interpone contra dicho acuerdo municipal recurso ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que lo estima mediante resolución 67/2014, de 10 de abril de 2014, anulando el acuerdo impugnado, rechazando la oferta de la empresa Acciona y ordenando la adjudicación a la siguiente oferta mejor clasificada. Contra la resolución del TARC, Acciona interpone recurso contencioso-administrativo, que es resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 232/2015, de 14 de mayo de 2015. Es parte demandante la empresa Acciona, parte demanda la empresa CESPA y codemandada el Ayuntamiento de Alcobendas.

En lo que ahora interesa destacar, la Sentencia estima el recurso, anulando la resolución del TARC y declarando la validez del acuerdo municipal, por tanto, con adjudicación del contrato a la empresa Acciona.

La parte recurrente -empresa Acciona- además de pedir la anulación de la resolución del TARC, confirmándose la adjudicación del contrato a su favor, solicita también al tribunal que le reconozca, como situación jurídica individualizada, el derecho a ser indemnizado con el beneficio industrial por el tiempo que se haya visto privada de ser adjudicataria del contrato. La Sentencia se lo concede, declarando la responsabilidad de la Administración contratante: “debiendo el Ayuntamiento de Alcobendas indemnizar a Acciona Servicios Urbanos SL en el 6% del beneficio industrial por el tiempo en que indebidamente se ha visto privada de prestar el servicio”.

De esta sentencia conviene destacar los siguientes aspectos. Primero: se reconoce el derecho a una indemnización sustitutoria, ante la imposibilidad de

²² Sentencia núm. 232/2015, de 14 mayo de 2015, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso núm. 301/2014, Ponente Sra. Pilar Maldonado Muñoz (ECLI:ES:TSJM:2015:4673).

haber ejecutado completamente y con normalidad el contrato adjudicado. Segundo: se determina esa indemnización por referencia al beneficio industrial dejado de obtener, cuantificado en un 6%. Y tercero: se declara responsable y, por tanto, obligada al pago, a la Administración contratante, esto es, al Ayuntamiento de Alcobendas. Ello a pesar de que el tribunal confirma la decisión municipal inicial. En otras palabras, aunque el Ayuntamiento haya cambiado la decisión de adjudicación obligado por el acatamiento de la resolución del TARC, ahora anulada en sede judicial. Se configura así, aunque no se diga expresamente en la sentencia, una suerte de responsabilidad objetiva de la Administración contratante. Lo cierto es que el Tribunal es consciente de esta circunstancia, puesto que la explicita para justificar la no imposición de costas al Ayuntamiento: “No procede imponer costa alguna al Ayuntamiento de Alcobendas, ya que, como él afirma (...), en ningún momento compartió ni la admisión del recurso especial por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública ni los argumentos y conclusiones de la resolución del citado Tribunal (...), impugnada en los presentes autos, habiéndose visto obligada a acatar dicha resolución y modificar su anterior criterio con el fin de no ocasionar perjuicios a los ciudadanos de Alcobendas”(fundamento jurídico cuarto).

b) Sentencia de 24 de julio de 2019, de la Audiencia Nacional²³.

Por resolución del Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música (INAEM), del Ministerio de Cultura, de 19 de julio de 2016, como órgano contratante, se adjudicó a la empresa “IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS SL”, el contrato “servicios de publicidad de las actividades que acuerden programar los Centros y Unidades de producción dependientes del INAEM durante la temporada 2016-2017”. Otra empresa –“ ADSOLUT”-, también licitante y que había obtenido la segunda mejor puntuación, interpuso contra el acto de adjudicación recurso especial ante el Tribunal Central de Recursos Contractuales, que lo estima, mediante su resolución 796/2016, de 7 de octubre de 2016, anulando el acto impugnado. Contra la resolución del TARC, la primera adjudicataria (empresa IRISMEDIA) interpuso recurso contencioso-administrativo, que es resuelto por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2019. Es parte demandante la empresa IRISMEDIA. Aparece como demandado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. También comparece como parte demandada la Administración General del Estado. En la Sentencia, el Tribunal reprocha que el Abogado del Estado “ha eludido expresamente su personación, sin que lo hiciera, por tanto, en representación del INAEM, que era la Administración contratante; y habiendo hecho lo propio la referida mercantil [ADSOLUT], pese a que consta estar emplazada” (fundamento jurídico quinto).

