



**MEMORIA ANUAL DE LAS ACTIVIDADES
Y DE LOS EXTRACTOS DE LA DOCTRINA
~AÑO 2022~**

ÍNDICE	
1	PRESENTACIÓN 2
2	COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO 3
2.1	Composición 3
2.2	Funcionamiento 4
2.3	Asistencia a jornadas y reuniones de coordinación..... 5
2.4	Página web y transparencia 6
3	LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA 6
3.1	Materias objeto de consulta preceptiva..... 6
3.2	Consultas recibidas 8
3.3	Dictámenes emitidos..... 9
3.4	Inadmisiones 9
4	LA FUNCIÓN DE LA COMISIÓN JURÍDICA COMO ÓRGANO ADMINISTRATIVO ENCARGADO DE LA RESOLUCIÓN DE RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN 9
4.1	Actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación 9
4.2	Recursos presentados 11
4.3	Resoluciones acordadas..... 13
4.4	Recursos contencioso-administrativos interpuestos, y sentido de los pronunciamientos..... 13
5	EXTRACTO DOCTRINAL..... 15
5.1	Función consultiva 15
5.2	Función como órgano administrativo encargado de la resolución de recursos especiales en materia de contratación 59

1 PRESENTACIÓN

La presente Memoria tiene por objeto dar a conocer, de forma resumida, la actividad desplegada por la Comisión Jurídica de Extremadura a lo largo del ejercicio 2022.

Al mismo tiempo, mediante la misma, se da cumplimiento al mandato normativo contenido en el artículo 64.8 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, de su Cuerpo de Letrados y de la Comisión Jurídica de Extremadura, aprobado por Decreto 1/2022, de 12 de enero, el cual preceptúa que *«la Comisión Jurídica de Extremadura elaborará una memoria anual de las actividades y de los extractos de la doctrina emanada de la misma, que se incorporará como libro separado a la memoria de la Abogacía General»*.

Hemos de destacar, en cuanto al funcionamiento de la Comisión Jurídica de Extremadura a lo largo del año 2022, el incremento de la función consultiva, y ello motivado por un aumento superior al 60% en el número de consultas efectuadas por las diferentes administraciones públicas a este Órgano.

El incremento de consultas ha afectado a todas las materias sobre las que procede la emisión de dictamen preceptivo, pero destacando sobre todas las referidas a expedientes de responsabilidad patrimonial, aumento que pudiera tener su origen en la modificación operada por la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en cuanto supuso cambio en los umbrales económicos en los que el dictamen de la Comisión Jurídica de Extremadura resulta preceptivo. Igualmente, se ha experimentado un incremento de las peticiones de dictamen referidas a expedientes de resolución contractual motivadas, en muchos de los casos, por inejecuciones en las prestaciones, en las que por parte de las empresas contratistas se alega un incremento exponencial e inusual del precio de todas las fuentes de energía, materias primas, derivado de la crisis motivada por la COVID-19 y la guerra de Ucrania.

Consecuencia lógica del incremento del número de consultas efectuadas a este Órgano consultivo a lo largo del año 2022 ha sido el mayor número de dictámenes aprobados, pasando estos de 102 en el año 2021 a 184 en el año 2022.

En lo referido a la función de la Comisión Jurídica como órgano administrativo encargado de la resolución de recursos especiales en materia de contratación, el número de recursos especiales interpuestos, así como el de resoluciones dictadas sobre los estos, no han experimentado variaciones significativas respecto al año 2021.

2 COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO

2.1 Composición

La Comisión Jurídica de Extremadura, como órgano colegiado, está compuesta por el Presidente, y cuatro Vocales, además del Secretario, funcionario letrado de la Abogacía General, con voz, pero no voto. Igualmente es designado un letrado suplente.

Los/as vocales son nombrados mediante Decreto de Consejo de Gobierno, debiendo reunir los siguientes requisitos:

- Ser funcionarios/as de carrera de cualquier Administración Pública para cuyo acceso al cuerpo o especialidad se exigieran la licenciatura o grado en derecho.
- Llevar en servicio activo en dicho cuerpo o especialidad más de diez años.
- No haber ocupado en los dos años anteriores cargo público representativo o de naturaleza eventual.
- Reunir las condiciones, experiencia, cualificación y cualquier otro requisito de idoneidad que, en su caso, se determine reglamentariamente.

Su nombramiento se efectúa por un periodo de cinco años, con la posibilidad de reelección por una sola vez por el mismo periodo, sin que en ningún caso pueda superarse el límite de los 10 años.

El presidente y los vocales de la Comisión Jurídica de Extremadura son declarados en situación de Servicios Especiales, prestan sus servicios en régimen de dedicación exclusiva y están sujetos al régimen de incompatibilidades previsto para los altos cargos. Igualmente, el desempeño de estos puestos no es compatible con cargo alguno de representación popular ni con el desempeño de todo cargo político o administrativo, el desempeño de funciones directivas en los partidos políticos, sindicatos o asociaciones con ánimo de lucro, ni con toda clase de empleo al servicio de estos.

El Presidente y los Vocales son nombrados mediante Decreto del Consejo de Gobierno garantizando la representación equilibrada entre mujeres y hombres. Así, mediante Decreto 70/2021, de 23 de junio, se dispone el cese y nombramiento del Presidente y los Vocales de la Comisión Jurídica de Extremadura, conforme a las disposiciones establecidas en la nueva Ley. El mismo ha sido publicado en el Diario Oficial de Extremadura nº 121, de 25 de junio de 2021, quedando configurada su composición actual de la siguiente manera:

Presidente

D. Javier de Manueles Muñoz

Vocales

D.^a M.^a José Rubio Cortés

D. José Luis Martín Peyró

D.^a Marina Godoy Barrero

D.^a M.^a Josefa Guerrero Hernández

Letrado-Secretario

D. Salvador Mateos Sánchez

Letrada-Secretaria suplente

D.^a Casilda Gutiérrez Pérez

2.2 Funcionamiento

La Comisión Jurídica de Extremadura adopta sus acuerdos y aprueba sus dictámenes siempre en Pleno, asistido por la Secretaría-letrada, que cuenta con voz, pero no voto.

Para la adopción de acuerdos y aprobación de dictámenes, el Pleno debe estar válidamente constituido. Para la válida constitución del Pleno se requerirá, previa convocatoria de la Presidencia o de quien legalmente le sustituya, la presencia del titular de ésta y de la Secretaría, o quienes legalmente les sustituyan, y de una vocalía. La convocatoria adjuntará el orden del día en el que se relacionen los puntos a tratar. Deberá acompañarse el borrador del acta de la sesión anterior. La comunicación a las personas miembros de la Comisión se efectuará, al menos, con veinticuatro horas de antelación para las sesiones ordinarias y con cuarenta y ocho horas de antelación para las extraordinarias. Desde la convocatoria estará a disposición de los miembros del Pleno toda la documentación.

Excepcionalmente podrá quedar válidamente constituida el Pleno, si se encuentran presentes todos sus miembros y así lo acuerdan. En este caso, el orden del día será adoptado por mayoría.

Las sesiones preparatorias y plenarias se desarrollarán en aquella sede administrativa donde tenga habilitado despacho la Presidencia de la Comisión Jurídica de Extremadura, sin perjuicio de que, por resolución motivada de esta, se celebren circunstancialmente en diferente sede.

Sin perjuicio de ello, la Comisión Jurídica de Extremadura, cuando así lo acuerde motivadamente su Presidencia, podrá celebrar sesiones no presenciales, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios telemáticos.

Los dictámenes y resoluciones son aprobados a propuesta de la vocalía ponente y por mayoría de votos de las personas miembros de la Comisión. La presidencia de la Comisión tiene voto de calidad en caso de empate.

El voto es personal e indelegable y sólo pueden votar las personas miembros presentes. Quienes discrepen del voto mayoritario deberán formular, conjunta o individualmente, voto particular por escrito en el plazo de dos días hábiles, que se incorporará al texto aprobado.

A partir de las anteriores premisas el número de Plenos celebrados por la Comisión Jurídica de Extremadura, en el año 2022 ha sido de 48.

Por último, hemos de recordar que, sin perjuicio de la autonomía funcional que es predicable respecto a la Comisión Jurídica de Extremadura en el desarrollo de las deliberaciones y en la emisión de dictámenes y resoluciones a adoptar como órgano colegiado, en lo referente a su organización y funcionamiento de los recursos humanos, presupuestarios y de régimen interior de la Comisión Jurídica de Extremadura se integran a todos los efectos en la Abogacía General de la Junta de Extremadura.

2.3 Asistencia a jornadas y reuniones de coordinación

Por lo que se refiere a la función consultiva, los miembros de la Comisión Jurídica de Extremadura han asistido a las siguientes jornadas de la función consultiva que se han

celebrado en el año 2022, con participación de los distintos órganos consultivos autonómicos (Consejos Consultivos y Comisiones Asesoras) y del Consejo de Estado:

- «*Función consultiva y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas derivada de la Covid-19*». Segovia, 24 de junio
- «*XXI Jornadas Nacionales de la Función Consultiva*». La Palma, 21, 22 y 23 de septiembre

En cuanto órgano encargado de la resolución de recursos especiales en materia de contratación, la Comisión Jurídica de Extremadura ha venido participando en el año 2022 en las siguientes reuniones de coordinación con el resto de los órganos administrativos encargados de la resolución de recursos contractuales a nivel autonómico y con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

- XII Reunión de coordinación celebrada en Las Palmas de Gran Canaria, los días 28 y 29 de abril, bajo la convocatoria del Tribunal Administrativo Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

2.4 Página web y transparencia

La Comisión Jurídica de Extremadura dispone de una página web a la que se accede a través de la siguiente dirección: <https://ciudadano.gobex.es/web/cje> . En este espacio web se da publicidad tanto a los dictámenes emitidos en el ejercicio de la función consultiva como a las resoluciones adoptadas en relación con los recursos especiales en materia de contratación interpuestos, cuya búsqueda se puede realizar a través de distintos criterios. Se ha mantenido también el acceso a la doctrina del Consejo Consultivo de Extremadura a través de los distintos dictámenes emitidos por ese órgano.

Al margen de lo anterior, la Comisión Jurídica de Extremadura, a lo largo del año 2022, ha dado publicidad a sus dictámenes y resoluciones en el Portal de Transparencia de la Junta de Extremadura mediante envíos quincenales.

3 LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

3.1 Materias objeto de consulta preceptiva

La Comisión Jurídica, como órgano consultivo de la Comunidad Autónoma de Extremadura, deberá ser consultada en todos aquellos asuntos que por ley resulte

preceptiva la emisión de dictamen por la Administración consultiva, sin perjuicio de las competencias que correspondan al Consejo de Estado.

En concreto, la Comisión Jurídica de Extremadura deberá ser consultada en los siguientes asuntos:

- Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general, que no sean de organización y funcionamiento, y se dicten en ejecución de las leyes y sus modificaciones.
- Transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Junta de Extremadura, así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten sobre los mismos.
- Expedientes tramitados por la Junta de Extremadura, las entidades locales de Extremadura y las universidades públicas sobre:
 - Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 50.000 euros.
 - Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes.
- Recursos extraordinarios de revisión.
- En materia de contratación pública:
 - La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.
 - Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.
 - Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros.
- Creación o supresión de municipios, así como la alteración de términos municipales.

3.2 Consultas recibidas

En el año 2022 se han recibido un total de **201 consultas**.

Del total de consultas recibidas en este año su **distribución por materias** es la siguiente:

Materias	Número de consultas
Reclamaciones de responsabilidad patrimonial	76
Revisión de oficio de actos administrativos	55
Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general	30
Interpretación, modificación, nulidad y resolución de contratos	32
Reclamaciones de responsabilidad contractual	5
Modificación de los instrumentos de planeamiento urbanístico	1
Otros	2

Atendiendo a la **administración consultante** resulta la siguiente distribución:

Administración	Número de consultas
Administración autonómica	154
Administración local	47

La **representación gráfica** en porcentajes es la siguiente:



3.3 Dictámenes emitidos

Dentro de este apartado se reflejan el número de dictámenes emitidos en el año 2022, incluidos los relativos a consultas pendientes del año 2021, en los que se ha entrado a analizar el fondo del asunto. También se incorporan aquellos dictámenes en los que no se entra al fondo al apreciarse defectos en la tramitación del procedimiento, la caducidad del mismo o la prescripción de acciones, dejando para un apartado específico los acuerdos de inadmisión adoptados sobre diversas consultas planteadas.

Las consultas del año 2022 no atendidas en ese mismo año se computarán dentro de los dictámenes emitidos en el año 2023.

A lo largo de 2022 se han aprobado un total de **184 dictámenes**, correspondiendo **19** de ellos a consultas formuladas en el año 2021.

Del total de dictámenes emitidos en este año su **distribución por materias** es la siguiente:

Materia	Número de dictámenes
Reclamaciones de responsabilidad patrimonial	75
Revisión de oficio de actos administrativos	45
Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general	30
Interpretación, nulidad y resolución de los contratos	28
Reclamaciones de responsabilidad contractual	5
Modificación de los instrumentos de planeamiento urbanístico	1

3.4 Inadmisiones

Del total de consultas efectuadas en el año 2022 fueron objeto de inadmisión un total de **11 consultas**, por afectar a cuestiones sobre las que este órgano no está llamado a dictaminar con carácter preceptivo, calificándose como facultativas, o bien, debido a la remisión incompleta del expediente, o porque la consulta se había realizado con posterioridad a dictarse el acto administrativo.

4 LA FUNCIÓN DE LA COMISIÓN JURÍDICA COMO ÓRGANO ADMINISTRATIVO ENCARGADO DE LA RESOLUCIÓN DE RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

4.1 Actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación

A partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de

2014 (en adelante, LCSP), el régimen de los contratos y actos susceptibles de recurso especial se contiene en su artículo 44. Este nuevo régimen supone la ampliación tanto del tipo de contratos como de actos respecto de los que se puede interponer el recurso.

Y así, podrá interponerse recurso en relación con los siguientes **contratos**:

- Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.
- Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos indicados anteriormente, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.
- Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.
- Asimismo, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 LCSP, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Pudiendo ser objeto de recurso las siguientes actuaciones:

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149 LCSP.
- Los acuerdos de adjudicación.
- Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 LCSP, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.
- La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

- Los acuerdos de rescate de concesiones

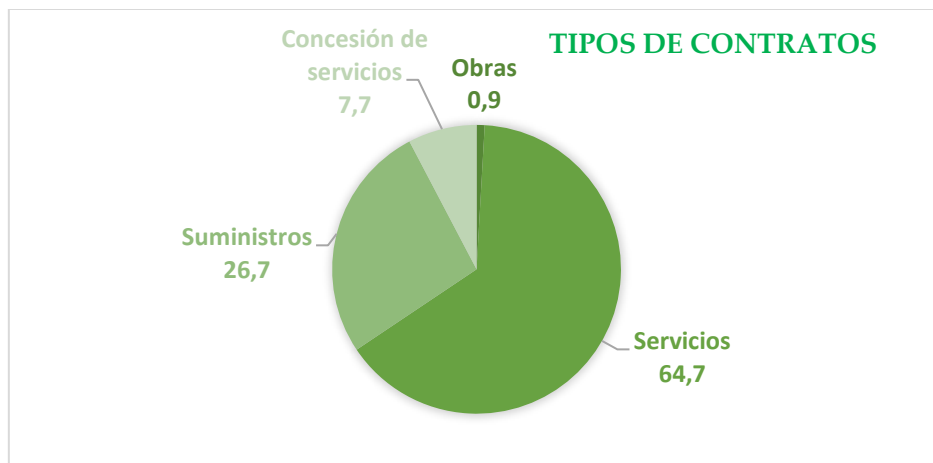
4.2 Recursos presentados

A lo largo del año 2022 han sido un total de **105 recursos** especiales en materia de contratación interpuestos, que se pueden clasificar atendiendo a los distintos criterios.

En consideración al **tipo de contrato**:

Obras	Servicios	Suministros	Concesión de servicios
1	68	28	8

Arrojaría la siguiente representación gráfica en porcentajes:



Atendiendo al **acto objeto de recurso**:

Pliegos	Adjudicaciones	Exclusiones	Otros
33	24	43	5

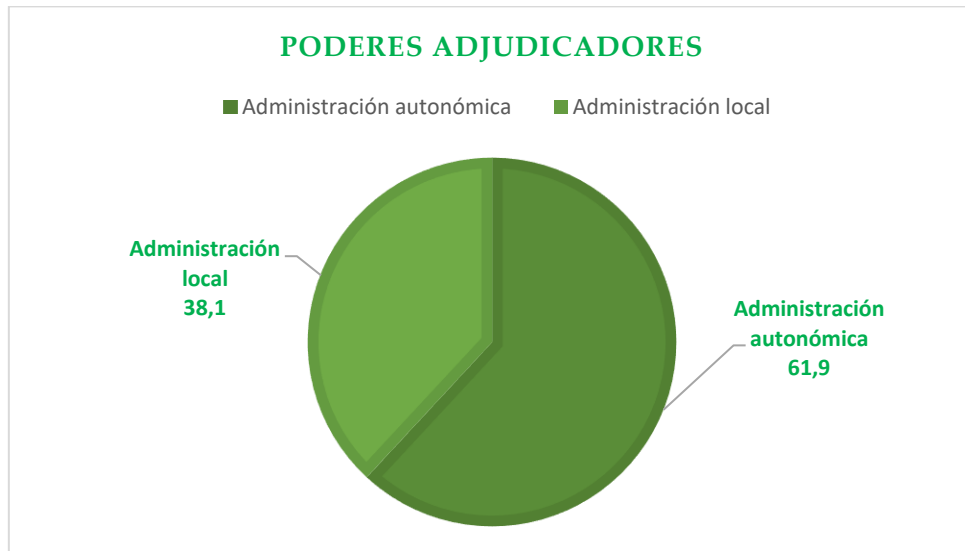
Resultando la siguiente gráfica en porcentajes:



Si atendemos a los **poderes adjudicadores** cuyos actos han sido recurridos, la distribución sería la siguiente:

Administración autonómica	Administración local
65	40

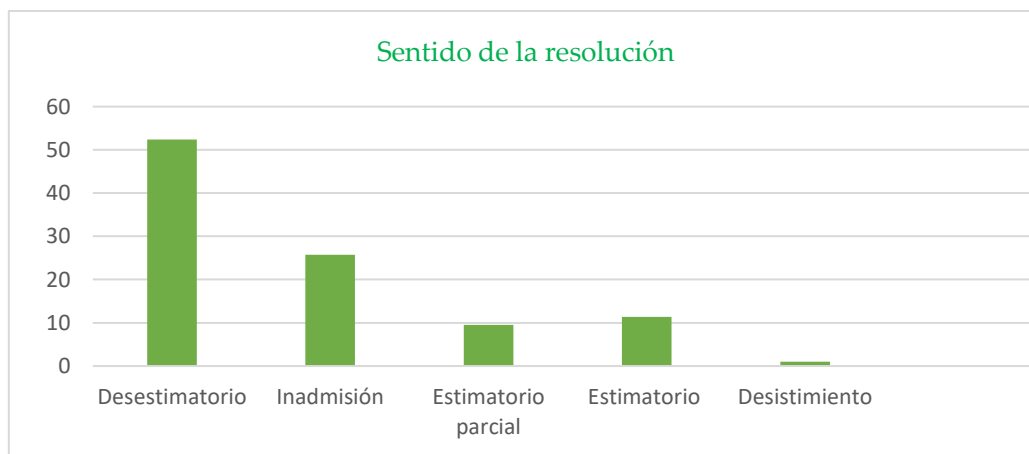
La representación gráfica aproximada en porcentajes es la siguiente:



En cuanto a los recursos interpuestos a lo largo del ejercicio 2022 todos ellos han sido resueltos a la fecha de elaboración de la presente Memoria, siendo el **sentido de las resoluciones** el siguiente:

Desestimatorias	Estimatorias	Estimatorias parciales	Inadmisiones	Desistimientos
55	12	10	27	1

De estos datos podemos elaborar la siguiente gráfica:



4.3 Resoluciones acordadas

En cuanto a las resoluciones acordadas en el año 2022, se incluyen todas aquellas dictadas entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de ese mismo año, y por tanto también las resoluciones correspondientes a los recursos presentados en 2021 pendientes de resolución.

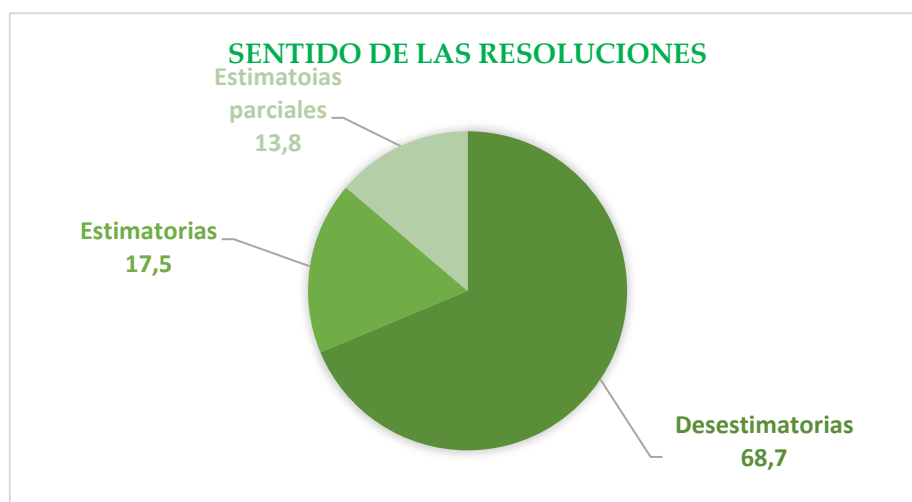
El número total de **resoluciones** adoptadas en el periodo considerado ha sido de **80**, si bien referidas a un total de **86 recursos**, pues varias de ellas resuelven dos o más recursos acumulados, algunos con diferente sentido, es decir, una misma resolución que resuelve varios recursos puede tener conjugar pronunciamiento estimatorio con desestimatorio al ser referida a diferentes recursos frente al mismo contrato.

A estas hay que añadir **27 resoluciones de inadmisión**, así como **1 resolución de desistimiento**.

En cuanto al **sentido de las resoluciones** adoptadas el resultado es el siguiente:

Desestimatorias	Estimatorias	Estimatorias parciales	Inadmisiones	Desistimientos
55	14	11	27	1

Su representación gráfica por porcentajes, sin tener en cuenta las resoluciones de inadmisión y desistimiento, quedaría así:



4.4 Recursos contencioso-administrativos interpuestos, y sentido de los pronunciamientos

En el año 2022 han sido 7 las resoluciones de la Comisión Jurídica de Extremadura frente a las que se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, habiendo sido desestimados aquellos en los que a día de la elaboración de la presente

Memoria ha recaído sentencia firme, confirmando la línea de acierto de las resoluciones dictadas por esta Comisión Jurídica durante los últimos ejercicios.

5 EXTRACTO DOCTRINAL

El extracto doctrinal que aquí se traslada contiene aquellos dictámenes y resoluciones, citados de forma resumida y extractada, que bien por las dificultades que para su elaboración ha supuesto, bien porque han versado sobre asuntos que subjetivamente se estiman relevantes, son merecedores de especial atención.

5.1 Función consultiva

Dictamen nº 007/2022, de 3 de febrero, adoptado con ocasión de la consulta nº 011/2022, relativa al proyecto de decreto por el que se regulan la evaluación y la promoción de la Educación Primaria, así como la evaluación, la promoción y la titulación en la Educación Secundaria Obligatoria, el Bachillerato y la Formación Profesional en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

En este dictamen analizábamos el uso de la técnica «*leges repetitae*» en una norma autonómica de naturaleza reglamentaria sobre la base de la doctrina constitucional existente que permite su empleo cuando la reproducción de la normativa estatal tiene por objeto que los ciudadanos puedan conocer el completo régimen aplicable en la materia, sin que tengan que acudir a distintas fuentes normativas, o cuando la reproducción es necesaria para entender el sentido de una norma.

En síntesis, concluíamos apreciando un abuso de dicha técnica en la norma proyectada y advertíamos sobre las posibles consecuencias de una utilización inadecuada de aquella. De esta forma indicábamos:

«Ante estas reproducciones normativas debe traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los peligros que supone tal reproducción de preceptos, concluyendo que dicha técnica legislativa debe ser manejada con extrema prudencia y sólo en el caso de resultar necesaria para la mejor comprensión de la norma autonómica por su potencial afectación al principio de seguridad jurídica.

Así, en su STC 146/1993 el Tribunal Constitucional indica que el principio de seguridad jurídica proclamado por el artículo 9.3 de la Constitución “obliga al Legislador a perseguir la certeza y no la confusión normativa, procurando que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los aplicadores del Derecho y los ciudadanos a qué atenerse (...); y que tal exigencia se hace mayor cuando, por razón del reparto de competencias, deben colaborar en la legislación el Legislador estatal y el autonómico”.

Este modo de legislar, añade en su STC 154/1989, es un “procedimiento que, al utilizarse por órganos legislativos distintos, con ámbitos de competencia distintos, está inevitablemente llamado a engendrar tarde o temprano una innecesaria complicación normativa, cuando no confusión e inseguridad; de forma que, tal como refiere en su Sentencia 40/1981 “Independientemente de la mayor o menor frecuencia de su uso, esta técnica duplicativa se presta a un margen de inseguridad

y error (...), y siempre queda sometida a la necesidad de atender en su día a las eventuales modificaciones de las normas reproducidas”.

Así, el Tribunal Constitucional ha considerado como mejor opción la remisión normativa a la ley estatal. Por ello, en su STC 147/1993 afirma que “Ahora bien, no es menos cierto que la fijación de estos extremos corresponde al Estado (...), no siendo bastante el paralelismo con la Ley estatal para justificar la existencia de una competencia de normación autonómica, en vez de usar la remisión a aquella, que es, en cambio, una técnica constitucionalmente válida desde la óptica de las competencias”.

Esta técnica de la ‘leges repetitae’ ha sido avalada por el Tribunal Constitucional cuando la reproducción pretende que los ciudadanos puedan conocer el completo régimen aplicable en la materia, sin que tengan que acudir a distintas fuentes normativas, o cuando la reproducción es necesaria para entender el sentido de una norma. Por ello, es necesario ponderar si es necesaria la repetición de los preceptos del reglamento estatal para la adecuada intelección de la norma autonómica en relación con la estatal.

[...] el texto analizado incurre en un uso abusivo de la técnica de la ‘leges repetitae’ ya que en el presente caso ni se está regulando el régimen integral de una materia para evitar la dispersión de fuentes ni el alcance de las adaptaciones propias tiene un calado cuantitativamente significativo que legitime el empleo de dicha técnica para hacer comprensible la norma, de manera que el empleo de dicha técnica es manifiestamente inadecuado en el caso presente, especialmente cuando se incorporan preceptos adoptados por el Estado en el ejercicio de competencias exclusivas.

Como ya hemos señalado, la finalidad de la norma proyectada sería la de dotar de seguridad jurídica a los destinatarios de aquella para establecer el marco referencial a nivel autonómico en materia de evaluación, promoción y titulación tras las modificaciones introducidas por la normativa estatal en las distintas etapas educativas no universitarias en tanto y cuanto se desarrollan los currículos definitivos cada etapa educativa, incorporando las adaptaciones autonómicas precisas para implementar aquel y dejando sin efecto de manera expresa las normas autonómicas afectadas por el nuevo marco. No obstante, para dar cumplimiento a este objetivo no puede acudirse a una reproducción integral de la normativa reglamentaria estatal absolutamente innecesaria por las razones que ya hemos expuesto, lesionando con ello el principio de seguridad jurídica, puesto que se transcriben normas que no han sido dictadas en el ejercicio de competencias propias originando confusión sobre el origen de aquellas y, como ya hemos señalado, con el potencial peligro que presenta esta reproducción si se producen ulteriores modificaciones de las normas originarias de aquellas, por lo que simplemente deben regularse los aspectos que constituyen un desarrollo o adaptación al ámbito autonómico, empleando la reproducción del precepto estatal correspondiente cuando sea estrictamente necesario para la comprensión de esa innovación que se introduce; circunstancia que comportaría, ineludiblemente, en el caso presente, una reducción sustantiva de la longitud del decreto que se proyecta.

En conclusión, en el presente supuesto consideramos preciso que el órgano competente reevalúe la necesidad, pertinencia e idoneidad de publicar una norma en los términos proyectados, con un

empleo manifiestamente abusivo y desproporcionado de la “técnica leges repetitae”, y modifique el texto propuesto limitando el contenido de aquel a las innovaciones normativas que realmente son introducidas, además de que en todo caso se incorpore la referencia al artículo de la normativa estatal correspondiente cuando sea estrictamente necesario reproducir el contenido de aquel para la inteligencia de la regulación correspondiente.»

Dictamen nº 010/2022, de 11 de febrero, recaído en la consulta nº 014/2022, sobre expediente de responsabilidad patrimonial sanitaria, a solicitud formulada por D. F.V.C. y D.^a S.A.F, a consecuencia del fallecimiento del hijo de ambos, por una supuesta asistencia sanitaria inadecuada prestada en el Hospital Universitario de Badajoz.

En este dictamen, analizamos, entre otros, la legitimación activa en caso de fallecimiento.

«En segundo término, sobre la legitimación activa en caso de fallecimiento, en relación a la antigua problemática doctrinal sostenida en cuanto a quienes ostentan la consideración de interesados en el procedimiento en el supuesto de fallecimiento de seres queridos, si las personas que detentan la condición de heredero por el carácter transmisible de la acción del fenecido, o quienes ostentan la condición de perjudicado por derecho o beneficio propio amparada en un vínculo de afectividad con el fallecido, ya en nuestros dictámenes nº 20/2017, de 24 de marzo, nº 51/2017, de 22 de junio, nº 10/2021, de 11 de febrero y nº 84/2021, de 15 de octubre, con base en la doctrina mayoritaria sentada jurisprudencialmente, nos postulábamos en favor de la segunda opción. Así, siguiendo el criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de julio de 2004 y reproducido en posteriores pronunciamientos sosteníamos que la reclamación en el caso de fallecimiento, en este caso, de familiares, tiene naturaleza personalísima al ampararse exclusivamente en el daño que sufre una persona con ocasión de fallecimiento de otra al que se encontraba unida por un vínculo de afectividad y no en el hecho del fallecimiento en sí mismo que sufre directamente el difunto.

En este caso, de la documentación recogida en el expediente resulta suficientemente acreditada la condición de interesados de los padres, quienes vienen a promover la acción de responsabilidad patrimonial.»

Dictamen nº 013/2022, de 15 de julio, emitido sobre la consulta nº 015/2022 relativa al expediente de responsabilidad patrimonial nº 2018/1030/0148, tramitado por el Servicio Extremeño de Salud, a solicitud formulada por D.^a M.A.R.R.

En el expediente se plantea por la reclamante la existencia de responsabilidad patrimonial derivada tanto de una defectuosa gestión de la lista de espera para la realización de una intervención quirúrgica, como por una mala praxis en la propia intervención, debido a la colocación defectuosa de la malla que propició su migración, y, además, por falta de consentimiento informado.

La Comisión Jurídica se pronunció desfavorablemente sobre la propuesta de resolución, en la que se estima parcialmente la solicitud de responsabilidad patrimonial presentada,

entendiendo que la misma no se pronunciaba sobre todas las cuestiones planteadas por la reclamante, infringiendo el principio de congruencia enunciado en el artículo 88 de la LPACAP. La Comisión consideró que la propuesta de resolución no cumplía los requerimientos establecidos en la Ley (en cuanto que el contenido fijado por el artículo 88 y el artículo 91.2 de la LPACAP para las resoluciones dictadas en estos procedimientos es también aplicable a las propuestas de resolución dictadas en los procedimientos de responsabilidad patrimonial -por establecerlo así el artículo 81.2 de la misma Ley-), y que dicho hecho impide que el Dictamen de este órgano consultivo se pronuncie sobre los aspectos determinados en el artículo 81.2 de la LPACAP (existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado la cuantía y modo de indemnización). Así, se expresa la Comisión en los siguientes términos:

«Pues bien, si bien todos estos hechos manifestados por la recurrente han sido analizados en el Informe de la Inspección Médica emitido el 18 de diciembre de 2018 y al que hace referencia expresa la recurrente en sus alegaciones, la propuesta de resolución no ofrece el análisis que cabría esperar sobre estas cuestiones, sin que conste ninguna referencia a los mismos. Si bien podemos deducir que la instructora en su propuesta de resolución, en cuanto imputa únicamente el daño referido a la mala gestión de la lista de espera, considerara que no ha existido mala praxis médica en la primera de las intervenciones, habiendo sido colocada la malla de manera adecuada, y que el consentimiento informado relativo a la misma cumplió las formalidades legales y jurisprudenciales exigidas, no efectúa un análisis singularizado sobre dichas cuestiones de tal manera que este órgano consultivo pueda examinar cuáles son las razones técnicas y/o jurídicas que llevan al órgano instructor a esa conclusión.

Debemos recordar, en primer lugar, el principio de congruencia, enunciado en el artículo 88 de la LPACAP. Con carácter general, por congruencia se entiende la vinculación del órgano decisor con la pretensión o pretensiones deducidas ante él, de forma que su decisión ha de resolver todo y solo lo planteado. La formulación de este principio de carácter legal implica que la resolución que ponga fin al procedimiento ha de resolver necesariamente todas las cuestiones planteadas por los interesados e incluso las conexas derivadas del mismo. Y junto a la congruencia, ha de advertirse que la resolución definitiva en la que se agota el curso procedimental ha de dar cumplimiento al deber de motivación. Es más, el precepto en el que se sostiene el principio exige para los procedimientos que se iniciaron a instancia de parte, como es el caso que nos ocupa, que la resolución sea congruente con las peticiones formuladas por este (artículo 88.2 de la LPACAP). Como ha indicado la jurisprudencia en numerosas ocasiones, y como se deriva de la finalidad del procedimiento administrativo, ante una solicitud formulada, el derecho de la parte no puede ser otro que el de obtener una resolución razonada sobre la misma (TSJ Madrid 27-9-96). La LPACAP ya prevé, en lo referido a requisitos de los actos administrativos, que las propuestas de resolución en los procedimientos de responsabilidad patrimonial deben ser motivadas, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho (art.35.1.h).

En el supuesto analizado, las posiciones mostradas por la recurrente difieren de las manifestadas en el Informe de la Inspección Médica (en lo relativo a la mala praxis en la primera intervención y en lo referido a la ausencia de consentimiento informado) y en el Informe de valoración del daño personal emitido por PROMEDE.

Sin embargo, con respecto a la mala praxis en la primera intervención, nada indica la Administración en su propuesta de resolución, con lo que debemos deducir que considera que no se ha producido, pero sin que conste pronunciamiento alguno que lo refiera y mucho menos la argumentación que le lleva a tal conclusión. De esta manera, la reclamante no obtendrá una respuesta motivada a las pretensiones efectuadas, infringiéndose, por tanto, el principio de congruencia anteriormente citado. A este respecto, reiteramos que la asistencia sanitaria se configura con carácter general como un deber de medios que deben prestarse con arreglo a la lex artis, dado que las limitaciones de la ciencia y de la técnica médica impiden garantizar en todo caso un resultado exitoso, aunque la asistencia haya sido correcta, debiendo existir una actividad probatoria por parte de la reclamante que demuestre que el resultado lesivo fue debido a la actuación médica, y no a otras circunstancias como la evolución, secuelas o complicaciones que deriven de la complejidad de la propia dolencia.

Por otro lado, y en cuanto a la falta de consentimiento informado, debemos recordar que la instrucción del procedimiento conlleva la realización de todas las actuaciones tendentes a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos, en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Esta labor es esencial en los procedimientos de responsabilidad patrimonial médica, donde debe verificarse en primer lugar si los daños objeto de reclamación se han producido y, en segundo término, su relación con el funcionamiento del servicio público sanitario. Sobre este particular, y en lo que respecta a la ausencia del consentimiento informado, observamos que en el informe de la Inspección se hace constar la “firma de un documento de consentimiento informado que no se correspondía con la intervención a practicar, aunque consta que le fue explicado el procedimiento de colocación de un cabestrillo suburetral con una malla TOT” puesto que en la consulta del 2.06.14, en el informe del Dr. G.J.H., figura expresamente: “Explico a la paciente de la posibilidad de someterse a cirugía para corrección quirúrgica con colocación de cabestrillo suburetral con malla tipo TOT”. Sin embargo, indica la recurrente que “en modo alguno la frase “Explico a la paciente de la posibilidad de someterse a cirugía para corrección quirúrgica con colocación de cabestrillo suburetral con malla tipo TOT” puede suplir el consentimiento informado, con el rigor y las formalidades que exige la ley”.

Como ya indicábamos, nada manifiesta la propuesta de resolución a este respecto, sin que podamos dilucidar si estos argumentos vertidos en el Informe de la Inspección Médica son, a juicio de la instructora, justificativos de que la información facilitada a la recurrente cumplió los requisitos y, por tanto, la finalidad que la Ley y la jurisprudencia le otorgan al mismo. Ahora bien, debemos tener en cuenta que, a juicio de esta Comisión Jurídica, y atendiendo a la profusa doctrina y jurisprudencia emitida sobre el tema, y con los documentos que actualmente obran en el expediente, no podemos llegar a esa conclusión. Así, del expediente quedan acreditados dos hechos:

1. *Que el consentimiento que se prestó por escrito no era el que correspondía a la intervención a realizar.*
2. *Que consta en la historia clínica que se informó verbalmente al paciente de la intervención.*

Sin embargo, en la propuesta de resolución no se efectúa ningún pronunciamiento sobre si el consentimiento oral ha cumplido o no la finalidad legal otorgada. Tampoco si el consentimiento suscrito, bien por su similitud con el que debiera haberse suscrito o por otras circunstancias, lo cumplió o no, sin que pueda deducirse tampoco de los documentos obrantes en el expediente, para lo que deberían haberse efectuado los actos de instrucción necesarios. Además de, en el caso de que finalmente se determinase que se ha producido una vulneración de las normas sobre el consentimiento informado, concretar las consecuencias que se derivan, atendiendo al caso concreto. En definitiva, y como ya hemos indicado, no se ha efectuado el análisis singularizado que en todo caso debe hacerse sobre el contenido concreto del documento de consentimiento informado en el contexto que rodea a la intervención quirúrgica cuestionada. Este aspecto tiene una trascendencia esencial, en cuanto que, en primer lugar, debe analizarse si se produjo la ausencia del consentimiento informado, y, de ser así, si este hecho generó responsabilidad, y, por tanto, conlleva la correspondiente indemnización.

En consecuencia, atendiendo a que el contenido fijado por el artículo 88 y el artículo 91.2 de la LPACAP para las resoluciones dictadas en estos procedimientos es también aplicable a las propuestas de resolución dictadas en los procedimientos de responsabilidad patrimonial (por establecerlo así el artículo 81.2 de la misma Ley), y entendiendo que la propuesta de resolución no cumple los requerimientos establecidos en la Ley, dicho hecho impide que el Dictamen de este órgano consultivo se pronuncie sobre los aspectos determinados en el artículo 81.2 de la LPACAP (existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado la cuantía y modo de indemnización).»

Dictamen nº 020/2022, de 10 de marzo, emitido sobre la consulta nº 226/2021 relativa al expediente de responsabilidad patrimonial expediente de responsabilidad patrimonial nº 30/2020, tramitado por el Ayuntamiento de Plasencia, a solicitud formulada por D.ª R.H.S. en nombre y representación de G.S.H., S.L., como consecuencia de la presunta pérdida de valor de los inmuebles de su propiedad sitios en Avda. del Valle nº 10, y nº 12, de Plasencia, por la acción urbanística del Ayuntamiento de Plasencia.