En lo que ahora interesa destacar, la Sentencia estima parcialmente el recurso, anulando la resolución del TARC y declarando la validez del acuerdo municipal, por tanto, con adjudicación del contrato a la primera empresa.

²³ Sentencia de 24 de julio de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional, recurso núm. 1098/2016, Ponente D. Santos Honorio De Castro García (ECLI:ES:AN:2019:3413).

La parte recurrente -empresa IRISMEDIA- además de pedir la anulación de la resolución del TARC, confirmándose la adjudicación del contrato a su favor, solicita también al tribunal que le reconozca, al ejercitarse una pretensión de plena jurisdicción, el derecho a una indemnización por el beneficio industrial del 6% o, subsidiariamente, el importe que el Tribunal considere ajustado a Derecho.

La Sentencia se lo concede: “además de anularse la resolución del TACRC objeto de impugnación y confirmar en consecuencia el inicial acto de adjudicación en favor de IRISMEDIA, deberá también reconocérsele, dentro de la vertiente de plena jurisdicción de su pretensión, el derecho a obtener la indemnización correspondiente”. En cuanto a su importe, “la Sala considera más prudente diferir la cuantificación de la indemnización para el período de ejecución de sentencia, fijándose ya como base para determinar el beneficio dejado de percibir el 6% de la retribución satisfecha a ADSOLUT por el contrato de referencia durante un año” (fundamento jurídico undécimo). Ya en el fallo, la sentencia explicita que la responsabilidad corresponde al INAEM: “reconocer el derecho de dicha parte [demandante] a que el INAEM le indemnice por el beneficio industrial dejado de obtener, el cual se determinará en el período de ejecución conforme a las bases expresadas en el fundamento de derecho undécimo de esta sentencia”.

De esta sentencia conviene destacar los mismos aspectos que en el caso de la Sentencia anteriormente examinada. Primero: se reconoce el derecho a una indemnización sustitutoria, ante la imposibilidad de haber ejecutado completamente y con normalidad el contrato adjudicado. Segundo: se determina esa indemnización por referencia al beneficio industrial dejado de obtener, cuantificado en un 6%. En este caso, su determinación se difiere al momento de ejecución de sentencia. Y tercero: se declara responsable y, por tanto, obligada al pago, a la Administración contratante, esto es, al INAEM. En esta ocasión, a diferencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la Audiencia Nacional no hace ninguna consideración en el sentido de que la sentencia lo que hace es confirmar la decisión inicial de la Administración contratante. No hay imposición de costas.

- 2) Algún otro tribunal se ha pronunciado en el sentido de afirmar que la responsabilidad corresponde a la Administración a la que se encuentre adscrito el TARC, aunque, en el caso concreto enjuiciado, se desestime la pretensión indemnizatoria por el hecho de que la parte demandante no ha solicitado expresamente su condena al pago de la indemnización, no tiene obligación de personarse en el proceso y podría generarse indefensión.

Este es el caso de la Sentencia núm. 355/2016, de 13 de julio de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón²⁴.

Por resolución de la Presidencia de la Comarca de Hoya de Huesca, de 3 de diciembre de 2012, se adjudicó a la empresa CICPA el contrato para la “prestación

²⁴ Sentencia núm. 355/2016, de 13 de julio de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recurso núm. 64/2013 y su acumulado núm. 69/2013, Ponente Sr. Juan Carlos Zapata Hajar (ECLI:ES:TSJAR:2016:986).

del servicio de control de calidad del agua de consumo humano de la Comarca de la Hoya de Huesca”. Otra empresa -LASAOSA- también licitante y que había obtenido la segunda mejor puntuación, interpuso recurso especial contra el acto de adjudicación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que lo estima, mediante su acuerdo 5/2013, de 25 de enero de 2013, anulando el acto impugnado y ordenando la exclusión de CICPA. Contra la resolución del TARC, la primera adjudicataria (empresa CICPA) interpuso recurso contencioso-administrativo, que es resuelto por la Sentencia núm. 355/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de julio de 2016. Son parte demandante la empresa CICPA y la Comarca de la Hoya de Huesca. Parte demandada es la empresa LASAOSA.

Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal examina tres pretensiones formales de la empresa demandada (LASAOSA) que son de interés.

La primera es la falta de legitimación activa de la Comarca de la Hoya de Huesca para interponer el recurso contencioso-administrativo contra el TARC. La demandada justifica su pretensión del siguiente modo: “por aplicación de lo dispuesto en el artículo 20.a) de la LJCA, la Comarca de la Hoya, órgano adjudicador del contrato, carece de legitimación, pues es un órgano sujeto al control del Tribunal de Contratos”. Este precepto, en sede de legitimación para acceder al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, establece que “no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente” (antecedente de hecho sexto).

El Tribunal no comparte este razonamiento. La argumentación judicial parte de destacar la independencia de los TARC, de manera que contra sus resoluciones no cabe revisión en vía administrativa, sino únicamente recurso contencioso-administrativo. De todo ello cabe deducir que, a los efectos del artículo 20.a) de la LJCA, el TARC no es un órgano administrativo que impida al órgano sujeto a control la interposición del citado recurso judicial. En palabras del Tribunal: “A diferencia de otros órganos administrativos sectoriales de control, entre los más significados los Tribunales Económicos Administrativos, cuyas resoluciones sí pueden formar parte de la Administración tributaria a la que controlan pues sus resoluciones pueden ser revisadas en vía administrativa, pueden declararse lesivas y cabe interponer recurso de alzada contra ellas (arts. 213 , 218 y 241 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria) los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, son órganos independientes funcionalmente creados por la Ley 30/2007 de 30 de octubre, Contratos del Sector Público, estando legitimados para recurrir sus decisiones toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso (art.312 de esta norma), de lo que debe concluirse que no están faltos de legitimación las Administraciones que actúen como órganos de contratación y adjudicación, si la resolución puede afectar a un interés o derecho suyo. A diferencia de otros órganos de control, frente a las decisiones de los Tribunales de contratos, sólo cabe recurso contencioso administrativo en atención a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de

julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y tal y como establece el art. 319 de la Ley 30/2007 no es posible su revisión en vía administrativa. De ello cabe inferir que a los efectos del art. 20.a) de la LRJCA , no es un órgano administrativo que impida al órgano sujeto a control la interposición del recurso contencioso administrativo. Así está recogido en el art. 19.4 de la LRJCA , cuando dice: Las Administraciones públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad y en el art. 21.3 de la misma Ley , cuando indica que será parte demandada o bien la Administración o bien la persona favorecida, por lo que a sensu contrario, si la Administración no ha sido favorecida por la resolución del Tribunal de contratos, puede interponer recurso y en ningún caso cabe considerarla como parte demandada” (fundamento jurídico primero).

La segunda pretensión de la empresa demandada es la inadmisión de la demanda por el hecho de que el recurso se haya dirigido contra el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón. Se fundamenta esta pretensión en el hecho de que el TARC “no puede ser parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.3 de la LJCA”. Este precepto legal establece, en efecto, que los TARC “no tendrán la consideración de parte demandada” en los recursos adoptados contra sus decisiones (antecedente de hecho sexto).

El Tribunal tampoco comparte este razonamiento. Comienza calificando el contenido del artículo 21.3 de la LJCA como “una decisión normativa muy poco explicable en términos procesales, pues deja las decisiones de un órgano ayunas de prueba y de defensa propia ante un Tribunal jurisdiccional y, en el mejor de los casos, encomendando la prueba y defensa a una parte del procedimiento”. Después de constatar que el recurso se dirigió contra el TARC y sabido lo establecido en el citado precepto legal, la Sentencia concluye que “ello no puede significar que, dirigida la demanda contra el Tribunal de Contratos, este órgano judicial no pueda rechazar -por ir en contra de la norma- esta pretensión y tener por demandada a la empresa que finalmente fue adjudicataria, pues entra dentro de los poderes de oficio del mismo” (fundamento jurídico segundo). Es decir, el tribunal puede de oficio tener como parte demandada a la otra empresa competidora (LASAOSA), a pesar de que la empresa recurrente (CICAP) haya dirigido formalmente su recurso contra el TARC.