El dictamen es emitido en relación con la responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones urbanísticas. En el presente dictamen la Comisión Jurídica entiende que la acción para reclamar ha prescrito, y ello con base a que el hecho al que se atribuye el resultado lesivo consiste en la actuación administrativa de aprobación de normas urbanísticas y su efecto lesivo se manifestó desde el momento mismo de su aprobación como puede verificarse del análisis de la Resolución de aprobación de dicho Plan,

publicada en el DOE. Así, en la página 28245 del DOE figura ya el inmueble en las condiciones que, a juicio del reclamante, le ocasionan un perjuicio, siendo este hecho el acto generador del daño, no el Anuncio de 22 de noviembre de 2019, sobre aprobación del programa de ejecución de la Unidad de Actuación AU-I del citado Plan General Municipal, que en nada modifica o altera lo ya previsto en el Plan y que la reclamante pretende utilizar para reabrir el plazo de un año fijado por la norma. Tampoco consta en el expediente ni se ha alegado por parte de la reclamante la interposición de recurso alguno contra dicho Plan que haya podido paralizar dicho plazo de prescripción. Textualmente se indica que:

«Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 67.1 de la LPACAP el plazo es de un año desde que se produce el hecho o acto que motiva la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. La determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de un año en la interposición de las reclamaciones en materia urbanística se determina, como en cualquier otro supuesto, en el momento en que se produce el resultado lesivo. La cuestión es pues, dilucidar en qué momento se produce este resultado lesivo. Sobre este particular, tanto la jurisprudencia como la doctrina de los diferentes órganos consultivos entienden que el denominado resultado lesivo se produce, como regla general, desde el mismo momento en que se publica la norma urbanística que establece la nueva ordenación, ya que “desde aquel momento se conoce cuál es ésta y lo que, por tanto, han de decidir los actos singulares de aplicación de la misma”, según indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2006. En este sentido, puede consultarse el Dictamen 265/2014, de 24 de julio, del Consejo Consultivo de Castilla y León, relativo a una reclamación de responsabilidad patrimonial por daños causados a consecuencia de la aprobación de unas normas urbanísticas, en el que la entidad reclamante afirmaba que la reclamación se había presentado en plazo. En dicho dictamen, el Consejo consideró que la reclamación se había interpuesto de manera extemporánea. Se argumentó que:

“(…) ha de entenderse que el acto generador del daño es la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias, producida en el año 1995, que realizó la clasificación del suelo ahora cuestionada (no consta, sin embargo, impugnación alguna de dicho acto), si bien los informes afirman que dicha clasificación fue acorde con las características y condiciones que reunía en ese momento la finca. Por tanto, aquella es la fecha en la que se agota el acto administrativo causante del daño reclamado, cuyos efectos, en este caso la insuficiencia de energía eléctrica invocada, ya podían ser conocidos.

Y en cualquier caso, no cabe obviar que, de acuerdo con el informe del arquitecto director de las obras, `en junio de 2008 problemas relacionados con la línea de suministro de energía eléctrica determinaron que la propiedad de la obra decidiera su paralización´; lo que acredita que, al menos, en esa fecha era conocedor de los perjuicios. Y la reclamación se presentó en enero de 2013”.

En este caso, el hecho al que se atribuye el resultado lesivo consiste en la actuación administrativa de aprobación de normas urbanísticas y su efecto lesivo se manifestó desde el momento mismo de su aprobación, como hace constar expresamente la reclamante en su escrito de 2 de marzo de 2020,

anteriormente reproducido, y como puede verificarse del análisis de la Resolución de aprobación de dicho Plan, publicada en el DOE. Así, en la página 28245 del DOE figura ya el inmueble en las condiciones que, a juicio del reclamante, le ocasionan un perjuicio, siendo este hecho el acto generador del daño, no el Anuncio de 22 de noviembre de 2019 sobre aprobación del programa de ejecución de la Unidad de Actuación AU-I del citado Plan General Municipal, que en nada modifica o altera lo ya previsto en el Plan y que la reclamante pretende utilizar para reabrir el plazo de un año fijado por la norma. Además, en estos casos, hay que tener también en cuenta la existencia o no de recursos administrativos o contenciosos administrativos interpuestos por los reclamantes contra la aprobación de dicho Plan, de manera que puedan entenderse interrumpido los plazos de prescripción de esta acción. Según consta en la propuesta de resolución no consta la interposición de ningún recurso por la reclamante contra dicho Plan. Siendo, además, la reclamante concedora de la tramitación de dicho Plan, puesto que consta en el expediente la presentación de alegaciones al mismo durante su tramitación.

Por todo ello, debemos entender, tal y como manifiesta también la propuesta de resolución, que dicha reclamación se ha formulado fuera del plazo legalmente establecido, siendo extemporánea, no procediendo, por tanto, realizar pronunciamiento sobre las cuestiones de fondo.

En consecuencia, atendiendo a que la acción está prescrita, por haber sido presentada transcurrido el plazo previsto en el artículo 67.1 de la LPACAP, la solicitud podría haber sido inadmitida por tal motivo. [...]»

Dictamen nº 024/2022, de 31 de marzo, emitido sobre la consulta nº 026/2022 relativa al expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Población y Territorio de la Junta de Extremadura, ante la reclamación formulada por D. A.M.M., por los presuntos daños producidos con ocasión de la tramitación de procedimientos de calificación rústica por la Dirección General de Urbanismo y Ordenación del Territorio.

La reclamación por la que se solicita indemnización versa, según aduce la parte reclamante, por el retraso injustificado en la concesión de la calificación urbanística para legalizar una nave propiedad del mismo tras la tramitación de tres procedimientos hasta la concesión de la referida calificación, así como por la desestimación improcedente de su pretensión, con base, según afirma, en «*informes absolutamente sesgados y torticeros*», que ha incidido en el referido retraso. Por ello solicita daños por valor de 140.494,00 euros, por la privación de uso y disfrute de la nave por el periodo entre el 20 de julio de 2016, fecha de presentación de la primera solicitud de calificación, hasta el 6 de noviembre de 2020, fecha de concesión de la calificación rústica pretendida.

Como hechos de interés, consta en la documentación aportada que el interesado es propietario de un terreno calificado como suelo no urbanizable común en el municipio de Monesterio, en el cual se autorizó, por razones de utilidad pública e interés social, en el año 1991, la construcción de una nave para destinar a actividad hortofrutícola. Tras la destrucción de la misma por un incendio en el año 2009, se presenta el 20 de julio de 2016

solicitud de calificación urbanística para legalización de la nave, que, tras ciertas incidencias, es desestimada por la Dirección General competente en materia de urbanismo, al no cumplir ciertos requisitos. Tras ello, se presenta una nueva solicitud, el 26 de febrero de 2018, que culmina con la resolución de 22 de noviembre de 2018, también desestimatoria de la pretensión en los mismos términos que la anterior, siendo también recurrida, y dictándose sentencia nº 170/2020, de 9 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que estima el recurso y ordena a la Administración a tramitar un nuevo procedimiento, que finaliza mediante la Resolución de 6 de noviembre de 2020 concediendo la calificación solicitada.

La Comisión Jurídica tras descartar que se trate de uno de los supuestos regulados en el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, TRLSRU), que hubieran generado «*per se*» un derecho indemnizatorio, analiza el cumplimiento de los requisitos de régimen general de responsabilidad patrimonial fijado por la LRJPAC, partiendo de la normativa en materia urbanística aplicable a los dos procedimientos iniciados por la parte reclamante, la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (LSOTEX), y la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura (LOTUS).

Las conclusiones más relevantes del dictamen, que determina la improcedencia de declarar la responsabilidad patrimonial, son las siguientes:

«1. El acto de construcción de la edificación clandestina determina, per se, la ausencia del derecho de uso y disfrute de la nave por parte del reclamante mientras no se legalice la situación, siendo carga del Sr. M. probar que tiene conferido el referido derecho y que la dilación en la tramitación del procedimiento de calificación fue la causante de la privación del mismo durante el plazo de tramitación y concesión de la calificación rústica y del consecuente daño. [...]

En cuanto a la calificación urbanística del suelo no urbanizable, como es el presente caso, señala el artículo 23 de la LSOTEX que sirve para la “legitimación de la ejecución de obras, construcciones o instalaciones”, y en su artículo 27.1, que legitima para “actos de construcción, uso y aprovechamiento del suelo”.

En todo caso, se configura como un procedimiento que debe resolverse con carácter previo a la concesión de los títulos habilitantes de usos y actividades, y a tal efecto, el artículo 26 de la LSOTEX, en su apartado 3, dispone que “La calificación urbanística es previa a la licencia municipal, la declaración responsable o la comunicación previa”, estableciendo el artículo 29.1 que “El contenido de las calificaciones urbanísticas previas integrará legalmente el de las correspondientes licencias municipales a título de condiciones legales mínimas”.

Por su parte, la LSOTEX configura los títulos habilitantes de usos y actividades (licencias, comunicaciones previas y declaraciones responsables), en su artículo 171, como instrumentos de

los Ayuntamientos de control de la legalidad de las actividades y los actos de transformación y aprovechamiento del suelo objeto de ordenación territorial y urbanística. Y su artículo 177 regula los efectos de la licencia urbanística, disponiendo que su obtención “legitima la ejecución de los actos y las operaciones, así como la implantación y el desarrollo de los usos y las actividades correspondientes”. Asimismo, se distinguen entre los tipos de licencias, la licencia de obras, edificación e instalación; y la licencia de usos y actividades.

La LOTUS, por su parte, también configura las licencias como medios de control de actuaciones urbanísticas (arts. 145 y ss), definiéndolas en su Exposición de Motivos como “las autorizaciones que deben obtenerse antes de iniciar una actividad” Y también distingue diferentes tipos de licencia, entre las que se encuentra la de obras, la de actividad o la de primera ocupación o utilización.

De la documentación remitida se desprende que, tras la calificación rústica otorgada, el reclamante debía recabar del Ayuntamiento la preceptiva licencia de obras, y así se refleja tanto en el informe anteriormente citado como en los Informes jurídico y técnico de la Dirección General de Urbanismo y Ordenación del Territorio del expediente 20-160-BA, que indican que el objeto de la calificación es “Obtener autorización previa a la concesión de Licencia Municipal de Obras”. No consta si posteriormente sería preceptiva una licencia para el ejercicio de la actividad, pero es indudable que la calificación rústica no confiere derecho alguno de uso y disfrute de la nave para el ejercicio de la actividad hortofrutícola en la misma.

[...] resulta acreditado que el Sr. M. es titular de un solar cuyo uso y destino como industria hortofrutícola no se encontraba reflejado en el planeamiento vigente, habiendo ejecutado una construcción clandestina y ejercido, de forma también ilegal, la referida actividad en la misma, al no contar con los actos legitimadores previstos en la legislación urbanística, que son: la calificación urbanística del suelo para los referidos usos, y la preceptiva licencia municipal. Tras el requerimiento del Ayuntamiento de legalización de la nave, solicitó la calificación urbanística rústica, como requisito previo a obtención de las licencias municipales que son preceptivas para el uso y disfrute de la nave como industria hortofrutícola. Pero, como hemos indicado, el Sr. M. ha de disponer de los correspondientes títulos habilitantes que confieran el referido derecho al uso y disfrute de la nave para que pueda materializarlos y reclamar por eventuales daños por la privación de los mismos.

En definitiva, resulta palmario que la actuación administrativa no ha ocasionado los daños y perjuicios alegados por cuanto no ha determinado la imposibilidad de ejercer los derechos de uso y disfrute de la nave, sino que tales derechos únicamente corresponderían al reclamante cuando esté en posesión de las preceptivas licencias o títulos municipales habilitantes a tal efecto, lo cual, a fecha actual, no resulta acreditado en el expediente.

2. La falta de acreditación de daño real y efectivo nos lleva a no apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial con los elementos de juicio que resultan del expediente, al tratarse de un requisito esencial para declarar la misma. Y por ello, resulta ocioso entrar en el análisis de los demás presupuestos legalmente exigidos para que opere la figura de la responsabilidad patrimonial

y surja la obligación indemnizatoria (el nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público, que se trate de un daño antijurídico que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar, y la ausencia de fuerza mayor); ni, por ende, en la valoración del daño ni la cuantía y modo de la indemnización solicitada.»

Dictamen nº 029/2022, de 8 de abril, recaído en la consulta nº 047/2022, sobre expediente de resolución del contrato de «Servicios de redacción de proyecto de ejecución, dirección de obras y coordinador de seguridad y salud para las obras de construcción de la piscina municipal», tramitado por el Ayuntamiento de Toril.

En este dictamen, frente a los diferentes argumentos esgrimidos y las explicaciones dadas por el adjudicatario para justificar el retraso en la ejecución de los trabajos, en la propuesta recibida se propone sin más su desestimación, sin refutarlas ni siquiera mínimamente, y sin desarrollar la argumentación jurídica necesaria para concluir proponiendo la resolución contractual con causa en el apartado d) del artículo 211 de la LCSP.

Se concluye también considerando procedente la devolución de la garantía, lo cual chocaría frontalmente tanto con lo dispuesto en el artículo 213 de la citada LCSP, que señala en su apartado 3 que «*Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada*», como con lo establecido en el propio PCAP cuya cláusula vigésimo séptima dispone que «*Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía*»

Por ello esta Comisión Jurídica estima que, atendiendo a la normativa aplicable al presente caso, y si finalmente concurriera causa de resolución como prerrogativa legal reconocida de la Administración contratante derivada de un incumplimiento culpable del contratista, procedería la incautación de la garantía constituida, circunstancia que, a su vez, determinaría la necesidad de retrotraer el expediente a efectos de conceder trámite de audiencia al avalista o asegurador si existieren (esta circunstancia no ha sido posible deducir del expediente por cuanto no se ha encontrado referencia al modo en que se constituyó aquella), y a la formulación de nueva propuesta de resolución a la vista de la presentación, en su caso, de nuevas alegaciones.

Se informa desfavorablemente la propuesta recibida.

«[...] que frente a los diferentes argumentos esgrimidos y las explicaciones dadas por el adjudicatario para justificar el retraso en la ejecución de los trabajos, en la propuesta recibida se propone sin más su desestimación, sin refutarlas ni siquiera mínimamente, y sin desarrollar la argumentación jurídica necesaria para concluir proponiendo la resolución contractual con causa en el apartado d) del artículo 211 de la LCSP.

Esta circunstancia comportaría enervar a este órgano informante y, por ende, al órgano resolutorio, de las razonamientos jurídicos por los que, a la vista de las actuaciones en sede de instrucción efectuadas, la propuesta de resolución se reafirma en la concurrencia de la causa de resolución motivadora de la iniciación del expediente, prescindiéndose de un elemento argumentativo fundamental que debe preceder tanto a la valoración de este órgano consultivo para garantizar su acierto, como a la resolución que finalmente se adopte, en la que el órgano resolutorio pudiera apartarse del dictamen de esta Comisión Jurídica por su carácter no vinculante, y asumir los postulados sostenidos en la propuesta de resolución correspondiente.

Recordemos que, en el ámbito local, la referida obligación de fundamentación se refuerza expresamente en el artículo 175 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Entidades Locales, al disponer que “Los informes para resolver los expedientes se redactarán en forma de propuesta de resolución y contendrán los extremos siguientes: a) Enumeración clara y sucinta de los hechos. b) Disposiciones legales aplicables y alegación razonada de la doctrina, y c) Pronunciamientos que haya de contener la parte dispositiva”.

Por tanto, se aprecia una carencia de motivación en la propuesta de resolución, constitutiva de una irregularidad que impide a esta alcanzar su fin y que comportaría la retroacción del procedimiento al momento de su emisión, y todo ello con independencia de que, en el caso de no limitarse ésta a dar contestación a las alegaciones, sino que se introduzcan elementos nuevos que no hayan podido ser considerados por el adjudicatario, se haga necesaria, a fin de evitar indefensión, la concesión de nuevo trámite de audiencia y, posteriormente, la emisión de nueva propuesta de resolución.

Al margen de lo anterior, se considera necesario poner de manifiesto, que en el informe propuesta antes indicado se dice, textualmente, que “CUARTO. Proceder a la devolución de la garantía constituida por el contratista en el supuesto de que la resolución concluya con causa imputable al contratista”, lo cual chocaría frontalmente tanto con lo dispuesto en el artículo 213 de la citada LCSP, que señala en su apartado 3 que “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”, como con lo establecido en el propio PCAP cuya cláusula vigésimo séptima dispone que “Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía”.

Por ello esta Comisión Jurídica estima que, atendiendo a la normativa aplicable al presente caso, y si finalmente concurriera causa de resolución como prerrogativa legal reconocida de la Administración contratante derivada de un incumplimiento culpable del contratista, procedería la incautación de la garantía constituida, circunstancia que, a su vez, determinaría la necesidad de retrotraer el expediente a efectos de conceder trámite de audiencia al avalista o asegurador si existieren (esta circunstancia no ha sido posible deducir del expediente por cuanto no se ha

encontrado referencia al modo en que se constituyó aquella), y a la formulación de nueva propuesta de resolución a la vista de la presentación, en su caso, de nuevas alegaciones.»

Dictamen nº 039/2022, de 5 de mayo, emitido con relación a la consulta nº 055/2022 sobre expediente de revisión de oficio, tramitado por la Diputación de Badajoz, de la «Resolución de fecha 31/01/2020 en la que se le reconoce a doña M.ª Y.D.M., a efectos de antigüedad y trienios, el tiempo de servicios prestados en otras Administraciones Públicas».

En el presente dictamen, relativo a la revisión de oficio de una resolución por la que se reconocen trienios al personal al servicio de la Administración sin cumplir los requisitos para ello, la Comisión sigue el criterio del Consejo de Estado y de otros órganos consultivos de considerar que la prestación de los servicios por parte del empleado público es un requisito esencial para el reconocimiento de trienios, procediendo, por tanto, la revisión de oficio de la resolución por incurrir la misma en el supuesto de nulidad previsto en el artículo 47.1, f) LPACAP, según el cual son nulos de pleno Derecho "f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición".

«Pues bien, en relación con este requisito de la esencialidad, se ha pronunciado reiteradamente el Consejo de Estado, generando una consolidada doctrina, según la cual la prestación de servicios por parte del empleado público en la función pública es un "requisito esencial" para el reconocimiento de trienios (Dictámenes 312/2001, de 1 de marzo; 249 a 252/2001, de 19 de abril; 3432/2002, de 23 de enero de 2003; 2616/2003, de 18 de septiembre; 2958 a 2960/2003; 2770 a 2772, 2774 y 2776/2003, de 2 de octubre). En particular, el Dictamen 312/2001, con cita de otros similares (Dictámenes núms. 1611/99 y 2664/00), se refiere a la consolidación indebida de sexenios por quien carecer de los requisitos esenciales para ello según la normativa aplicable.

Esta doctrina del Consejo de Estado ha sido seguida por los diferentes Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas. Así, y sobre este particular, es ilustrativo el Dictamen 40/2011, de 21 de junio, del Consejo Consultivo de La Rioja, en el que se efectúa una recopilación sobre los distintos pronunciamientos de órganos consultivos de las Comunidades Autónomas sobre la materia, indicándose:

“Esta doctrina del Consejo de Estado ha sido recogida por los diferentes Órganos Consultivos de las CCAA, que, si bien no se han pronunciado sobre el caso particular del reconocimiento de los Servicios prestados por los Médicos Internos Residentes (MIR), a los que se refiere el caso objeto del presente dictamen, han entendido nulos de pleno derecho los actos de reconocimiento de servicios prestados por no haber cumplido el requisito temporal exigido, al no haber prestado servicios efectivos durante el tiempo correspondiente (Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, DD 213/08 y 11/09, 112/02/, 320/04, 149/05, 504/04, 405/06, 168/07 y 183/07); por no ser el solicitante funcionario del Grupo correspondiente al solicitarlo (Consejo Jurídico de la Comunidad Valenciana (D.551/09); porque la actividad desempeñada para el sector

público no lo ha sido en las funciones docentes para las que el trienio se solicita (Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Dictámenes nº 259/09, 260/09 y 362/09); porque la actividad principal tiene lugar en otra Administración Pública (Consejo Consultivo de Castilla y León, D. 1.145/2008); o porque los servicios no han sido prestados en el sector público, sino en una empresa pública que no forma parte de la Administración institucional (Consejo Consultivo de Castilla y León, D 801/2009)”.

Centrándonos en el análisis del caso que nos ocupa, hay que indicar que el artículo 23 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, dispone que “Las retribuciones básicas, que se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, estarán integradas única y exclusivamente por:

a) El sueldo asignado a cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga Subgrupo.

b) Los trienios, que consisten en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga Subgrupo, por cada tres años de servicio”.

Del precepto transcrito se deduce que el tiempo de tres años en la prestación de servicio en cada subgrupo o grupo de clasificación profesional se configura como un requisito esencial que afecta a la estructura definitoria del acto de reconocimiento de trienio estableciéndose, en los artículos 1 y 2 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, las reglas para el cómputo de los trienios, que deberá efectuarse siguiendo el orden cronológico de la prestación de servicios “cuando los servicios computables a que se refiere el punto tres del artículo anterior no lleguen a completar un trienio al pasar de una a otra esfera de la Administración pública”.

En el presente caso, ha quedado acreditado en el expediente que, atendiendo a la legislación aplicable, la interesada no cumplía los requisitos para perfeccionar un trienio en el subgrupo C1 (como le fue reconocido en el Decreto 30 de enero de 2020), sino en el subgrupo C2, puesto que no le fueron computados los servicios prestados por orden cronológico, adquiriéndose un derecho en un subgrupo cuando carecía de los requisitos necesarios para ello».

Dictamen nº 043/2022, de 19 de mayo, recaído en la consulta nº 065/2022, sobre expediente de revisión de oficio de la cláusula decimosexta del «Pliego de Condiciones que servirán de base para la enajenación de varias parcelas municipales en procedimiento abierto mediante concurso-subasta», que permite la adjudicación directa hasta tres años después de que quedara desierto el concurso-subasta.

En relación al primero de los actos cuya revisión se insta, es decir, la cláusula decimosexta del «Pliego de Condiciones que servirán de base para la enajenación de varias parcelas municipales en procedimiento abierto mediante concurso-subasta» aprobado por acuerdo plenario de fecha 31 de julio de 2018, con que, pudiendo su contenido establecer previsiones no contempladas en la normativa local, que no habla de la posibilidad de

acudir, en este caso, a la adjudicación directa, tampoco podría tener encaje en lo dispuesto en el artículo 137.4 d) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que no permite utilizar esta forma de adjudicación más allá de transcurrido un año (la cláusula prevé tres) desde que fuera declarada desierta la subasta; y aunque este hecho pudiera implicar la vulneración de la normativa reguladora de la contratación en el ámbito local, con las consecuencias que esto pudiera suponer respecto de la validez de lo estipulado en la citada cláusula, ello no hace posible considerar que estemos ante el concreto supuesto de nulidad de pleno derecho, sin prejuzgar la existencia o no de otro, apreciado por la Administración, por cuanto ni se alega que en su aprobación haya sido detectada la omisión de algún trámite esencial, o que se haya seguido un procedimiento opuesto al precedente.

En este escenario, el Decreto de la adjudicación directa realizada en base al contenido de una cláusula en su momento vigente y que a fecha de hoy no ha sido declarada nula de pleno derecho, no puede considerarse que se llevara a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, por cuanto la Alcaldía se limitó a proceder conforme a lo estipulado en el pliego de condiciones aprobado, una vez declarada desierta la parcela 97, no apreciándose por tanto, en este segundo acto, la concurrencia del supuesto de nulidad de pleno derecho aducido por el Ayuntamiento, quien no solo no disocia, sino que considera relacionada la cláusula del pliego y el decreto, en relación al ejercicio de la revisión de oficio.

Dictamen nº 047/2022, de 19 de mayo, emitido con ocasión de la consulta nº 054/2022, relativa al «*proyecto de decreto que establece el catálogo de espectáculos públicos y actividades recreativas así como los establecimientos públicos, instalaciones y espacios abiertos en que aquellos se desarrollan en la Comunidad Autónoma de Extremadura*».

En este dictamen, entre otras consideraciones, se apreciaba un exceso de la potestad reglamentaria por vulneración de los principios de competencia y de jerarquía normativa al introducirse la posibilidad de imponer obligaciones en materia de salud pública a las autoridades competentes en materia de espectáculos públicos sin disponer de habilitación legal para ello. El apartado, en concreto, inserto en el artículo 4 del proyecto de norma disponía:

«2. Las autoridades, por razones de salud pública justificadas, podrán establecer reglas específicas de admisión a los establecimientos y espacios abiertos al público, así como de aforo de los mismos o fijar criterios para la distribución del mismo dentro del establecimiento, instalación o espacio».

De esta forma concluíamos señalando lo siguiente:

«Por el contrario, su apartado segundo del artículo 4 debe ser suprimido ya que constituye un exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria. Mediante la previsión contenida en este párrafo se están atribuyendo competencias a las autoridades públicas para la limitación de aforos por razones de salud pública, afectando con ello el régimen ordinario de funcionamiento de la actividad

o establecimiento autorizados, cuando dicha potestad no se encuentra prevista entre los supuestos de suspensión o límites a la concesión de licencias de apertura y funcionamiento regulados en el artículo 24 de la ley ni dentro de las causas justificativas de la adopción de medidas provisionales previas a la incoación de un procedimiento sancionador previstas en los artículos 51 y 52 de la misma ley, ya que se adoptarían, con la redacción proporcionada, por razones de salud pública, al margen de la tramitación de cualquier procedimiento sancionador ulterior. Se trata, por tanto, de la atribución reglamentaria de una competencia de intervención limitativa de derechos y facultades, amparada en motivos de salud pública no acotados y extraordinarios, al margen de los supuestos legalmente previstos en la normativa de espectáculos, que en nuestro ordenamiento estatal y autonómico las leyes orgánicas y ordinarias han reservado a las autoridades competentes en materia de salud pública y, por tanto, que carece del sustento legal correspondiente tanto por la ausencia de título competencial que las ampare como por vulnerar el principio de jerarquía normativa al exceder el ámbito de la habilitación legal establecida.

Recordemos, como señaló la Sala Primera del Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia núm. 209/1987 de 22 diciembre, que «El legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece, en tanto que el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera «de acuerdo con la Constitución y las Leyes» (art. 97 C. E.) y el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la Ley de modo inmediato o, al menos, de manera mediata, a través de la habilitación».

Dictamen nº 048/2022, de 19 de mayo, emitido con ocasión de la consulta nº 075/2022, relativa al «proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de concesión de autorizaciones con carácter extraordinario para la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas, singulares, excepcionales o no reglamentadas distintas de las amparadas por la correspondiente licencia de apertura y funcionamiento o por cualquier otro título que habilite la apertura y funcionamiento del establecimiento»

En este dictamen nos pronunciábamos sobre la naturaleza de los cambios que pueden introducirse en un proyecto reglamentario tras la sustanciación del trámite de audiencia para acabar concluyendo que, en el caso de mantenerse la disposición incorporada, se incurriría en un vicio invalidante que debía determinar, necesariamente, la retroacción del procedimiento. Así señalábamos:

«[...] en relación con el trámite de audiencia a los ciudadanos, si bien es cierto que tras su evacuación el texto del proyecto sometido a dictamen puede variar de conformidad con las alegaciones que se formulen por los interesados u órganos informantes y que, igualmente, el propio órgano impulsor de la iniciativa puede introducir modificaciones de mejora relativas a cuestiones de técnica normativa u otras que no contengan elementos que afecten de forma sustancial a la norma proyectada, en la presente caso, en el texto sometido a dictamen, con carácter sobrevenido, por el órgano impulsor del proyecto se ha incorporado motu proprio una disposición transitoria segunda en la que se introducen obligaciones para los organizadores de los espectáculos públicos relativas a la adopción de protocolos en materia de discriminación por motivos de sexo y el

cumplimiento de medidas que, inclusive, pueden suponer la introducción de cargas económicas en relación con determinados espectáculos. En ambos casos, su inobservancia puede motivar bien la denegación de la solicitud correspondiente bien el incumplimiento de las condiciones de la habilitación y, en este último caso, la asunción de responsabilidades por parte de los promotores del evento, en cuanto potenciales afectados por esta previsión.

Es doctrina asentada que los cambios en el proyecto de reglamento posteriores al trámite de audiencia solo requieren nueva audiencia si son sustanciales. El examen de la suficiencia de dicho trámite al haberse operado el cambio señalado entre el texto inicial y el finalmente sometido a esta Comisión, debe realizarse atendiendo a la finalidad del mismo, que es la de proporcionar al órgano administrativo correspondiente los datos necesarios para que la decisión a tomar sea la más conveniente en garantía de los derechos e intereses de los posibles afectados y del interés público. Por ello, en el caso que ahora nos ocupa, entendemos que la imposición de la obligación antedicha, que, como ya hemos anticipado, puede motivar la denegación de la autorización o la asunción de responsabilidades del sujeto organizador, sin haber oído a estos, justifica la sustanciación de un nuevo trámite de audiencia, [...].»

Dictamen nº 055/2022, de 2 de junio, emitido con relación a la consulta nº 084/2022 sobre expediente de revisión de oficio tramitado por el Ayuntamiento de Santibáñez el Alto, con el nº 73/2021, relativo al «Acto de concesión de un uso privativo de un bien de dominio público para la instalación de una antena de radio en el Mirador de la Traición, y una caseta junto al depósito de agua y autorizando la toma de luz en el recinto del Castillo de la localidad.»

En el presente dictamen, relativo a un expediente de revisión de oficio de un acto de concesión del uso privativo de un bien de dominio público, la Comisión Jurídica declara la caducidad del expediente, a pesar de haberse dictado acuerdo de suspensión del plazo de resolución del procedimiento y haberse efectuado la solicitud de dictamen dentro del plazo en el que aún no se habían cumplido los seis meses, fundamentado en que la petición de dicho dictamen fue registrada una vez expirado ya dicho plazo máximo. Este órgano considera que la suspensión opera, tal y como marca la ley, por el tiempo que media entre la petición y la recepción del dictamen, siendo esa petición, y no el acuerdo de suspensión adoptado por el órgano competente, la que marca el «*dies a quo*» de inicio del plazo suspensivo, determinando que lo razonable es referir la efectiva suspensión del plazo en cuestión, dadas las dificultades que tendría para el interesado la efectiva verificación y control de dicha fecha, al momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga mayores garantías de control, pudiendo centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público.

«En cuanto al plazo de tramitación del procedimiento, el artículo 106.5 de la LPACAP dispone que “Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo...”.

No obstante, el artículo 22.1 de la LPACAP establece:

“El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

d) Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos [...].”

Desde una perspectiva temporal, el procedimiento se encontraría incurso en caducidad. El procedimiento se inició el 7 de octubre de 2021 y si bien el Acuerdo de suspensión se adoptó el 31 de marzo de 2022 dicha suspensión opera, tal y como indicaba correctamente dicho acuerdo, por el tiempo que medie entre la petición del Dictamen a la Comisión Jurídica de Extremadura y la recepción de dicho dictamen. Así, el momento en que opera la suspensión del plazo para resolver, es decir, la fecha de efectividad de la suspensión es la de la petición de dictamen al órgano consultivo y así ha sido puesto de manifiesto en numerosas ocasiones por los diversos órganos consultivos (p.ej: Consejo Consultivo de Madrid: Dictamen 115/13, de 3 abril y Dictamen 188/13, de 8 de mayo), entre los que se incluye esta Comisión Jurídica. Por tanto, es esa petición la que marca el “dies a quo” de inicio del plazo suspensivo. Y es doctrina también de la mayoría de los Consejos Consultivos, entre los que se puede citar el Consejo Consultivo de Murcia, en su Dictamen 181/09, que la fecha de efectividad de la suspensión no puede ser la del acto en que se acuerda “dadas las dificultades para un efectivo control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses”. En ese dictamen se considera que “parece razonable referir la efectiva suspensión del plazo en cuestión al momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga mayores garantías de control, pudiendo centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público”.

Todo ello derivado del carácter restrictivo, tasado y excepcional con que deben interpretarse los supuestos de suspensión del procedimiento, con la finalidad, sin duda, de evitar un abuso en su utilización o hacerlo como técnica para ampliar los plazos normativamente previstos de modo arbitrario y en claro perjuicio de terceros. Así, expresa muy claramente esta doctrina la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su Dictamen 221/2022, de 19 de abril, cuando indica:

“Más recientemente, podemos citar nuestros dictámenes 609/21 de 23 de noviembre, en el que se señala que “en caso de acordarse la suspensión del procedimiento al amparo del artículo 22.1, d), deberá realizarse la comunicación de la suspensión a todos los interesados, siempre teniendo en cuenta que la suspensión opera desde que la petición de dictamen (que es lo que debe comunicarse a los interesados) es registrada de salida del ayuntamiento...”, o 587/21, de 16 de noviembre, donde se afirma que “[...] no puede considerarse suspendido el procedimiento desde el momento en que se dictó la suspensión sino desde el momento de la petición de dictamen –según lo dispuesto en el artículo 22.1, d) de la LPAC–, para lo cual se exige que la petición tenga trascendencia externa,

pues ello otorga mayores garantías de control, para la salvaguarda de los derechos de los interesados”.

Sobre esta manera de proceder por parte de la Administración se ha pronunciado el Tribunal Supremo que, en Sentencia de 23 de abril de 2018 (rec. 608/2016), ha rechazado las suspensiones ficticias, es decir, aquellas que se utilizan “como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto. Si así ocurre, la suspensión así acordada (y el plazo suspensivo que de ella deriva) habrá de considerarse fraudulenta y por tanto no impedirá la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (ex art. 6.4 CC), de forma que esa suspensión no podrá impedir la producción y declaración de la caducidad del expediente”.

En el caso que nos ocupa, la petición de dictamen se suscribe por el órgano competente, el Alcalde, el 5 de abril de 2022, cuando se estaba muy próximo a expirar el plazo de los seis meses previsto en el artículo 106.5 de la Ley 39/2015 que se cumplirían el 7 de abril de 2022. Ahora bien, atendiendo al criterio expuesto, seguido por la mayoría de los órganos consultivos y que esta Comisión comparte, la fecha en la que este acto adquiere transcendencia externa, es decir, el registro del mismo, no se produce hasta el 19 de abril de 2022, cuando el procedimiento se encontraba ya caducado.

Por otro lado, hay que indicar que tampoco consta en el expediente, ni en la relación de documentos del mismo, la acreditación fehaciente de que la notificación de la suspensión acordada se haya efectuado. Así, consta en el expediente escrito de notificación del Acuerdo del Pleno de 31 de marzo de 2022, en cuyo apartado tercero se acuerda la suspensión del plazo máximo legal para resolver el procedimiento, que es suscrito por el Secretario-Interventor el 5 de abril de 2022. Asimismo, consta en el expediente la acreditación del Registro de estas notificaciones, realizadas el 6 de abril tanto a la empresa Icaro, como al representante. Sin embargo, no consta acreditado en el expediente la recepción de dicha notificación. Y es un requisito esencial de la suspensión que la resolución acordando la suspensión del procedimiento se notifique a los interesados. Así lo indica la Sentencia del Tribunal Supremo 748/2016, de 19 de febrero, en la que deja bien claro que la comunicación de la solicitud de informe es, en efecto, obligada, según impone el mismo artículo 42.5 c) de la Ley 30/92 (actual artículo 22.1, d) de la LPACAP), sin perjuicio de que, como añade a continuación, la suspensión del plazo se computa desde que se produce dicha petición y no desde su notificación al interesado. Así indica que «Otra cosa es si la suspensión pospone su eficacia hasta que se produzca la comunicación al afectado. Ciertamente la notificación es condición de eficacia de los actos administrativos y opera asimismo como un requisito de eficacia en otros supuestos como por ejemplo la perención del procedimiento o el silencio administrativo. Ahora bien no es éste el planteamiento en el caso de la suspensión del plazo para resolver, pues el artículo 42.5.c) prevé inequívocamente la suspensión entre la solicitud del informe y su recepción, no desde la comunicación de aquélla –in claris non fit interpretatio–. En definitiva, la comunicación opera como una carga jurídica vinculada a la suspensión del procedimiento, pero no como una condición suspensiva de ésta”. Por tanto, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 41 de la LPACAP, la acreditación de la notificación efectuada se debe incorporar al expediente.

Por todo ello, esta Comisión Jurídica considera que, en aplicación de lo dispuesto en los preceptos citados, concretamente en el artículo 106.5 de la LPACAP, procede que se declare la caducidad del procedimiento; sin perjuicio de que la Administración consultante pueda, en su caso, acordar nuevamente su incoación así como la conservación de los actos y trámites practicados en el procedimiento en lo que resulte procedente, de conformidad con los artículos 51 y 95.3 de la LPACAP.»

Dictamen nº 072/2022, de 14 de julio, emitido con relación a la consulta nº 079/2022, relativa al expediente de responsabilidad patrimonial nº 2017/1040/0040, tramitado por el Servicio Extremeño de Salud, a solicitud formulada por D. X.

En el presente dictamen la Comisión analiza la indemnización correspondiente a la pérdida de oportunidad indicando que, si bien para una corriente jurisprudencial en esta pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento que se asemeja al daño moral, y que es el concepto indemnizable, y, por tanto, se ha optado, en diversas ocasiones, por efectuar una valoración global, derivada de una apreciación racional, aunque no matemática, al carecer de parámetros o módulos objetivos, también ha sido avalada por otras corrientes jurisprudenciales el cálculo de esta indemnización de pérdida de oportunidad efectuada tomando como referencia el baremo previsto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, al que aplican los porcentajes correctores, en cuanto, mediante estudios y bibliografía médica, pueden cuantificar el tanto por ciento de probabilidad de curación de la que se ha privado a la víctima. La Comisión Jurídica ha avalado también este método de cálculo.

«Quinto. Cuantía de la indemnización

Acreditada, por tanto, la existencia de un retraso en el inicio del tratamiento en el caso de D. X., procede analizar la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización.

El reclamante fija su petición indemnizatoria en sede de reclamación de conformidad con el artículo 67.2 de la LPAC, en un importe de 282.462,57 euros.

Por su parte, consta en el expediente la emisión de informe médico pericial de valoración de la pérdida de oportunidad causada, elaborado por médicos especialistas, perteneciente a PROMEDE, consultora de la Administración, en el que se concluye que:

“V. CONCLUSIONES GENERALES

- 1. Los datos clínicos y radiológicos del paciente diagnosticado de un tumor maligno de vejiga son compatibles con un posible estadio III de la enfermedad en los procesos diagnósticos de Noviembre del 2015*
- 2. El tratamiento definitivo del cáncer de vejiga en Mayo del 2016 se realiza en base a una reestadificación con presencia de metástasis o estadio IV.*

VI. CONCLUSIÓN FINAL

Se considera que la diferencia de pronóstico pasa de una supervivencia estimada a los 5 años del 45% baja hasta una supervivencia de cero en este mismo plazo de tiempo”.