La tercera pretensión de la empresa demandada es que se acoja la existencia de una “desviación procesal”, puesto que la empresa demandante “ha suscitado una pretensión de indemnización en vía judicial que no fue sustentada en vía administrativa” (antecedente de hecho sexto).

De nuevo, el Tribunal rechaza la pretensión: “No hay desviación procesal por no haber suscitado en vía administrativa la pretensión de responsabilidad patrimonial, que puede ser suscitada tal y como establecen los artículos 65.3 y 71.d) de la LJCA”. Aunque advierte: “Cuestión distinta es, como veremos, si cabe condenar a la Administración demandada como se solicita” (fundamento jurídico tercero).

En lo que ahora interesa destacar, respecto al fondo del asunto, la Sentencia estima parcialmente el recurso, anulando la resolución del TARC y declarando la validez del acuerdo de la Comarca de la Hoya de adjudicación del contrato a la primera empresa.

La empresa recurrente (CICAP), además de solicitar la anulación de la resolución del TARC, pide también el reconocimiento de situación jurídica individualizada, consistente en que “la Administración demandada” le abone una indemnización en concepto de daños (antecedente de hecho quinto y fundamento jurídico quinto). Esta misma empresa, en su escrito de conclusiones, afirma que la referencia hecha a “la Administración demandada” es un error y que, en realidad, lo que debería decirse es que se condene al pago de esa indemnización a la empresa adjudicataria LASAOSA.

La Sentencia entra a analizar la cuestión del pago de la indemnización y hace unas consideraciones muy relevantes.

De entrada, no acepta que haya existido error en la demanda ni la modificación del sujeto contra el que se dirige la acción de resarcimiento: “No cabe admitir un error en la identificación de la persona contra la que se dirige la acción de resarcimiento de daños. Esta modificación en sede de conclusiones no es posible en atención a lo dispuesto en el artículo 65.1 de la LJCA, que impide modificar las pretensiones de demanda y, con evidencia, la reclamación de daños es una pretensión” (fundamento jurídico quinto).

En segundo término, la empresa a la que se adjudicó el contrato tras la resolución del TARC no puede ser la responsable del pago de la indemnización, por la razón de que ella no ha dictado el acto que origina el daño: “No cabe que la demandada en este proceso, por mor de lo dispuesto en el artículo 21.3 de la LJCA, la empresa adjudicataria, aun estimando la demanda, sea la responsable de indemnización de los daños y perjuicios producidos por el acto recurrido y ello por la sencilla razón de que ella no ha dictado el acto que produce el daño y, por lo tanto, no puede ser responsable del perjuicio producido por éste” (fundamento jurídico quinto).

En tercer lugar, la responsabilidad debe atribuirse a la Administración de adscripción del TARC: “La Sala considera que la Administración responsable del perjuicio ocasionado por una resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, sería la Administración de la Comunidad Autónoma que es la que creó el Tribunal y la que tutela y financia su funcionamiento, además de estar adscrito al Departamento correspondiente del Gobierno de Aragón. Y ello en atención a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón” (fundamento jurídico quinto).

Por último, atendidas las circunstancias del caso concreto, el Tribunal concluye que no cabe atribuir responsabilidad a la Administración autonómica, por la razón de que la parte demandante no ha solicitado expresamente su condena al pago de la indemnización, no tiene obligación de personarse en el proceso y podría generarse indefensión: “No cabe en este procedimiento judicial la responsabilidad

patrimonial que se suscita, al no haber solicitado expresamente la condena a la Administración autonómica que, por lo reiterado, no tiene obligación de personarse en este proceso, ni haber solicitado la condena en el momento procesal pertinente, para que, previo emplazamiento, pudiera haberse defendido de la pretensión indemnizatoria” (fundamento jurídico quinto).

Hechas todas estas consideraciones, la Sentencia concluye que debe desestimarse la petición de responsabilidad solicitada.

- 3) En una línea parecida a la anterior, algún otro pronunciamiento judicial también rechaza la pretensión del pago de una indemnización sustitutoria por la razón de que la parte actora no ha demandado expresamente a ninguna Administración, esto es, ni al TARC, ni a la Administración de adscripción ni a la Administración contratante y, por tanto, tampoco ha establecido en la demanda qué Administración es la responsable de responder del perjuicio causado.

Es el caso de la Sentencia núm. 77/2020, de 15 de enero de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²⁵.

Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vila-seca, de 3 de febrero de 2016, se adjudicó a la empresa “Unión Temporal de Empresas (UTE) Roige,s CB – Madac SA” el contrato relativo a “los servicios de conservación y mantenimiento de los edificios y dependencias municipales”. Otra empresa –“COMSA Service Facility Management, SAU”-, también licitante y que había obtenido idéntica puntuación, interpuso contra el acto de adjudicación recurso especial ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, que lo estima parcialmente, mediante su resolución 37/2016, de 29 de marzo de 2016, anulando el acto impugnado, lo que conllevó la adjudicación del contrato a la empresa recurrente (COMSA). Contra la resolución del TARC, la primera adjudicataria (Roige,s CB – Madac SA) interpuso recurso contencioso-administrativo que es resuelto por la Sentencia núm. 77/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de enero de 2020. Es parte demandante la empresa Roige,s CB – Madac SA y como parte demandada la empresa COMSA. Ninguna Administración adquiere estas condiciones ni comparece en el proceso.

En lo que ahora interesa destacar, la Sentencia estima parcialmente el recurso, anulando la resolución del TARC y declarando la validez del acuerdo municipal, por tanto, con adjudicación del contrato a la primera empresa (Roige,s – Madac SA).

La parte recurrente (Roige,s – Madac SA) además de pedir la anulación de la resolución del TARC, confirmándose la adjudicación del contrato a su favor, solicita también al tribunal que le reconozca el derecho a una indemnización por el beneficio industrial del 6% ya “que es un criterio tradicionalmente admitido para compensar a los licitadores injustamente preteridos” (fundamento jurídico cuarto).

²⁵ Sentencia núm. 77/2020, de 15 de enero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurso núm. 239/2016, Ponente Sr. Pedro Luis García Muñoz (ECLI:ES:TSJCAT:2020:5952).

En relación con la cuestión relativa a la indemnización solicitada, el Tribunal hace un conjunto de interesantes consideraciones.

De entrada, constata la dificultad de dar una respuesta, puesto que la responsabilidad patrimonial por anulación judicial de las resoluciones del TARC es una cuestión pendiente de un tratamiento adecuado por el ordenamiento jurídico: “La responsabilidad patrimonial por la anulación de los acuerdos dictados por los tribunales administrativos de contratación pública es una cuestión no resuelta adecuadamente en el ordenamiento jurídico”. Y añade: “Ya se han planteado dificultades a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a sus actos”. Tras la cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sentencia afirma, respecto al TARC, que “su naturaleza es administrativa” y, por tanto, “la conclusión no puede ser otra que el régimen de responsabilidad patrimonial de sus actos se somete a los artículos 106 de la Constitución, artículo 91 y 92 de la Ley 39/2015 (...) y 32 y siguientes de la Ley 40/2015 (...), siendo competencia de la Administración de la Generalitat para conocer y resolver la reclamación, todo ello en relación con el artículo 21.3 de la LJCA de derivarse controversia jurisdiccional posteriormente” (fundamento jurídico cuarto, apartado 4).

Además, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña toma como referencia la Sentencia núm. 355/2016, de 13 de julio de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y que ya hemos examinado. Sostiene que “se plantea la misma situación” y parece hacer suyas las afirmaciones del tribunal aragonés (fundamento jurídico cuarto, apartado 1).

En tercer lugar, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, la Sentencia constata que la parte actora no ha demandado a ninguna Administración pública: no lo es el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, “lo que puede encontrar justificación en la redacción del artículo 21.3 de la LJCA”, pero tampoco el Ayuntamiento de Vila-Seca ni la Administración autonómica (fundamento jurídico cuarto, apartado 1). En consecuencia, “tampoco se establece en la demanda qué Administración es (...) la responsable de responder del perjuicio ocasionado”, de manera que la demanda concluye “sin fijar quién habría de responder del pago de la suma” (fundamento jurídico cuarto, apartado segundo).

En cuarto lugar, el Tribunal se plantea la hipótesis de que el demandante estuviera dirigiendo su pretensión indemnizatoria contra el Ayuntamiento, opción que debe ser rechazada: “su actuación fue ajustada a Derecho, de modo que, pese a ello, se vería obligada a soportar el pago de una indemnización por una actuación administrativa correcta (...) sólo modificada por la decisión del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público” (fundamento jurídico cuarto, apartado tercero).