Se contiene también en el expediente Informe elaborado por AON, mediadora del seguro de responsabilidad que cubría entonces la responsabilidad patrimonial del SES, que cuantifica el daño en 33.594,24 euros. El cálculo de la indemnización se basa, en primer lugar, en la que le correspondería al paciente si se hubiese diagnosticado la enfermedad en la fecha correcta, entendiendo que en dicha fecha se encontraba en un estadio III de un cáncer de media-alta agresividad, y cuya supervivencia a los 5 años se estima en un 40% (en cuanto debe tenerse en cuenta que la muerte no es debida al retraso en el diagnóstico, si no a la patología que presentaba el paciente, de tal manera que el resultado, desgraciadamente, se habría producido, independientemente del retraso en el abordaje del mismo, como así hacen constar los peritos intervinientes). Computar la indemnización por muerte sin el factor corrector del grado de supervivencia de la patología es como si la Administración hubiera sido la responsable en su integridad del fallecimiento. Como se hace constar de manera muy clara en el citado Informe “Como la Ley 35/2015 recoge, tanto los días de incapacidad como las intervenciones quirúrgicas sufridas, secuelas padecidas en el interín y perjuicios morales por pérdida de calidad de vida hasta el fallecimiento son compatibles con la indemnización por muerte. Es muy importante aclarar aquí que todos ellos han sido consecuencia del cáncer de vejiga padecido y no del retraso diagnóstico que lo que ha hecho ha sido empeorar en pronóstico. En todo caso habría padecido más días de incapacidad, más daño temporal y más intervenciones de haber prolongado su supervivencia a la vista del tipo de tumor (no imputable al error cometido) y su mala respuesta terapéutica”. Por tanto, la indemnización no puede abonarse en el importe correspondiente a una persona que no presenta una patología incurable, si no en la estimación de su supervivencia. Por ello, a la cuantía determinada conforme al baremo previsto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, de la que resulta un importe de 270.921,32 euros, hay que aplicarle el porcentaje de supervivencia del 40%. Resultaría así un importe de 108.368,52 euros. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el abordaje de la enfermedad se llevó a cabo (así, una vez reconocido el error, no se escatimó en medios, aplicando al paciente todos los posibles tratamientos, incluidos los experimentales), sólo que tardíamente, y ello, lo que provocó, fue una pérdida de oportunidad en la evolución más favorable de la enfermedad, debido a un empeoramiento de su pronóstico, ya que el paciente pasó de un estadiaje pronóstico III a IV. Esta pérdida de oportunidad, por el paso de un estadiaje a otro, supone una diferencia en la supervivencia del 31%. Por tanto, la indemnización que le corresponde es derivada de aplicar este porcentaje, que es realmente el que se deriva de la actuación de la Administración y que el reclamante no tuvo el deber jurídico de soportar.

Esta postura, que esta Comisión comparte, es la acogida por la instructora en su propuesta de resolución, pese a las alegaciones manifestadas por la reclamante, en las que manifiesta que dicho

cálculo es erróneo al aplicar una doble reducción por el mismo motivo, la pérdida de oportunidad. Debemos tener en cuenta que la denominada «pérdida de oportunidad» se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance de éste mismo. Para una corriente jurisprudencial, en la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, que se asemeja al daño moral, y que es el concepto indemnizable (teniendo en cuenta que, como ha indicado la propia jurisprudencia, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido). Por tanto, podemos decir que la valoración de los daños una vez apreciada la responsabilidad por la oportunidad perdida, se caracteriza por una gran dosis de incertidumbre a la hora de determinar su cuantía en cada caso. Desde estas premisas, a la hora de efectuar la valoración del daño indemnizable, la jurisprudencia ha optado, en diversas ocasiones, por efectuar una valoración global, derivada de una apreciación racional, aunque no matemática, al carecer de parámetros o módulos objetivos (TS 1-12-89;3-1-90; 27-11-93). En supuestos en los que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial por aplicación de la doctrina de "pérdida de oportunidad", el concepto indemnizable es el correspondiente al daño moral derivado de una pérdida de tratamiento que podría haber mejorado el pronóstico en la evolución del paciente y, en determinados casos, cuando no es fácil determinar la indemnización que debe reconocerse a la reclamante atendiendo a baremos objetivos, porque se desconoce el grado de recuperación o el pronóstico vital que podía haber alcanzado con un diagnóstico anterior, este importe se fija de manera global, atendiendo a las circunstancias concurrentes y a los hechos acreditados en el procedimiento.

En el supuesto que nos ocupa, los Informes obrantes en el expediente relativos a la valoración del daño se efectúan tomando como referencia el baremo previsto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, al que aplican los porcentajes correctores, en cuanto, mediante estudios y bibliografía médica, pueden cuantificar el tanto por ciento de probabilidad de curación de la que se ha privado a la víctima. Este medio de cálculo también ha sido avalado por la jurisprudencia (STS de 7 de julio de 2008). Así, consideramos que la indemnización propuesta sólo aplica una reducción derivada de la pérdida de oportunidad, la del 31%, que es la que corresponde a la diferencia de pronóstico entre un estadiaje y otro, puesto que es ahí donde deriva la responsabilidad de la Administración. El porcentaje del 40% es el correspondiente al porcentaje de supervivencia que presenta la enfermedad que padecía el reclamante (según el Informe de AON: "La tipología Her2Neu y el tipo de respuesta convierte a este en un tumor que no habría respondido tampoco al tratamiento de inicio, lo que ensombrece la supervivencia aún más notablemente") y que aparece reflejada a los efectos de calcular la indemnización, puesto que, tal y como se indica también en dicho informe, no existe otro modo en la valoración del daño corporal de cuantificar cómo ha afectado el retraso en atender un proceso maligno que teniendo en cuenta la diferencia entre la posibilidad de supervivencia que presenta

ese caso “per se”, atendiendo a los estudios médicos, y la que presenta después de haber acontecido dicho retraso. En este caso, considera el Informe que dicha diferencia es casi inexistente, en cuanto la posibilidad de supervivencia era ya únicamente del 40%, sin embargo el retraso produjo un cambio de estadiaje, que redujo ese porcentaje en un 31% más, siendo, por tanto, éste porcentaje el único atribuible a la Administración. Sobre la indemnización propuesta, esta Comisión Jurídica recalca que nos encontramos ante un supuesto de pérdida de oportunidad, no de un fallecimiento atribuible de manera única o idónea -con muy alto grado de probabilidad-, al retraso en el inicio del tratamiento. En este caso el error o retraso de diagnóstico se produce, como a nuestro juicio indica acertadamente el Consejo Consultivo de Andalucía, entre otros, en sus dictámenes 283/2019, 395/2019 y 459/2019, “en un entorno de una probabilidad seria y solvente de que ha producido el fallecimiento o se ha privado de tiempo de supervivencia, [...] en este caso la indemnización lo será por pérdida de oportunidad pero teniendo en cuenta que, justamente por esta razón, ni resulta atribuible con absoluta certeza el resultado final ni podrá indemnizarse por él. El fallecimiento que se produce, consiste justamente en eso, en esa falta de certeza de lo que hubiera sucedido, de tal forma que, por su virtud, lo que se indemniza es la no producción de un suceso del que no se sabe si se hubiera terminado verificando. El recurso a la pérdida de oportunidad supone que el daño alegado no es el material resultante y correspondiente al hecho acaecido (fallecimiento, en este caso), sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación”.

Como se declara en la sentencia de 6 de abril de 2015 (recurso de casación 1508/2013), es necesario “valorar el grado de probabilidad de que la actuación omitida hubiera producido un efecto beneficioso así como el grado, entidad o alcance de éste mismo (cf. Sentencia de esta Sala y Sección de 3 de julio de 2012, recurso de casación 6787/2010).” Y en la sentencia de 3 de octubre de 2010 (recurso de casación 440/2009), se parte de que en los supuestos de pérdida de oportunidad no procede la indemnización “por la totalidad del daño sufrido”, sino que la misma ha de establecerse “en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad [...]».

Dictamen nº 077/2022, de 21 de julio, emitido con relación a la consulta nº 128/2022, relativa al «proyecto de decreto por el que se aprueban las Instrucciones de Ordenación y aprovechamiento de montes y se regula el procedimiento de aprobación de los instrumentos de planificación y gestión forestal de Extremadura, y el Registro de Montes Ordenados de Extremadura».

El dictamen versa sobre el análisis de una disposición de carácter general y en el mismo la Comisión manifiesta su posición sobre varios aspectos cuya consideración por la Administración en el proceso de elaboración de estas disposiciones estimamos relevantes.

Así, en primer lugar, se analizan los límites de la potestad reglamentaria acogiendo la doctrina manifestada por el Tribunal Supremo en esta materia en su reciente Sentencia

de 5 de mayo de 2021 (rec. 608/2019) para concluir, en este supuesto, con que existe un exceso de dicha potestad en la regulación contenida en el artículo 23.1 de dicho proyecto de decreto:

«Artículo 23.1: La LAE, en su artículo 254.2, fija la regla de que los instrumentos de gestión forestal de los montes que no tengan el carácter de utilidad pública o que no se gestionen por la Dirección General competente en materia de montes serán promovidos por la propiedad. La excepción prevista en este apartado respecto a los montes cuyo instrumento de gestión forestal hubiera sido redactado acogiendo a subvenciones otorgadas a dicho fin no es equivalente a “la gestión” por la Dirección General competente en materia de montes, por lo que esta excepción excede el ámbito reglamentario, al no tener amparo en los supuestos previstos en la misma, en cuanto los instrumentos de gestión forestal en el resto de montes deben ser promovidos por la propiedad.

Así, y puesto que la presente excepción no viene regulada ni en normativa básica ni en la Ley Agraria de Extremadura, debemos atenernos a los límites de la potestad reglamentaria para determinar la competencia y límites de la Comunidad Autónoma para llevar a cabo esta regulación, tratándose de una regulación autónoma y no efectuada en desarrollo de ley. En esta materia, es muy ilustrativa la Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2021 (rec.608/2019):

“A tal efecto no puede perderse de vista, que tratándose de la impugnación de una disposición normativa, el control jurisdiccional alcanza a la observancia del procedimiento de elaboración legalmente establecido, con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad (art. 9.3 CE), según establece el art. 52 de la Ley 30/92, y el art. 131 de la actual Ley 39/2025, y que son las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria las que determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el art. 106 de la Constitución, en relación con el art. 1 de la Ley 29/98, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad,...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, que aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo.

El control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria, en lo que atañe a la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 CE, responde a la necesidad de evitar que el contenido de la norma sea incongruente o contradictorio con la realidad

que se pretende regular, con la «naturaleza de las cosas» o la esencia de las instituciones, o que el sentido de la decisión, como señala la sentencia de 12 de junio de 2006, «no tiene motivación respetable, sino-pura y simplemente- la conocida sit pro ratione voluntas o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad (STS 13- 7-1984, 21-11-1985, 1-12-1986, 19-5-1987...).»

Pues bien, atendiendo a estos parámetros llegamos a la misma conclusión.»

Por otro lado, y con ocasión del análisis del artículo 29.1 de este proyecto, la Comisión analiza el carácter de los informes y la determinación de su carácter preceptivo y vinculante por norma reglamentaria, indicando:

«Artículo 29.1: El párrafo “Para ello, remitirá a los órganos competentes la documentación necesaria para que emitan sus respectivos informes teniendo éstos el carácter de preceptivos y vinculantes”, debe ser eliminada.

En primer lugar, el precepto es impreciso, en cuanto no se concreta cuáles son los informes que tendrán ese carácter, ya que el párrafo anterior se refiere a “todos los que resulten necesarios para asegurar la compatibilidad del instrumento de gestión forestal con la normativa vigente”.

Conviene recordar la regulación básica sobre el carácter de los informes, indicando que la regla general, salvo disposición expresa en contrario, es que los informes sean facultativos y no vinculantes (artículo 79.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, RJAPAC). Por tanto, el ordenamiento jurídico habrá de establecer expresamente, sin ningún género de duda, que el informe es preceptivo, pues tal carácter no puede simplemente inferirse o presumirse de lo dispuesto en la normativa reguladora del específico procedimiento de que se trate. El art. 78.1 de la misma Ley señala que se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos de acuerdo con disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos. Aunque el art. 79.1 parece permitir que una norma reglamentaria convierta en preceptivo un informe, sin embargo, del art. 78.1 parece deducirse lo contrario, al hacer referencia a “disposiciones legales”. Por tanto, podríamos plantearnos la cuestión sobre si una norma reglamentaria puede establecer informes preceptivos. Si recurrimos a lo dispuesto en la propia Ley, en su artículo 1.2, en el que se indica:

“2. Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar”

también podemos llegar a la conclusión que ello es posible. A esto se une que existen multitud de normas reglamentarias que exigen informes preceptivamente. En consecuencia, podemos concluir que dicha prescripción puede establecerse mediante norma reglamentaria.

Ahora bien, debemos tener en consideración que en el caso que nos ocupa no sólo se están configurando determinados informes (sin determinar cuáles) como preceptivos, sino que, al exigir que sean emitidos con carácter favorable, adquieren también la cualidad de vinculantes.

Debe tenerse en cuenta que estos informes suponen una cierta alteración o, al menos restricción, de la competencia decisoria que tiene atribuida el órgano en el ejercicio de sus competencias. Como señalan algunos autores, entre los que podemos citar a Boquera Oliver, en realidad generan “un acto complejo”.

Todo ello, ha llevado a un sector doctrinal a entender que para el establecimiento del carácter vinculante de los informes en el procedimiento sería al menos conveniente y necesario que como mínimo se exija una norma del mismo rango que la que atribuye esta competencia, en cuanto podemos entender que, en sentido estricto, y si no se perfila o acota el contenido sobre el ámbito competencial en el que se tiene que manifestar dicho informe, el órgano emisor se va a convertir en codecisor del asunto.

Por tanto, consideramos que, en primer lugar, debe indicarse qué informes concretos son los que tienen el carácter de preceptivo, y, en segundo lugar, debe perfilarse o acotarse el contenido o el ámbito material sobre el que los informes a los que se pretende otorgar este carácter de vinculante deben incidir o pronunciarse, o, de lo contrario, se debe eliminar dicha prescripción, ya que, al configurarse de forma genérica, se estaría incidiendo en competencias de otros órganos que no podemos analizar (en cuanto no se han concretado los informes) y en el supuesto que esta competencia viniese atribuida por Ley se estaría alterando la misma por norma de rango inferior, lo que conllevaría a considerar dicho precepto como contrario al ordenamiento jurídico, aspecto que nos lleva nuevamente a considerar que dicho precepto debe ser eliminado.»

Por último, y con respecto al análisis del contenido del artículo 6, en lo que se refiere al trámite de audiencia, recuerda la doctrina existente en relación con la realización del trámite de audiencia a las personas físicas y jurídicas titulares de derechos e intereses legítimos afectados a través de sus asociaciones representativas que formen parte de un órgano colegiado (posibilidad prevista en el artículo 66.3 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura «Cuando el proyecto afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen, cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición y entre los cuales se encuentre la defensa de los intereses de sus miembros»).

«Artículo 6.6: Se plantea la posibilidad de llevar a efecto, a través del Consejo Asesor Forestal, el trámite de consulta a las personas físicas y jurídicas titulares de derechos e intereses legítimos afectados, así como a los agentes sociales e instituciones que pudieran resultar interesadas. Entendemos que para poder sustituir de manera correcta este trámite, por similitud con los requisitos que han sido establecidos por la doctrina y la jurisprudencia para el trámite de audiencia

previsto en la elaboración de disposiciones de carácter general, han de concurrir en las asociaciones representativas que forman parte del Consejo Asesor Forestal los siguientes requisitos:

- a) Que no sean de carácter voluntario.*
- b) Que representen intereses de carácter general o corporativo, y cuyos fines guarden relación directa con su objeto y entre los cuales se encuentre la defensa de los intereses de sus miembros que se vieran afectados por la norma.*
- c) Que estén reconocidas por la ley.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 254.1 de la LAE prescribe en relación con los instrumentos de gestión forestal que “En todo caso, reglamentariamente se garantizará la debida información y participación de los titulares interesados con anterioridad al proceso de planificación”. Y en similares términos la legislación básica estatal cuando establece en su artículo 31.7, en relación con los planes de ordenación de recursos forestales, que “La elaboración de estos planes incluirá necesariamente la consulta a las entidades locales y, a través de sus órganos de representación, a los propietarios forestales privados, a otros usuarios legítimos afectados y a los demás agentes sociales e institucionales interesados, así como los trámites de información pública”.

Con la redacción propuesta estas premisas se cumplen, pero siempre que se constate lo anteriormente indicado, de manera que la audiencia a través de órganos de representación se lleve a efecto con las garantías indicadas.»

Dictamen nº 098/2022, de 7 de septiembre, emitido en la consulta nº 160/2022 sobre expediente de resolución del contrato de «Concesión de servicios de gestión de los Pisos Tutelados de Zorita», tramitado por el Ayuntamiento de Zorita.

El presente dictamen versa sobre un expediente de resolución de contrato de concesión de servicios por incumplimiento de obligación principal y rescate del servicio. En el que el Pleno faculta al Alcalde para dictar acuerdo inicio (siendo competente el Pleno), careciendo de trascendencia anulatoria. Se dictamina favorable parcialmente al concurrir causa de incumplimiento de obligación principal con incautación de garantía; pero no concurrir causa de rescate del servicio al no justificarse razón de interés público ni que la gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.

Son dos las causas de resolución que invoca la administración contratante en el expediente remitido a consulta, oponiéndose a las mismas la contratista:

- El incumplimiento de las obligaciones principales del contrato, establecidas en el contrato, en los Pliegos y en el Reglamento Interno de los pisos tutelados (artículo 211.1.f LCSP).
- El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público, puesto que con las deficiencias puestas de manifiesto, los ancianos usuarios no están bien atendidos (artículo 294.c) LCSP).

Las consideraciones más relevantes de la Comisión jurídica sobre el fondo del asunto y el análisis de las causas resolutorias invocadas se exponen a continuación:

En relación con la primera causa de resolución, se indica, tras analizar el contrato suscrito, lo siguiente:

«[...] la Cláusula segunda dispone la vinculación de las partes al PCAP, al TRLCSP (norma que debemos entender referida a la LCSP en lo que respecta a la resolución contractual, como hemos expuesto) y al Reglamento de Régimen Interno aprobado por el Ayuntamiento y demás normas aprobadas por la Corporación que no se opongan a los anteriores; la Cláusula cuarta, por su parte, determina la obligación de la contratista de cumplir lo dispuesto en el Decreto 4/1996, de 23 de enero, por el que se regulan los establecimientos de asistencia social geriátrica y la Ley 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica.

El PCAP regula en su Cláusula decimosexta los derechos y obligaciones del contratista, encontrándose entre estas últimas, cuidar del buen orden del servicio, sin perjuicio del poder de policía de la administración, y dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, considerando esta obligación de carácter esencial al amparo del artículo 64.2 del TRLCSP. [...]

Como es sabido, a tenor de lo prevenido en el artículo 190 de la LCSP, sobre las prerrogativas de la Administración, “Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.”

Para poder acordar la resolución por parte del órgano de contratación, es preciso que concurra, al tratarse de un contrato de concesión de servicios, alguna de las causas relacionadas en los artículos 211 y 294 de la LCSP, sin que el PCAP contemple otros supuestos de resolución adicionales, sino que realiza una remisión a las causas de resolución previstas en la normativa en materia de contratación pública.

Así las cosas, y en relación a la causa de resolución contractual propuesta, recordemos el incumplimiento de las obligaciones principales del contrato prevista en el artículo 211.1.f) de la LCSP, la jurisprudencia exige un minucioso examen de la esencialidad de la obligación omitida, pues cualquier incumplimiento con independencia de su entidad no puede considerarse causa de resolución, sino que esta potestad exorbitante de la Administración ha de reservarse para aquellos que atenten directamente al núcleo de la prestación contratada, lo que exige la acreditación en el expediente de la gravedad del incumplimiento. [...]

Por su parte, el mismo Tribunal Supremo ha manifestado, en su Sentencia de 16 de octubre de 1984, que “ha de prestarse en cada caso una exquisita atención a las circunstancias concurrentes, con el fin de dilucidar si se está ante un verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones

contractuales, revelador de una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos o, por el contrario, más bien ante un mero retraso, desfase o desajuste en modo alguno expresivo de aquella voluntad y, en definitiva, de un efectivo incumplimiento de la esencia de la obligación”.

Expuesto lo anterior, en el presente expediente nos encontramos que los informes técnicos obrantes en el expediente, cuyo contenido goza de presunción acierto y veracidad, contradicen y refutan las alegaciones de la contratista, y afirman de forma motivada y palmaria el incumplimiento por parte de la misma de diversas obligaciones que constan expresamente en el pliego y en el contrato y en la normativa a la que los mismos se remiten, sobre limpieza de instalaciones, régimen alimenticio, vigilancia y control de medicamentos y asistencia y acompañamiento al residente. Obligaciones que, podemos apreciar, deben ser calificadas como obligación principal del contrato al constituir el objeto del mismo según indica la Cláusula primera del PCAP, sin que la adjudicataria, mediante sus alegaciones, haya desvirtuado los incumplimientos aducidos.

Recordemos que la adjudicataria participó libremente en la licitación de un contrato cuyo objeto era claro y preciso y cuyas condiciones de ejecución expresamente asumía, habiendo sido advertida en diversas ocasiones, según manifiestan los servicios municipales, de la defectuosa prestación del servicio.

Por consiguiente, quedaría acreditado el incumplimiento contractual por parte de D^a. M^a. Rosario Díaz Altamirano y procede en consecuencia la resolución del contrato, por la concurrencia de la causa prevista en el artículo 211, apartado 1, letra f) de la LCSP.

En lo que respecta a la segunda causa de resolución, el rescate del servicio, el dictamen no concluye apreciando su concurrencia, por cuanto “el artículo 294 c) de la LCSP exige la concurrencia de razones de interés público y que se acredite que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional. El informe-propuesta elevado a consulta justifica la procedencia de esta causa de resolución en que, ante los incumplimientos en la prestación del servicio puestos de manifiesto, “los ancianos usuarios no están bien atendidos” y que el rescate persigue “gestionar de una manera más eficaz directamente el mismo por el propio Ayuntamiento de Zorita”.

En relación con la figura del rescate como presupuesto de resolución de los contratos administrativos, el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen n^o 50.197 de 21 de mayo de 1987, señaló lo siguiente:

“Por todo ello bien puede decirse que el rescate exige para su viabilidad la apreciación del interés público de su procedencia, que ha de quedar debidamente acreditada a juicio de la Administración actuante en el procedimiento y, naturalmente, la indemnización que resulte pertinente.

En cuanto a la exigencia del interés público es obvio que no bastaría una abstracta invocación de su concurrencia que sin mayor precisión afirmarían los órganos instructores e informantes: al contrario, esta invocación ha de quedar suficientemente justificada en términos razonables siempre que se pretenda su aplicación”.

En el supuesto sometido a dictamen, del contenido del expediente no se pone de manifiesto la existencia de una razón de interés público debidamente motivada que justifique el rescate del servicio por parte del Ayuntamiento, sino que este se basa en el incumplimiento del contrato por parte de la adjudicataria - ante los cuales la normativa habilita a la administración a imponer penalidades o determinar la resolución, habiéndose optado por esta segunda opción-, y que por ello los ancianos usuarios no están bien atendidos, sin que podamos considerar, con esta somera afirmación, que subyace un interés público debidamente justificado para la resolución del contrato.

Como señala el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, nº 604/2011, de 2 de noviembre de 2011: "... conviene indicar que el `rescate` constituye una de las causas de extinción de los contratos administrativos que prevé hoy el art. 262.b LCSP para el contrato de gestión de servicios públicos (también aludían a él, los arts. 168.b y 169.2 LCAP; 167.b y 168.2 TRLCAP y los arts. 75.3 y 79 de la derogada Ley de Contratos del Estado (texto articulado de 1965 -LCE-) y art. 232 del derogado Reglamento de Contratos del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre con fundamento en "razones de interés público", pero no precisamente por razón o como consecuencia de incumplimiento de clase alguna por parte del contratista -de ahí las consecuencias indemnizatorias prevenidas -así, artículo 170.4 de la LCAP . Además, que el rescate por razones de interés público conlleva la ulterior prestación del servicio de manera directa por la Administración (art. 169.2 LCAP)".

Por tanto, el rescate es una causa de resolución del contrato, no por un incumplimiento contractual imputable al contratista, sino basado en una causa de interés público, que no se encuentra debidamente justificada en el expediente analizado.

En cuanto al segundo de los requisitos que la normativa exige para el rescate como causa resolutoria- que se acredite que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional-, que fue introducido ex novo en la LCSP, el informe-propuesta del Ayuntamiento se limita a indicar que ante la situación de los usuarios de los pisos tutelados, se pretende "gestionar de una manera más eficaz directamente el mismo por el propio Ayuntamiento de Zorita", por lo que tampoco podemos entender acreditada la mejor y más eficaz gestión del servicio por la Corporación, por cuanto no se han puesto de manifiesto las mejoras que implementará el Ayuntamiento en la prestación del servicio que redundarán en una mejor gestión del mismo (a modo de ejemplo, el número y cualificación del personal que asumirá la responsabilidad de la gestión, mejoras de instalaciones, etc).

En conclusión, atendiendo a lo expuesto, y de conformidad con el carácter restrictivo que debe presidir la aplicación de las causas de resolución, debemos determinar que no se encuentra acreditada la concurrencia de la causa de resolución regulada en el artículo 294.c) LCSP.

A mayor abundamiento, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 211.2 LCSP: "En los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo". En nuestro caso, la resolución de un contrato por el incumplimiento

culpable de la contratista y por el rescate del servicio por el Ayuntamiento conllevan efectos económicos diferentes, regulados respectivamente en los artículos 213.3 y 295.4 LCSP, por lo que, de encontrarse probada la concurrencia de ambas causas de resolución, en cuanto a los efectos de la misma, habría que estar a la primera de las analizadas, al ser la primera que se ha producido en el tiempo, esto es, el incumplimiento de las obligaciones principales del contrato por la concesionaria.»

Dictamen nº 104/2022, de 29 de septiembre, emitido sobre la consulta nº 157/2022 relativa al expediente de responsabilidad patrimonial I-2022/150, tramitado por la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, por un presunto funcionamiento anormal del «Centro Residencial Los Pinos», de Plasencia, adscrito al Servicio Extremeño de Promoción de la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Es objeto del dictamen una solicitud de resarcimiento patrimonial como consecuencia de los de los daños que el fallecimiento del Sr. R.D. habría ocasionado a su padre y a sus cuatro hermanos, como consecuencia de una deficiente asistencia prestada por el centro residencial en el que se encontraba ingresado. La parte reclamante denuncia una deficiencia en la atención dispensada al Sr. R.D., concretamente en el deber de cuidado y vigilancia por parte del centro residencial donde se encontraba ingresado, considerando que de las *«insuficientes medidas de contención adoptadas y el deficitario sistema de seguridad de puertas y ascensores que no impidieron al enfermo hacer uso de ello sin estar acompañado [...] deriva el anormal funcionamiento de los mismos, lo que es un hecho imputable al Centro Residencial, responsable de la vigilancia y cuidado de D. X, dada su enfermedad mental y, con ello, responsabilidad, en última instancia de la Administración a la que este escrito se dirige, al haber provocado, por omisión, el trágico y fatal accidente de D. X. [...]»*.

La Comisión Jurídica dictamina que no procede declarar en este caso la responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, con base en los siguientes argumentos que extractamos:

«Procede reseñar que la jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2013) modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquel que pueda producirse. Concretamente, en su Sentencia de 5 de junio de 1998, declaró el alto órgano jurisdiccional que «la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico». Criterio que ha sido recogido en otros fallos

(a modo de ejemplo, sentencias de 13 de septiembre de 2002, 30 de septiembre y 14 de octubre de 2003, o 17 de abril de 2007).

Debemos destacar que la normativa vigente determina la voluntariedad del ingreso en este tipo de centros, por parte del paciente o de quien ostente la representación (artículo 24 de la Ley 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica y artículo 6 del precitado Decreto 298/2015, de 20 de noviembre).

[...]

A este respecto, debemos reiterar que la carga de la prueba compete a los reclamantes, y que coincide esta Comisión Jurídica con lo indicado por la instructora en su propuesta de resolución: “[...] conviene poner de manifiesto que la parte reclamante no aporta al expediente ni con la solicitud, ni en el trámite de audiencia, documentación alguna que pruebe la falta de diligencia del personal del centro, atisbo de negligencia, abandono, falta de vigilancia de la paciente o dejadez por parte de la Administración para apreciar la preceptiva relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el fallecimiento de D. Fernando, y ello, sin perjuicio del fatal desenlace del accidente sufrido.

Sin embargo, muy al contrario, sí queda acreditado en el expediente que la administración adoptó todas las medidas de seguridad aconsejables al estado del paciente y así consta en los informes emitido por la dirección del centro.

[...]

En efecto, hay dos circunstancias en este caso que resultan relevantes para apreciar la ruptura del nexo causal: en primer lugar, una residencia de personas mayores no es un hospital psiquiátrico ni una clínica médica, sino un centro de convivencia en el que el ingreso se realiza de forma voluntaria y los servicios sociosanitarios existentes tienen por finalidad el control y seguimiento de los residentes, la promoción de su autonomía e integración social y la atención integral a todos los usuarios desde un enfoque biopsicosocial, que incluya las esferas sanitaria, psicológica, social, cultural y ambiental (artículo 5 del Decreto 298/2015, de 20 de noviembre), y, ante la recomendación por la dirección del centro del traslado del Sr.[...] a otro más adecuado, los familiares no lo aceptaron, a pesar de lo cual los responsables del centro siguieron adoptando las medidas de seguridad y contención necesarias –prueba de ello es que la ausencia del paciente fue detectado un minuto después de producirse–; en segundo lugar, no existían precedentes de intentos de autolesión en la conducta del finado, sino que las medidas adoptadas estaban encaminadas a evitar agresiones y riesgo de fuga por parte del mismo, por lo que el resultado que finalmente acaeció no se encontraba entre los previsibles, y así se señala en el informe de la dirección del centro de 1 de abril de 2019, emitido con ocasión de la demanda penal, que refiere que “durante su estancia en el centro desarrolló conductas agresivas con terceros pero en ningún caso ha dado muestras de comportamientos autolesivos o suicidas”. En este sentido, el Auto nº 298/2021, de 15 de abril, obrante en el expediente señala expresamente que, a pesar de que “la probabilidad de que el Sr. X. [...] se liberase de la sujeción mecánica que se le estaba aplicando no

era algo que debiera tacharse de excepcional por cuanto [...] ya habría sucedido en ocasiones anteriores [...] Lo que ahora ocurre, sin embargo, va más allá y entendemos que excede de los parámetros de previsibilidad que podrían plantearse. De entrada, los mecanismos y actividades protocolizadas del Centro se encontrarían en orden, incluso el propio sistema de acceso a lugares protegidos por códigos como la puerta de la terraza desde la que se precipitó”.

A la vista de lo expuesto, esta Comisión Jurídica comparte la propuesta desestimatoria, por cuanto, a la vista de los datos acreditados en el expediente no se ha probado incumplimiento alguno de las obligaciones impuestas a la Administración responsable del centro residencial, y no es posible apreciar relación de causalidad entre el fallecimiento y el funcionamiento del servicio público.»

Dictamen nº 121/2022, de 20 de octubre, emitido en la consulta nº 216/2022, relativa al «proyecto de decreto por el que se establece la competencia, los criterios generales y el procedimiento para la elaboración, aprobación y modificación las relaciones de puestos de trabajo del personal al servicio de la Administración General de la Junta de Extremadura».

Se analiza en este dictamen un proyecto de disposición de carácter general, que se dicta en desarrollo de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, siendo competente este órgano consultivo para dictaminar sobre el mismo, al amparo del apartado 5.a) de la disposición adicional primera de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y del artículo 58.1.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, de su Cuerpo de Letrados y de la Comisión Jurídica de Extremadura, aprobado por Decreto 1/2022, de 12 de enero.

Consideramos relevante destacar diversas cuestiones sobre el procedimiento de tramitación de la norma que merecieron el pronunciamiento de este órgano consultivo, determinando la existencia de irregularidades relativas a la práctica del trámite de audiencia, aunque sin que en este caso se aprecie que constituyan un vicio invalidante:

«Por lo que se refiere a la participación de los ciudadanos en la elaboración de la norma, figura, como se ha señalado en antecedentes del asunto, una fase de consulta pública previa y la apertura de un plazo de presentación de sugerencias, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 y 40 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura y 133 de la LPACAP, mediante la publicación en el Portal de Transparencia y Participación Ciudadana de la Junta de Extremadura el 6 de junio de 2022 (publicación que no obra en el expediente pero así lo indica el informe jurídico y ha podido comprobarlo este órgano), de la Resolución de 1 de junio de 2022, de la Secretaría General, por la que se acuerda la apertura del trámite de consulta pública previa y de presentación de sugerencias en relación al proyecto de decreto, por un plazo de 15 días naturales.

La Comisión Jurídica de Extremadura, en relación con este trámite, viene manifestando que debe constituir la primera actuación a llevar a cabo una vez decidida la tramitación de una norma, en coherencia con lo dispuesto en el mencionado artículo 40 de la Ley 4/2013 antes aludida, que se inserta dentro del título y capítulo de la Ley dedicados a la participación y colaboración ciudadanas, en relación con lo regulado en el artículo 133 de la LPACAP, igualmente referido a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos y que, en su apartado 1, prevé una consulta previa a la elaboración del proyecto de reglamento. A este respecto, cabe hacer alusión a la Sentencia 55/2018 del Tribunal Constitucional de 24 de mayo, en la que se ha manifestado que: “El art. 133, en sus apartados 1, primer inciso (“Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública”) y 4, primer párrafo, contiene normas con parecido tenor que pueden reputarse bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), aplicables en cuanto tales a la elaboración de reglamentos autonómicos (...)”. En el caso que nos ocupa, aunque, en principio, pudiera advertirse una simultaneidad entre este trámite y el de audiencia e información pública, por cuanto ambas resoluciones por las que se acuerdan los mismos se dictan con la misma fecha, el 1 de junio de 2022, realmente no se produce tal solapamiento, por cuanto el trámite de audiencia e información pública no se publica en el DOE hasta el 23 de junio de 2022, una vez finalizado el trámite anterior. No ocurre igual con el trámite de consulta al resto de Consejerías contemplado en el artículo 68.1 de la Ley 1/2022, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura así como con otros trámites preceptivos del expediente (solicitud de los informes de impacto de empleo, impacto de género y diversidad de género), que se han sustanciado antes del trámite de consulta pública, por lo que no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 133 de la LPACAP, que exige que este trámite preceda, con cierta antelación, a la tramitación de la norma, para no desvirtuar su naturaleza consultiva y participativa con carácter ex ante a la elaboración del texto normativo proyectado dado que, recordemos, la consulta pública tiene por objeto, entre otros fines, que los ciudadanos puedan opinar sobre posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Igualmente, se ha otorgado el trámite de audiencia e información pública al que se refiere el artículo 66.3 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, mediante la Resolución de 1 de junio de 2022, de la Secretaría General, y su publicación en el DOE, núm. 120 de 23 de junio de 2022. El citado trámite se ha concedido por un plazo de siete días hábiles, justificándose el plazo abreviado, según consta en la Resolución, “por la previa exposición del texto al trámite de consulta previa y sugerencias regulado en los artículos 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas y 7 y 40 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura y, asimismo, por razón de las medidas contenidas en la norma y la fecha en la que se prevé la entrada en vigor del texto normativo”. A este respecto, en primer lugar, debemos indicar que no consta en el expediente referencia alguna a la fecha en que se pretende o en la que sea necesario que entre en vigor la norma. En segundo lugar, si bien

el artículo 66.4 de la Ley 1/2022, de 28 de febrero, prevé la posibilidad de reducir el plazo de quince días hábiles previsto en el apartado anterior de este artículo, así como la supresión de este trámite, han de justificarse debidamente en el expediente las razones que así lo aconsejan, sin que sea admisible que proceda acordarse la tramitación de urgencia por la existencia de los trámites previos de consulta previa y de sugerencias, por cuanto se tratan de trámites legalmente exigidos, diferenciados y que obedecen a finalidades distintas: el trámite de consulta pública está previsto antes de la elaboración de la norma en cuestión, dirigido a los ciudadanos, y no se trata de evacuar alegaciones sino solicitar la opinión acerca de las cuestiones expresamente estipuladas en el art. 133.1 LPACAP, y el trámite de sugerencias, también dirigido a los ciudadanos, tiene como finalidad que estos puedan remitir sugerencias y el procedimiento a seguir sobre el proyecto normativo; el trámite de audiencia, por su parte, se evacúa una vez elaborado el proyecto de norma, está dirigido a los ciudadanos que tengan la consideración de interesados, y la finalidad es que se les permita efectuar alegaciones sobre el texto en cuestión. Por tanto, admitir la posibilidad de reducción de este plazo de alegaciones con base en los trámites de consulta pública y sugerencias anteriores supondría que en todos los procedimientos de elaboración de disposiciones reglamentarias procedería aplicar, per se, el plazo abreviado en el trámite de audiencia, lo cual no responde al espíritu ni al tenor de la norma. No obstante, habiéndose puesto a disposición de los ciudadanos, en el trámite de audiencia pública, el texto íntegro de la norma, y habiéndose dado trámite de alegaciones a los sectores afectados por esta norma a través de la negociación colectiva, no puede considerarse que la reducción de este plazo tenga efectos invalidantes en el caso examinado.»

Dictamen nº 126/2022, de 27 de octubre, correspondiente a la consulta nº 183/2022 relativa a un expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por el Servicio Extremeño de Salud (SES) por supuesta denegación de asistencia sanitaria durante el estado de alarma.

En este dictamen, concluíamos desestimando la existencia de responsabilidad patrimonial al no apreciarse un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* bajo los parámetros asistenciales a tener en cuenta durante el estado de alarma. De esta forma indicábamos:

«Expuestos los elementos de juicio a tener en cuenta en relación con la atención dispensada en esta parte del curso asistencial, hemos de señalar, en primer lugar que, si bien en el expediente y en la historia clínica aparece el estadiaje 1 de la Leucemia Linfoide Crónica en el Informe de la Inspección Médica y del Servicio de Medicina Intensiva de XXX, lo cierto es que también en el informe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital de XXX de 25 de marzo de 2020, en las notas de evolución, se alude a una Leucemia Linfoide Crónica estadio I (0) International Workshop o, en el del Servicio de Medicina Interna de 23 de marzo de 2020, se menciona un estadio I de RAI, de forma que uno u otro estadiaje puede obedecer a distintas clasificaciones o a la omisión de aquellas en los informes de la Inspectora Médico y del Jefe de Servicio del Hospital XXX. Mas, con independencia de ello, lo cierto es que, del análisis de estos últimos informes, en ningún caso se aprecia que uno u otro estadiaje fuere relevante en el supuesto examinado, sino la

condición de inmunosuprimido por la propia tenencia de la patología de base con los factores de pronóstico de riesgo obrantes en la historia clínica teniendo en cuenta la edad y la situación clínica del paciente en los momentos en los que se solicita la derivación a UCI.

Asimismo, respecto a la posible intervención del Comité de Ética Asistencial Hospitalario, lo cierto es que en su informe el Jefe de Servicio no afirma que aquel participase en la decisión adoptada en este asunto, sino que el mecanismo de toma de decisiones habría sido avalado – desconocemos si bien con carácter ex ante, bien con carácter ex post- por el Comité de Ética Asistencial y la Dirección Médica.

En este caso, nos encontramos ante un supuesto de pandemia, en el que, precisamente, se establecen por las Sociedades Científicas y Comités, por las implicaciones éticas de las decisiones que deben adoptarse, recomendaciones para la implementación de los triajes, en cuanto se trata de métodos de selección y clasificación de pacientes en una medicina de emergencia y catástrofes, precisamente, por la toma de decisiones urgentes y continuadas que deben adoptarse, por eso, en las propias recomendaciones de la SEMICYUC se indica que el criterio médico respecto de cada paciente debe ser razonado, argumentado y consensuado facultativamente, bien en la sesión clínica diaria, bien por el Comité de ética asistencial. Y, en este caso, el mecanismo de toma de decisiones adoptado en el Servicio de Medicina Intensiva del Hospital XXX ofrece unas garantías que considera esta Comisión adecuadas y que no aparecen como cuestionadas por otros órganos, incluido el referido Comité de ética asistencial, según se desprende de la documentación obrante en el expediente.