Por último, señala la Sentencia que, de haberse concretado al Ayuntamiento como parte demandada, ello le habría impulsado a comparecer en el proceso, cosa que no ha ocurrido, de manera que su condena supondría la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva: “la concreción en la demanda de la Administración responsable y las razones por las que se le reclama podría haber motivado al Ayuntamiento a comparecer, de modo que supondría su eventual condena la

vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al producirse indefensión a la Corporación local, conculcando de esta manera el artículo 24 de la Constitución Española, al ser condenada sin haber conocido la imputación que se le realiza” (fundamento jurídico cuarto, apartado quinto).

Hechas todas estas consideraciones, la Sentencia concluye que debe terminar su examen “sin efectuar pronunciamiento por lo que se refiere a la fijación de la indemnización de daños y perjuicios” (fundamento jurídico cuarto). Lo que se traduce, ya en el fallo, en el acuerdo de “desestimar la pretensión de fijación de indemnización de daños y perjuicios”.

A esta Sentencia formula un interesante y detallado voto particular el magistrado D. Eduardo Paricio Rallo. Comparte con el parecer de la mayoría que la empresa demandante tiene el derecho “a la adjudicación del contrato y, eventualmente, a una indemnización equivalente si no fuera posible a estas alturas acceder a la condición de contratista”. Ahora bien, discrepa respecto a que “la mayoría considera imposible reconocer dicho derecho en la medida en que no se puede identificar en el proceso un deudor susceptible de ser condenado” (apartado II.1).

Como punto de partida, el voto particular recuerda que, de conformidad con la vigente LJCA, “corresponde al actor la responsabilidad de identificar la resolución impugnada -artículo 45-, pero no la identificación de la parte demandada, puesto que tal identificación queda predeterminada en la propia Ley -artículo 21- sin intervención de la actora”. Y añade: “no puede descargarse en la recurrente la carga de identificar un demandado más allá de las previsiones de la Ley. Entiendo que tampoco el órgano jurisdiccional podría exigir la comparecencia de una Administración en calidad de demanda si tal condición no queda establecida en la Ley”. La conclusión es que “la configuración actual del control jurisdiccional de las resoluciones adoptadas por los órganos especiales de recursos contractuales supone, en casos como el que nos ocupa, una quiebra del recurso de plena jurisdicción” (apartado II.2).

La Directiva 89/665/CEE, primero, y la Directiva 2007/66/CE, después, “impusieron a los Estados miembros la habilitación de un recurso eficaz en materia de contratación; recurso que debe incorporar necesariamente la posibilidad de una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción (...) Una indemnización que puede suplir el derecho del legal adjudicatario a devenir contratista efectivo”. Desde esta perspectiva, “ningún sentido tendría que la Directiva imponga un recurso especial que incluya necesariamente la posibilidad de establecer una indemnización en favor del perjudicado, para que se pierda tal posibilidad en el subsiguiente recurso jurisdiccional (...) o la misma quede diferida a un eventual segundo procedimiento de responsabilidad una vez obtenido un primer pronunciamiento de anulación”. En otras palabras, “es absurdo que el resultado de la trasposición de la Directiva permita que el recurso especial tenga en algunos casos el efecto de perjudicar sin remedio al adjudicatario del contrato injustamente desplazado como sucede en este caso” (apartado II.3).

Según el voto particular, “el presente caso pone de relieve una deficiente transposición de la Directiva 2007/66/CE, en la medida en que estamos ante una

configuración que niega a los licitadores perjudicados la posibilidad de obtener una indemnización o, en el mejor de los casos, pospone tal posibilidad a un incierto procedimiento posterior a la sentencia. No puede decirse que el recurso articulado de tal manera se aun recurso eficaz ni un recurso pleno como impone la Directiva citada”. Se añade: “En consecuencia, entiendo que procedía tramitar bien el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o, en todo caso, el planteamiento de una cuestión prejudicial europea antes de dictar sentencia” (apartado II.6).