Finalmente, en relación con la disponibilidad o no de camas hospitalarias de UCI, en primer lugar, debe referirse que las estadísticas a las que se alude en el escrito de alegaciones, sin perjuicio de que no se indica la fuente de obtención, en todo caso, hacen referencia a los pacientes por Covid-19 en UCI, pero ello no significa que esa sea la tasa de ocupación en UCI que, evidentemente, es superior, ya que en dichas unidades figuran pacientes tanto con dicha enfermedad como con otras. A título de ejemplo, apréciase que en el propio artículo científico que se cita en el escrito de alegaciones en sustento de la falta de constitución del comité de ética asistencial, se alude a una tasa de ocupación de UCI del centro hospitalario de referencia del 80 %.

En todo caso, sea cual fuere la tasa de ocupación en ese momento, lo importante es referir que, siguiendo las indicaciones de la SEMICYUC, en casos de crisis los pacientes de catalogados como prioridad, no ingresarán en unidades de cuidados intensivos. Y, en el caso presente, con una situación completamente extraordinaria y excepcional, con una pandemia en sus comienzos y una transmisión comunitaria de la Covid-19 descontrolada, con desconocimiento de la incidencia real y la duración de la situación, pero sí con aumento del número de casos continuado y sin tratamientos específicos para la curación, consideramos que la aplicación del triaje en aquel contexto temporal de medicina de catástrofe estaba justificado a la vista de la evolución de la pandemia en aquellos momentos en el que se apreciaba un incremento continuado de las tasas de ocupación de las UCIS y un previsible riesgo ulterior de colapso –criterio que, por más, a la vista del derecho comparado, ha sido el criterio empleado igualmente en otros órganos consultivos-, de

forma que, ante la limitación de los recursos y medios existentes, la concurrencia de este debe ser evitado para salvaguardar la vida de quienes gozan de una oportunidad para ello. Precisamente, por ello, el triaje tiene por finalidad salvaguardar el principio coste/oportunidad, es decir, tener en cuenta que admitir un ingreso puede implicar denegar otro ingreso a otra persona que puede beneficiarse más. Evitar el criterio “primero en llegar, primero en ingresar”.

Y la consideración de que el paciente, con algo más de 70 años de edad, debía ser catalogado como paciente de prioridad 3, teniendo en cuenta la situación clínica que presentaba en aquellos momentos el paciente y una situación basal de inmunodepresión por leucemia linfática crónica que, además, suponía un riesgo añadido de sobreinfección si se producía su ingreso en UCI, no puede catalogarse como una decisión arbitraria o negligente a pesar de la discrepancia existente entre los facultativos de un hospital u otro siguiendo las recomendaciones de la SEMICYUC (En los pacientes entre 70 y 80 años que presentan alguna de estas comorbilidades moderadas-graves (ICC, miocardiopatía dilatada, EPOC, cirrosis, insuficiencia renal crónica, etc.) se valorará cuidadosamente la indicación de VMI y se le tratará preferentemente con VMNI o similar según disponibilidad); y en estos mismos términos se ha pronunciado la Inspectora médico en su informe que, ante criterios dispares de ingreso, ha considerado adecuada la decisión que fue adoptada por el Servicio de Medicina Intensiva de XXX por la futilidad terapéutica del ingreso en UCI. Así, la consideración como comorbilidad moderada-grave de la leucemia linfática crónica del paciente que, junto con la situación clínica de aquel, determinó su no ingreso en UCI en el contexto temporal en el que se produjo, no ha sido considerada como arbitraria o negligente por parte de la inspectora médico, por el contrario, la ha considerado acorde a la praxis médica en aquel contexto; por lo que, ante un criterio u otro, ha optado por considerar más acertado el criterio de no ingreso empleado por el Servicio de Medicina Intensiva del Hospital XXX.

Y añadiremos, a título complementario que, con posterioridad, los datos estadísticos de los índices de mortandad durante la pandemia, como indica el Jefe de Servicio de Medicina intensiva del Hospital XXX, también reforzarían dicho planteamiento. Así, las publicaciones de la Sociedad Española de Hematología y Hemoterapia, la mortandad en pacientes con esta patología habría sido el triple al de la población en términos generales y, en pacientes UCI, superior al 50 %. Y se agrega que, durante la primera ola, con los datos obrantes en el servicio, en pacientes mayores de 70 años ingresados en UCI, la mortalidad fue del 80 %. Por tanto, como indica el Jefe de Servicio en su informe, el pronóstico hubiera sido infausto prácticamente con toda certeza aun cuando se hubiera producido el ingreso en UCI.

Téngase en cuenta que, en sentido contrario a lo dispuesto por la parte reclamante en su escrito de alegaciones, la ventilación mecánica orotraqueal que se pone de manifiesto en el escrito de reclamación que hubiera supuesto el acceso a la UCI no era un tratamiento específico que hubiera comportado la curación o una alta probabilidad de supervivencia del paciente, al contrario, como se aprecia en el Dictamen 485/2022 de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, con cita en un informe de la Inspección Sanitaria “La ventilación mecánica evita que un paciente con insuficiencia respiratoria grave fallezca en ese momento, pero no es una intervención curativa y

solamente aspira a mantener con vida al paciente mientras hacen efecto tratamientos específicos o la propia inmunidad del paciente. En ese momento no existía ningún tratamiento efectivo para el COVID. El síndrome de distrés respiratorio por COVID es una enfermedad de extrema gravedad, con una mortalidad de hasta el 88 %”.

En conclusión, en el contexto temporal en el que se produjo el supuesto sometido a dictamen, con los elementos de juicio obrantes en el expediente, en esta fase del curso asistencial, no cabe apreciar un supuesto de arbitrariedad ni de negligencia en la decisión adoptada por el Servicio de Medicina Intensiva del Hospital XXX, en contra del criterio de los facultativos del centro hospitalario de XXX, ya que entra dentro la discrecionalidad de los facultativos de uno u otro centro, desde su apreciación diagnóstica, justificable en ambos casos, llegar a una u otra conclusión sobre la posibilidad de recuperación del paciente con los medios de los que se dispone en un contexto temporal extraordinario ante el que nos encontrábamos.

Mas, ante un juicio clínico y otro, la Inspectora médico, a la que se le presume una objetividad e imparcialidad en razón de su cometido, corrobora el actuar adecuado del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital XXX en relación con la denegación del ingreso en UCI por la situación clínica, los antecedentes, y la patología de base del paciente, en el momento temporal en que se produjo. Y este Comisión ha de considerar que, sobre la base de dicho informe de la Inspección Médica, teniendo en cuenta la documentación obrante en el expediente y las argumentaciones en defensa de uno u otro criterio que constan en el expediente, lo cierto es que no cabe apreciar la existencia de un actuar negligente por parte del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital XXX ante la decisión clínica adoptada y, por tanto, un incumplimiento de la lex artis ad hoc por considerar al paciente como no tributario de ingreso en el servicio de urgencia por su condición de paciente de prioridad 3 no tributario de un ingreso en UCI, al no resultar “recuperable” ante su situación clínica y basal y la futilidad terapéutica de las medidas que le resultarían implementables con los medios disponibles, teniendo en cuenta los conocimientos científicos existentes en aquellos momentos.

En virtud de cuanto antecede, y sin perjuicio de considerar que nos encontramos ante un supuesto complejo, con disparidades de criterios médicos en la última fase del curso asistencial e implicaciones éticas añadidas y, por tanto, en el que resulta comprensible la reclamación formulada, esta Comisión, de conformidad con los elementos de juicio obrantes en el expediente, considera que no concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad de la Administración al no apreciarse el incumplimiento de la lex artis ad hoc por parte de los facultativos de los distintos centros hospitalarios del SES en la asistencia sanitaria dispensada.»

Dictamen nº 134/2022, de 11 de noviembre, correspondiente a la consulta nº 81/2022 relativa al expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por el Servicio Extremeño de Salud en materia de asistencia sanitaria.

En el expediente se aborda, entre otras consideraciones, la falta de consentimiento informado en relación con un riesgo de decanulación con motivo de una operación a corazón abierto de alto riesgo. Concluíamos afirmando que:

«El criterio de esta Comisión Jurídica es que, si bien el nivel de información del documento de consentimiento informado no puede ser genérico, sino específico, elaborado con la mayor precisión atendiendo a las características del paciente para salvaguardar la autonomía de la voluntad de los pacientes, de conformidad con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y del consentimiento informado, la posible insuficiencia de aquel a efectos indemnizatorios estará determinada por el tipo de medicina ante el que nos encontramos y por la relevancia de la información sustraída, si hubiera determinado el no sometimiento del paciente a la intervención efectuada teniendo en cuenta las características de la intervención a desarrollar y las circunstancias específicas del caso.

En el supuesto objeto de dictamen, el inspector médico y el órgano instructor concluyen que el riesgo de decanulación se encontraba subsumido en la aparición de circunstancias que pueden obligar a modificar el plan quirúrgico y comportar una cirugía que puede variar de la propuesta. Considera esta Comisión que el riesgo por decanulación sí puede tener cabida en dicho enunciado, por tratarse de un acontecer fortuito asociado a la intervención quirúrgica que imposibilita el desarrollo de la técnica quirúrgica en los términos en los que se encontraba proyectada y que el paciente habría asumido con la suscripción del consentimiento informado, ahora bien, dicha circunstancia la entendemos subsumida en dicha cláusula por su carácter muy infrecuente, afirmación que no podría sostenerse en el caso de que el riesgo materializado hubiera tenido un mayor grado probabilístico de incidencia, puesto que de esta forma se estaría utilizando una fórmula genérica para enervar del derecho a la información relevante en garantía del derecho a la autonomía de la voluntad que pretende preservarse a través de la figura del consentimiento informado.

En este sentido, hemos de tener en cuenta que nos encontramos ante una intervención cuya necesidad no ha sido cuestionada en ningún caso por la parte reclamante a pesar de tratarse de una intervención a corazón abierto de alto riesgo y muy compleja que lleva aparejada unos riesgos típicos muy graves -véase el extenso elenco de riesgos incluido en el consentimiento informado- incluido el de riesgo por fallecimiento, del 8 %, por lo que, difícilmente, la omisión de una información sobre el riesgo de decanulación y disección aórtica del 0,12 % al 0,35 % puede considerarse que hubiera comportado que el paciente no se hubiera sometido a aquella cuando a través de la prestación de su consentimiento se está asumiendo el riesgo de daño cerebral en que luego se concreta aquella, tal y como manifiesta el inspector médico en su informe, amén de otro serie de riesgos muy graves por la naturaleza y complejidad de la técnica empleada.

Como viene refiriendo la jurisprudencia y la doctrina no es preciso informar exhaustiva y detalladamente acerca de todas las posibles complicaciones quirúrgicas que puedan producirse durante la intervención, pues ello resultaría imposible, por lo que teniendo en cuenta que, en este caso, no nos encontramos ante una operación de bajo riesgo en el que se desencadena un daño completamente ajeno y extraño a aquel, sino ante una cirugía de muy alto riesgo con un elenco de potenciales complicaciones muy graves, fallecimiento incluido, dado que la intervención debe reputarse como necesaria y que las lesiones derivadas de la circunstancia quirúrgica acaecida, -

daño cerebral-, figuraban en el consentimiento informado, la falta de detalle específico de un riesgo muy infrecuente derivado de la técnica quirúrgica con una incidencia del 0,12 % al 0,35 % que puede entenderse incluido en la cláusula antedicha prevista en el número 2 de los riesgos generales, conducen a concluir a esta Comisión que no se ha lesionado el derecho a la autonomía de la voluntad del paciente ya que, con los elementos de juicio expuestos, debe presumirse que el paciente habría consentido la intervención de haber sido informado con toda precisión estadística del riesgo acaecido.»

Dictamen nº 161/2022, de 1 de diciembre, concerniente a la consulta nº 245/2022, relativa al «proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Planes de Protección de la Comunidad Autónoma de Extremadura, así como determinadas obligaciones exigibles en materia de planificación de protección civil»

En la consulta formulada, apreciábamos en la redacción que, en el proyecto de norma, se proporcionada a las infracciones leves, una vulneración de los principios de seguridad jurídica y tipicidad; por ello, concluíamos en los siguientes términos:

«Finalmente, respecto a las infracciones leves, para garantizar los ya referidos principios de seguridad jurídica y tipicidad es preciso realizar un esfuerzo en la definición de estas. Recordemos que el Tribunal Constitucional declara en su sentencia 220/2016, de 19 de diciembre (FJ 5) que “la garantía de certeza puede resultar vulnerada por la insuficiente determinación ex ante de la conducta sancionable, como defecto inmanente a la redacción legal del precepto sancionador”, vulneración que “afectaría a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito penal o sancionador (SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 3, y 261/2015, de 14 de diciembre, FJ 5).”

Por ello esta Comisión considera que no basta con una genérica previsión reglamentaria, sino que se trata de contemplar con el mayor rigor posible de las conductas infractoras, describiéndola con detalle, y, examinado el contenido de este decreto, la mayor parte de ellas son perfectamente identificables. En este sentido se hace notar que la remisión simplemente a otras infracciones del decreto supone una omisión del ejercicio de la función de colaboración reglamentaria en la descripción de las conductas sancionables previstas en la ley. Por ello, debe establecerse un elenco de infracciones leves que abarque un mayor número de conductas perfectamente identificables.»

Dictamen nº 171/2022, de 22 de diciembre, emitido sobre la consulta nº 260/2022, relativa al expediente de revisión de oficio del contrato «Servicio de Asesoramiento y Ejecución de las operaciones de liquidación de la empresa pública GISVESA S.A. para el reconocimiento de obligaciones derivadas del mismo, expediente PRM/2020/0000037322», tramitado por la Consejería de Movilidad, Transporte y Vivienda de la Junta de Extremadura.

Se somete a la consideración de esta Comisión Jurídica la revisión de oficio del contrato de servicio de asesoramiento y ejecución de las operaciones de liquidación de la empresa pública GISVESA, por concurrir la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el

artículo 47.1.e) de la LPACAP, al considerar la Administración consultante que, habiéndose realizado los trámites de preparación y selección del contratista del citado contrato conforme a lo establecido para los contratos menores en la LCSP, exclusivamente atendiendo a la cuantía del mismo, la duración de la ejecución del contrato ha sido superior a un año, infringiéndose el artículo 29.8 de la LCSP, y que, debido a circunstancias derivadas de la propia naturaleza de las prestaciones, que debieran haberse tenido en cuenta por el órgano de contratación a la hora de confeccionar el expediente de contratación y, en consecuencia y con independencia de la cuantía, debería haber tramitado el expediente en los términos del artículo 116 LCSP y por el procedimiento ordinario correspondiente. Y añade que *«Lo cierto y verdad, es que el servicio fue solicitado, se ha realizado y ha sido recepcionado de conformidad, como se confirma en la factura del servicio contratado, por tanto sino se abonara el gasto por parte de la Administración se produciría un enriquecimiento injusto.»*

La Comisión Jurídica, tras analizar la doctrina sobre la causa de nulidad invocada, acude al tenor literal del contrato menor suscrito, que establecía un plazo de duración de un año, a contar desde la fecha de la firma, entendiéndose cumplido cuando *«el liquidador haya realizado, en las condiciones establecidas y a satisfacción de la Consejería de Movilidad, Transporte y Vivienda, la totalidad del objeto contractual»*. En cuanto al objeto del contrato, del pliego de prescripciones técnicas se desprende que el asesoramiento y ejecución de las operaciones de liquidación de GISVESA tiene una doble vertiente: la contratación de los servicios profesionales correspondientes a los liquidadores de la sociedad; y el asesoramiento en materia de reestructuración empresarial, dado el interés de la Comunidad Autónoma en que alguna de las funciones en materia de promoción de viviendas protegidas y patrimonio público de vivienda que ha venido realizando GISVESA pudieran o no ser realizadas por la sociedad mercantil autonómica URVIPEXA S.A.U., se incluye en el contrato el asesoramiento jurídico integral de la viabilidad de una reestructuración del sector público autonómico que afecte a ambas sociedades.

Resultan de relevancia las siguientes reflexiones de la Comisión Jurídica en este dictamen:

«En el presente caso, el contrato cuya validez se cuestiona fue tramitado conforme a las reglas previstas en el artículo 118 de la LCSP: así, obran en el expediente, además del pliego de prescripciones técnicas que define el objeto del contrato, el informe justificativo de la necesidad del contrato y de que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en la LCSP, la aprobación del gasto, y la factura correspondiente.

Por otra parte, los propios informes obrantes en el expediente y la propuesta de resolución afirman que el incumplimiento del plazo de duración del contrato menor ha sido debido a incidencias surgidas durante la ejecución del mismo – la aprobación de un proyecto global de cesión del activo y pasivo de GISVESA a la Junta de Extremadura con carácter previo a la liquidación de la

sociedad-, que determinaron la prolongación de las actuaciones de ejecución, durante un plazo de duración mayor al del año inicialmente previsto en el contrato.

Asimismo, también se encuentra debidamente acreditado, como indica la propuesta de resolución y por las circunstancias ya expuestas, que el retraso en la ejecución del contrato no fue imputable al contratista y que concurre buena fe por parte del mismo, dado que informó a la Administración hasta en tres ocasiones sobre las dificultades de cumplimiento del contrato en los plazos fijados con anterioridad al vencimiento del mismo (informes de 3 de septiembre de 2020, 27 de abril de 2021 y en el proyecto presentado el 2 de junio de 2021), continuando con la ejecución de las prestaciones y ofreciendo la solución que estimaba viable para satisfacer la pretensión de la Consejería y culminar el proceso de liquidación de GISVESA.

Partiendo de lo anterior, y de que, como se indicado anteriormente, esta acción de nulidad está restringida a los supuestos más graves de antijuridicidad administrativa y que por su carácter excepcional, debe ser interpretada restrictivamente, y que debe evitarse que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal analizado a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, resulta evidente que no concurren los presupuestos que tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen para constatar esta causa de nulidad en los actos de preparación del contrato que devinieran en la nulidad del contrato mismo, puesto que en ninguno de los documentos obrantes en el expediente consta alegación alguna acerca de circunstancias o indicios que permitieran deducir, en la fase de configuración del expediente, las incidencias que se presentaron durante la ejecución del contrato, sino que, por el contrario, se afirma de manera indubitada tanto por el órgano de contratación como por el contratista, que las mismas se produjeron de manera sobrevenida una vez iniciada la ejecución y determinaron la superación del plazo máximo de duración del contrato menor.

Al tratarse de una incidencia surgida durante la ejecución del contrato no imputable al contratista, advertida además antes de la superación del plazo, la Administración debería haber hecho uso de los instrumentos que la normativa de contratación habilita a estos efectos. Así, el artículo 29 de la LCSP, titulado «Plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación», dispone en su apartado 8 que «los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga» y, previamente, en su apartado 3, establece que “Cuando se produzca demora en la ejecución de la prestación por parte del empresario, el órgano de contratación podrá conceder una ampliación del plazo de ejecución, sin perjuicio de las penalidades que en su caso procedan, resultando aplicables en el caso de los contratos administrativos lo previsto en los artículos 192 y siguientes de esta Ley”.

Como vemos, esta facultad de ampliación del plazo de ejecución de los contratos - figura distinta de la prórroga proscrita en los contratos menores-, resulta aplicable a cualquier tipo de contrato administrativo y cualquiera que sea su procedimiento de tramitación, como en nuestro caso, cuando por incidencias imprevisibles surgidas durante la ejecución resulta necesario, por razones

de interés público, continuar la ejecución del contrato aun superándose el plazo de duración previsto en el contrato, sin que ello haya sido tenido incidencia en el precio del contrato.

La distinción entre el plazo de duración de la actividad y el plazo de ejecución de la prestación ha sido analizada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 87/21, que señala que “En el segundo caso el plazo se prevé como el periodo que debe tardar en ejecutarse una prestación, normalmente una prestación caracterizada por exigir un determinado resultado. En este caso, dicho plazo temporal opera como circunstancia inherente a la prestación, la cual se debe adaptar a una duración razonablemente prevista para su ejecución de forma que, llegada la conclusión del plazo previsto sin haber finalizado por cualquier causa la actividad, no tiene por qué producirse necesariamente la extinción del contrato. Tal parece ser el supuesto de contratos al que se refiere, con carácter general, el artículo 29.3 de la LCSP que ya hemos mencionado con anterioridad y tal parece también el supuesto a que atañe la consulta”, añadiendo, al respecto de la ampliación que regula el artículo 29.3, “El interés público que late bajo la celebración de cualquier contrato público justifica esta solución en la que se garantiza la correcta ejecución de la prestación y se penaliza al contratista que incurre culposamente en mora”.