Ahondando en la idea de que España ha realizado una deficiente transposición de la Directiva, el voto particular sostiene que dicha transposición “debería haber incorporado una previsión específica en cuanto a la responsabilidad por errores cometidos en la resolución del recurso especial de contratación para hacer posible el imperativo de que el sistema de recurso sea de plena jurisdicción en todas sus fases o instancias” (apartado II.4). Aunque reconoce después que, “sea como fuere, entiendo que no se trataba de dar ahora ya una respuesta al problema general del régimen de responsabilidad material o por errores del órgano de resolución de recursos contractuales” (apartado II.5).

Aún con el ordenamiento vigente, el voto particular sostiene “que no se puede descartar a priori la responsabilidad de la Administración a la que se adscribe el órgano especial de recursos, como tampoco la responsabilidad objetiva del órgano de contratación” (apartado II.4).

La responsabilidad de la Administración de adscripción del TARC puede fundamentarse con base en las dos siguientes consideraciones. La primera es “que el daño es inmediatamente imputable a una actuación de dicho órgano”. Y la segunda es que, a pesar de la peculiaridad de su naturaleza jurídica, “se trata, en todo caso, de un órgano de naturaleza administrativa; un órgano cuyo régimen de adscripción es el ordinario de las Administraciones públicas. Por consiguiente, el régimen de responsabilidad al que se somete es el establecido con carácter general para las Administraciones públicas; esto es, una responsabilidad objetiva por daños causados a quien no tiene la obligación jurídica de soportarlos”. De cara al futuro, “puede resultar recomendable atemperar el ámbito o la intensidad de la responsabilidad que resulte exigible por sus decisiones, incluso eventualmente aplicar un régimen próximo al previsto para el error judicial, pero esa es una consideración de *lege ferenda*. De momento, el régimen de responsabilidad que corresponde al órgano de recursos contractuales es el establecido en la normativa administrativa general, no el especial régimen de responsabilidad judicial establecido en la Ley orgánica del poder judicial sólo para los órganos judiciales” (apartado II.4).

Por otro lado, “tampoco se puede descartar a priori la responsabilidad de la Administración contratante. En efecto, con independencia de su inocencia en el error que ha dado lugar al daño, cabe señalar que nuestro régimen de responsabilidad es objetivo, de forma que no sería extraño establecer una relación causal entre el daño y el contrato en el que el mismo se enmarca. En definitiva, el recurso especial en materia de contratación tiene la finalidad de beneficiar el contrato, de forma que éste puede asumir también sus costes” (apartado II.4).

- 4) Dejamos constancia, por último, que estamos a la espera de que el Tribunal Supremo dicte Sentencia sobre una cuestión de interés casacional objetivo de relevancia en esta materia. Nos referimos a su Auto de 27 de octubre de 2022²⁶.

El supuesto que da lugar a la interposición del recurso de casación es el siguiente y, como se verá, en él está presente nuevamente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El Ayuntamiento de Barcelona, por acuerdo de la Comisión de Presidencia, Derechos de Ciudadanía, Participación y Seguridad, en fecha 16 de noviembre de 2016, adjudicó a la empresa Multinau SL dos lotes del contrato de los servicios de limpieza y recogida selectiva en los edificios y locales municipales adscritos a las gerencias y distritos municipales. Contra el acuerdo de adjudicación, otra empresa licitadora -Optima Facility Services SL- interpuso recurso especial ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, que lo estima mediante su resolución 68/2017, de 4 de abril, anulando la adjudicación municipal y ordenando retrotraer las actuaciones al momento de valoración de las ofertas incorporando la de la recurrente que había sido inicialmente excluida. Contra esta resolución, la empresa Multinau interpuso recurso contencioso-administrativo, que es estimado parcialmente por la Sentencia núm. 182/2020, de 21 de enero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurso núm. 198/2017, Ponente Sr. Jordi Palomer Bou (ECLI:ES:TSJCAT:2020:5252).

En lo que ahora interesa destacar, la sentencia anula la resolución del TARC y también una posterior resolución del Pleno del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona que, en ejecución de esa resolución del TARC modificó la adjudicación del contrato. Asimismo, la sentencia acuerda la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas para que se formule una nueva adjudicación, pero con exclusión de la realizada por la empresa Optima Facility y Services.

Una vez firme la sentencia, en fecha 22 de septiembre de 2020, el Ayuntamiento de Barcelona presentó un escrito planteando la inexecución de la sentencia por imposibilidad, dado que el contrato, a estas alturas, ya se había ejecutado. La empresa Multinau, por su parte, presenta escrito solicitando que se le reconozca una indemnización por lucro cesante equivalente al 10% por beneficio industrial. El Ayuntamiento de Barcelona se opone a esta petición negando el reconocimiento de indemnización alguna y, subsidiariamente, pidiendo que la indemnización quede limitada a los daños que haya acreditado la recurrente y, en todo caso, con el límite máximo del 6% del beneficio industrial.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por Auto de 29 de enero de 2021, por entender que una cuestión compleja similar había sido objeto de estudio por la misma Sala en la Sentencia antes vista, núm. 77/2020, de 15 de enero de 2020, estimó el incidente de ejecución planteado por el Ayuntamiento de Barcelona, declaró la inexecución de la sentencia y denegó la pretensión indemnizatoria de la

²⁶ Auto de 27 de octubre de 2022, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Supremo, recurso núm. 7303/2021, Ponente Sr. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo (ECLI:ES:TS:2022:14746A).

empresa, afirmando que no cabía en ese procedimiento condenar al citado Ayuntamiento al pago de una indemnización sustitutoria. Contra esta decisión judicial, la empresa Multinau interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, sosteniendo que no hay impedimento legal para condenar al Ayuntamiento al pago de la indemnización solicitada y que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

El Tribunal Supremo, en su Auto de 27 de octubre de 2022, admite el recurso de casación interpuesto y considera que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la cuestión siguiente: “Si, en el ámbito de un incidente de inejecución de sentencia planteado por la Administración condenada a la retroacción del procedimiento de adjudicación al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas y para que se formule nueva adjudicación, puede declararse el derecho de indemnización sustitutoria del adjudicatario inicial que después fue desplazado por el órgano de recursos contractuales y, en su caso cuál debe ser el alcance de esa indemnización sustitutoria”.

En el momento en que se redactan estas páginas el Tribunal Supremo aún no ha dictado la Sentencia que debe resolver la cuestión indicada. Sin duda, es una oportunidad para contribuir a aclarar la solución jurídica de esta compleja cuestión.

VI. Valoración de la situación actual y perspectivas de futuro

Hasta el día de hoy, son pocos los supuestos en los que se ha presentado una reclamación de responsabilidad patrimonial por daños causados por el funcionamiento de los TARC. Pero, como hemos visto, la exigencia de esta responsabilidad es jurídicamente posible.

Es previsible, no obstante, que esta situación cambie en un futuro como consecuencia de la confluencia de los dos factores siguientes:

- 1) La creciente carga de trabajo e insuficiencia de medios de los TARC. Corren el riesgo de “morir de éxito”. Han funcionado tan bien que el legislador les ha ido progresivamente incrementando su carga de trabajo, por la vía de ampliar el objeto del recurso especial en materia de contratación. Paralelamente, en cambio, no se les ha dotado de los medios precisos para hacer frente a esa nueva realidad. Las consecuencias casi inexorables serán, por un lado, la bajada de la calidad de sus resoluciones (con el consiguiente riesgo de posterior anulación judicial) y el transcurso de un tiempo cada vez mayor para su aprobación (con el riesgo de incurrir en dilaciones que puedan ser calificadas de indebidas). En otras palabras, si no se pone remedio, parece inevitable un escenario en el que se multiplicarán los supuestos en los que cabe reclamar responsabilidad por el funcionamiento de los TARC.
- 2) La difusión y, por tanto, mayor conocimiento de supuestos de declaración de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los TARC. El escaso número de reclamaciones presentadas hasta el día de hoy obedece, entre otras causas, al desconocimiento de la existencia de esta posibilidad. Es de esperar que, incrementado el número de supuestos potenciales de responsabilidad, aumenten también las reclamaciones presentadas y, por tanto, también las estimadas. El

conocimiento de estas condenas al pago de la indemnización servirá de incentivo para animar a presentar nuevas reclamaciones de este tipo en el futuro. Sentencias como la examinada del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimatoria por apreciar la concurrencia de dilaciones indebidas, unidas a una mayor difusión, corren el riesgo de provocar un preocupante “efecto llamada”.