Y también resulta de interés su Informe 16/2017, de 19 de noviembre, en el que se analiza, entre otras cuestiones, el retraso en la ejecución de la obra ya comenzada que extienda su duración más allá del plazo de duración del contrato menor, y realiza el siguiente análisis:

“[...] cabe señalar que, por lo general, no parece lógico que un contrato de obras de un valor estimado inferior al umbral del contrato menor pueda extender su duración más allá de un año. En efecto, cabe recordar que la finalidad del contrato menor es, por definición, la de dar una respuesta rápida a una necesidad perentoria que, precisamente por tener un valor estimado muy escaso, se puede adjudicar con la celeridad propia de una adjudicación directa, tal y como lo describe el artículo 138.3 del TRLCSP cuando dice que “los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111.” Este es el mismo contenido del artículo 131 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Como contrapartida a esta ventaja, el legislador ha previsto unas limitaciones destinadas precisamente a evitar el abuso en la utilización de esta figura o su uso para finalidades distintas de las previstas en la ley, entre las que se encuentra un periodo de duración que no puede superar un año y que no puede ser objeto de prórroga.

Desde este punto de vista, un contrato menor de obras que no termina de ejecutarse en un año es un contrato en el que se ha producido una situación potencialmente patológica. En este caso, si existe incumplimiento de la prestación o demora en la ejecución por parte del contratista deberían articularse los mecanismos administrativos pertinentes para ofrecer la debida respuesta, exigiendo la pertinente responsabilidad al contratista [...]

Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista.

[...]

A pesar de todas las medidas legales que se puedan adoptar es posible que la duración final de la obra supere el plazo de un año que establece la ley. En este caso, que debe remarcar que constituye una situación completamente excepcional y patológica, y siempre que no exista demora voluntaria o injustificada por parte de la entidad contratante, cabría acordar la continuación de la ejecución del contrato menor de obra por el tiempo estrictamente imprescindible para finalizarla cuando de forma justificada se acredite que otra solución resulte antieconómica y contraria a los intereses públicos. En este sentido hay que tener en cuenta que la propia ley aboga por esta solución mediante una ampliación del plazo inicial si no hay culpa del contratista. Además, la prohibición de que los contratos menores tengan una duración superior a un año que está contenida en el artículo 23.3 del Texto Refundido y en el artículo 29 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, alude principalmente a la duración predeterminada del mismo, por ejemplo, en los contratos de servicios. Como hemos visto, el contrato de obras no tiene en la ley una duración tasada. Si por las circunstancias del caso la ejecución ya comenzada no se pudiese terminar en el plazo de un año sin culpa alguna de las partes contratantes resultaría en extremo rigorista y falto de sentido que se resolviese y hubiese que licitar, la ejecución del resto de la prestación, que incluso podría ser de mínima importancia o valor.”

Tras las anteriores consideraciones, concluye el precitado informe que:

“- La no terminación de la obra objeto del contrato menor dentro del plazo de un año, por la propia naturaleza de este tipo de contratos, es un supuesto de patología en su ejecución que debe dar lugar a las consecuencias jurídicas establecidas legalmente, bien para el incumplimiento o bien para la demora en la ejecución.

- Con el fin de evitar la resolución del contrato en los casos en que sea gravemente dañosa para el interés público es posible ampliar el plazo para la finalización de la ejecución del contrato por el tiempo estrictamente necesario para su finalización, aunque supere la duración inicial establecida. Debe remarcar que esta es una situación completamente excepcional y patológica, que no puede generalizarse en ningún caso.

- Lo que no cabe legalmente es prever una duración inicial del contrato menor superior a un año o fijar un régimen de prórrogas expreso o encubierto con el fin de vulnerar la prohibición legal.”

Resulta razonable extrapolar los anteriores razonamientos a nuestro caso, al tratarse de un contrato de servicios sujeto a una obligación de resultado, en el que, iniciada la ejecución del mismo, se pusieron de manifiesto por el contratista circunstancias de complejidad especial,

surgidas durante la ejecución, de carácter sobrevenido y no imputables al mismo, que imposibilitarían el cumplimiento del plazo de duración del contrato.

Por tanto, ante estos hechos, y sin que la Administración ejercitarse la vía de la resolución contractual, podríamos entender que se ha producido, de forma tácita, una ampliación del plazo de ejecución de la prestación, en aras de satisfacer el interés público que con el contrato se pretendía, y al que se ha dado el debido cumplimiento por el contratista con la entrega de la Escritura Pública de Cesión Global y Extinción de la Sociedad en fecha 7 de abril de 2022.»

Por tanto, concluye la Comisión Jurídica que no se dan las circunstancias para apreciar la causa de nulidad alegada, sin perjuicio que la Administración pueda hacer uso de otras vías para resarcir al contratista del pago por los servicios prestados de conformidad para la misma.

5.2 Función como órgano administrativo encargado de la resolución de recursos especiales en materia de contratación

Resolución nº 2/2022, de 13 de enero, emitida en relación con el recurso especial en materia de contratación registrado como RC 197/2021 interpuesto frente a los pliegos del expediente de contratación CSE/99/1121039374/21/PA, de «Servicio de atención telefónica externo del Servicio Extremeño de Salud, con carácter reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción», tramitado por el Servicio Extremeño de Salud

El recurso se interpone contra los pliegos al considerar la recurrente que los mismos establecen un requisito de arraigo territorial que no es conforme a derecho. La Comisión Jurídica, tras analizar la cláusula en cuestión, resuelve estimar el recurso, por considerar que no se encuentra justificada en el expediente la proporcionalidad de esta.

«Quinto. Entrando en el fondo del asunto, la cuestión central radica en determinar si la cláusula segunda del PPT establece una restricción indebida de la competencia y si la misma supone una cláusula denominada de “arraigo territorial” que no está justificada y es desproporcionada.

Para ello, es esencial determinar en primer lugar lo que establece la Clausula 2ª del PPT. En la misma se recoge lo siguiente:

“[...]”

2.5. Instalaciones y ubicación del centro desde el que se preste el servicio.

Será por cuenta de la empresa adjudicataria de este servicio el costo derivado de las instalaciones y locales necesarios para el establecimiento del Centro de Llamadas y cualquier otro equipamiento necesario para la prestación del servicio y no descrito específicamente de este pliego.

El Servicio de Cita Previa Telefónica está diseñado de tal forma que el SES puede tener el control de las llamadas y las citaciones que realicen los operadores puestos a disposición del adjudicatario para prestar el mencionado servicio.

Esto, exige que el adjudicatario permita la conexión de dos circuitos de datos (principal y respaldo) de la red corporativa multiservicio del SES, con el fin de poder transportar por un lado la voz para las llamadas recibidas hasta la centralita del adjudicatario y otro para la conexión de los operadores al sistema de citación. Estos dos circuitos están incluidos en el contrato del Servicio de Telecomunicaciones de la Junta de Extremadura dentro del "Lote 5. Red corporativa multiservicio de la Junta de Extremadura en su ámbito sanitario (Servicio Extremeño de Salud)" con número de expediente AM-03/2020. Esto hace necesario que la ubicación del centro desde el que se preste el servicio sea en la Comunidad Autónoma de Extremadura".

Sexto. Expuesta la controversia, ha de decidirse si la cláusula impugnada impide o limita la libre prestación de servicios, y si puede ser calificada o no como una cláusula de "arraigo territorial".

Como es doctrina reiterada de este órgano y de la mayoría de los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales, en consonancia con lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha de ser especialmente vigilante a cualquier restricción a la libre concurrencia fundada directa o indirectamente en el denominado arraigo territorial, debiendo considerarse nulas aquellas previsiones de los pliegos que puedan impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial. Por tal motivo, son discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación, admitiéndose, por el contrario, cuando se exigen como un compromiso de adscripción de medios al adjudicatario o como condiciones de ejecución siempre que, en este supuesto, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato.

Derivado de lo anterior, y expuestas las posiciones de las partes y como premisa del análisis de la cuestión de fondo, cabe señalar que no hay controversia entre ellas en cuanto a que la exigencia impugnada no es requisito de solvencia ni un criterio de adjudicación, sino que se encuentra configurada como una condición especial de ejecución. En consecuencia, si respeta el principio de proporcionalidad y guarda relación con el objeto del contrato, su establecimiento sería ajustado a derecho. En este sentido, y admitiendo esta asentada doctrina, se manifiesta la recurrente al indicar que "Si bien el requisito de la ubicación geográfica se establece como condición especial de ejecución, y por tanto podría admitirse en ciertos casos, esta entidad considera desproporcionada dicha exigencia".

En esta línea, debemos indicar que la LCSP al regular las condiciones especiales de ejecución, habilita a establecer estas obligaciones de ejecución siempre que estén vinculadas al objeto del contrato y no resulten discriminatorias al señalar el artículo 202.1 LCSP: "Los Órganos de Contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos".

Por otro lado, y como ya indicábamos en nuestra Resolución 10/2021, de 18 de febrero, también citada por la recurrente “tampoco es cuestionable la discrecionalidad de la que goza el órgano de contratación para apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y que este debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines; pero no cabe olvidar tampoco que la necesidad de la Administración a la que se pretenda dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes y su relación con el objeto del contrato, debe ser directa, clara y proporcional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116.4.e) de la LCSP, añadiendo el artículo 132.1 que “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”.

Centrado el objeto del debate, tal y como indica el TACRC en su Resolución 406/2019, de 17 de abril, una vez llegados a este punto, “A continuación, debe valorarse si esta obligación constituye o no una condición proporcionada, atendido el objeto del contrato, o por el contrario, resulta discriminatoria, lo que debe hacerse valorando las circunstancias concretas del caso. Al respecto, debe señalarse que la valoración necesariamente tiene que ser casuística, sin que puedan aplicarse automáticamente soluciones generales ni tampoco soluciones concretas adoptadas en Resoluciones anteriores de este Tribunal adoptadas para supuestos distintos”.

Así las cosas, la relación con el objeto del contrato y su proporcionalidad se constituyen en un principio esencial en la contratación pública a fin de evitar prácticas restrictivas de la competencia. Y es precisamente la proporcionalidad o no de la exigencia contenida en el PPT al respecto de la ubicación del centro de llamadas, en relación con el objeto del contrato y las necesidades a satisfacer lo que constituye la cuestión objeto de debate y sobre la que nos corresponde pronunciarnos. Es decir, el parámetro de legalidad de tal exigencia, como venimos apuntando, estará en la justificación de su necesidad en relación con el objeto del contrato y su utilidad en la ejecución de la prestación para la satisfacción del interés general, pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso analizado, tal y como ya hemos referido.

Como hemos indicado anteriormente, la cláusula controvertida es la contenida en el apartado 2.5 de la Cláusula Segunda del PPT, cuyo contenido ya hemos reproducido anteriormente. Analizando los dos aspectos que, según hemos indicado anteriormente, deben concurrir para considerar que dicha cláusula no es restrictiva de la competencia, entendemos que su relación con el objeto del contrato está justificada. Así, en la misma se indica la necesidad de que el SES “pueda tener el control de las llamadas y las citaciones que realicen los operadores puestos a disposición del adjudicatario para prestar el mencionado servicio” y que “esto, exige que el adjudicatario permita la conexión de dos circuitos de datos (principal y respaldo) de la red corporativa multiservicio del SES, con el fin de poder transportar por un lado la voz para las llamadas recibidas hasta la centralita del adjudicatario y otro para la conexión de los operadores al sistema de citación”. Por tanto, al constituir el objeto del contrato el servicio de atención telefónica del SES para la solicitud de cita previa del usuario en consultas de atención primaria, la solicitud de anulación de una cita de atención especializada y la solicitud de cita previa para las consultas de

enfermería, entendemos, atendiendo a la criticidad de los datos, que el SES quiera tener y conservar el control de dichas llamadas y, por ende, de las citaciones, en cuanto afecta directamente a su ámbito de actividad y tiene una incidencia trascendental en el mismo. No puede, por ello, en este punto, admitirse la alegación efectuada por el recurrente con respecto al contrato de “Servicio de atención telefónica, Call Center, de información y orientación en materia de dependencia, mayores, deterioro cognitivo, discapacidad y salud mental, citación y seguimiento de las personas en situación de dependencia”, licitado por el SEPAD, y sobre el que indica que, compartiendo las mismas características ambas redes y estando incluidas en el mismo Lote 5 del expediente AM-03/2020, en dicha licitación no se limitó el ámbito geográfico en el que dicho servicio debía ser realizado. El análisis del objeto de ambos contratos, concurriendo en el actual una criticidad en el servicio que se presta, al no tratarse de un mero servicio de orientación e información, sino de asignación de citas médicas, con las consecuencias que ello conlleva, para el funcionamiento y prestación de los servicios que tiene asignados el SES, nos lleva a concluir que las necesidades del órgano de contratación pueden configurarse, indudablemente, de manera distinta.

Ahora bien, una vez determinada su relación con el objeto del contrato, hay que determinar si la misma es proporcional. Pues bien, en este aspecto, y de la documentación que consta en el expediente de contratación más la aportada por el órgano de contratación vía informe del artículo 56.2 LCSP, no existen datos o elementos de juicio claros que nos permitan valorar esta proporcionalidad.

Así, del expediente, tanto de la información contenida en la cláusula en discordia, como en el epígrafe 13 del Informe justificativo de la contratación, no se infiere la relación que existe entre el que esos circuitos de datos de la red corporativa sobre los que el adjudicatario tiene que realizar las conexiones estén incluidos en el actual contrato de telecomunicaciones de la Junta de Extremadura, en su lote 5, para que dicha conexión tenga que efectuarse en un centro ubicado en la Comunidad Autónoma de Extremadura. No se aclara en el expediente cuáles son las circunstancias que se derivan de este hecho, y como afecta esto a la configuración de las prestaciones que el adjudicatario debe efectuar en el ámbito del presente contrato, es decir, si son razones de índole económica o de índole técnica las que llevan a establecer este requisito, debiendo tenerse en cuenta, además, que, en las alegaciones manifestadas por el interesado en su recurso, esas aparentes razones técnicas quedan desvirtuadas, al aportar datos sobre la posibilidad de efectuar enlaces a estos centros de forma privada y segura, aportando al efecto un informe de un Ingeniero de Telecomunicaciones que viene a refutar esta versión. Por otro lado, desconocemos si la razón que impone esta limitación es que esta conexión conlleva o bien la necesidad de un aparato físico que por las razones que sea (de inspección del mismo, de control, de seguridad, etc..) viene a determinar una ubicación cercana necesaria, o bien porque la voz y los datos que se generen de esas líneas de conexión ya están incluidas en el objeto del contrato, teniendo dicho contrato únicamente un alcance territorial en el ámbito de la Comunidad Autónoma, en cuanto no se indica expresamente en el expediente, constando únicamente de manera clara la referencia a que los circuitos se encuentran en la Comunidad Autónoma de Extremadura, concretamente en Cáceres,

según el Informe de la Dirección General de Tecnologías de la Información y Comunicación (de carácter eminentemente técnico y sobre el que es complicado determinar cómo afecta la configuración de la red de interconexión del SES a la prestación del servicio). Es más, de dicho informe, sin más aclaración, podríamos extraer la conclusión que dichos centros deben estar ubicados en Cáceres, más que en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

En sus alegaciones, la mercantil FITEX ILUNIÓN, SA indica una serie de razones técnicas, económicas y funcionales que, a su juicio, justifican la proporcionalidad de la medida, y, por tanto, la aplicación de este criterio.

Sin embargo, el que no conste entre la documentación del expediente, bien en el propio PPT o en los informes que se acompañan al mismo, la justificación de la relación existente entre la ejecución de las prestaciones exigidas en el contrato y la necesidad de que el centro se encuentre ubicado en el ámbito de la Comunidad Autónoma, hace que este órgano no tenga elementos de juicio suficientes para valorar la proporcionalidad de la medida exigida, en tanto, como indica la recurrente con respecto a la misma no “se pone de manifiesto ni se deduce de su contenido la relación que con el servicio objeto del contrato tenga dicha exigencia”, lo que conlleva la estimación de este recurso, y, por tanto, la anulación de la cláusula 2.5 del PPT, en lo que se refiere a que la ubicación del centro desde el que se preste el servicio sea en la Comunidad Autónoma de Extremadura, debiendo retrotraerse las actuaciones.

En esta línea, relativa a la necesidad de justificación de la proporcionalidad de la exigencia, que debe contenerse en los Pliegos o en la documentación del expediente, se ha pronunciado el TACRC en numerosas ocasiones, pudiendo citarse, por todas, la Resolución 1526/2019, de 26 de diciembre, donde se indica:

“[...]”

Cuestión distinta es que esa exigencia de poner a disposición del público para el servicio una oficina por parte del adjudicatario sea proporcional y esté o no justificada

[...]”

Sobre este aspecto nos hemos pronunciado en nuestra Resolución 621/2018, de 29 de junio, en la que dijimos: [...]Por lo que respecta a la proporcionalidad, justifica el órgano de contratación la inclusión de la cláusula de referencia en la necesidad de una pronta atención en caso de avería que puede implicar dejar sin suministro eléctrico a unos servicios declarados esenciales. [...] Por ello, se considera que la cláusula es proporcional y está vinculada al objeto al contrato atendiendo al contenido de la exigencia y a la importancia del suministro a satisfacer”.

Es cierto que en cuanto a la justificación de esa exigencia debe explicarse en el expediente o en los pliegos, en particular en el PPT, para apreciar su proporcionalidad y necesidad que excluya toda discriminación, y por ello en nuestra Resolución nº 653/2019 de fecha 13 de junio de 2019 en la que también se aborda el carácter excepcional para la admisibilidad de cláusulas del denominado arraigo territorial, dijimos «Más allá del informe al recurso, no consta en el expediente ninguna explicación que sirva para motivar el establecimiento del criterio relativo a la oficina en cuestión.

Ante tal omisión, no resulta posible conocer en origen las razones que han llevado al órgano de contratación a incorporar la misma al pliego. Tampoco se deduce la necesidad de tal oficina de la lectura y examen del pliego de prescripciones técnicas [...].”

Lo anterior no es obstáculo para que, en el nuevo procedimiento de licitación, pudiera o bien procederse a la supresión de la misma o bien suplirse adecuadamente por el órgano de contratación la carencia de justificación detectada, de manera que, de mantenerse la necesidad de esta condición especial de ejecución se pueda verificar que la misma resulta proporcional al objeto del contrato.

En definitiva, no es objeto de cuestionamiento por este órgano la necesidad alegada por el órgano de contratación de que el centro deba estar ubicado en el ámbito de la Comunidad Autónoma, sino de las circunstancias que conllevan esta necesidad, y que, tal y como se configura actualmente, derivado del contrato de telecomunicaciones, por sí sola y atendiendo a su configuración en el PPT, en cuanto a las condiciones en que deben desarrollarse, resulta insuficiente para justificar la exigencia controvertida, al no establecer las consecuencias que por este hecho se derivan para la prestación, estimando este órgano, por tanto, que así configurada va más allá de lo necesario para alcanzar el fin que supuestamente lo justifica y puede afectar a los principios de competencia y libre acceso (artículo 1 del LCSP). Téngase en cuenta que, si la disponibilidad de un local adecuado para la prestación del servicio fuera de ese parámetro permite desarrollar la prestación sin merma de la calidad exigida y de su correcta ejecución, la misma sería desproporcionada.

A la vista de todo ello, y si bien es cierto que la condición de ejecución se aplica, en principio, de forma no discriminatoria, ya que no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, tales como su domicilio social, origen o nacionalidad, hay que concluir en que la cláusula recurrida es ilegal y debe anularse, por no encontrarse fundamentada su proporcionalidad.»

Resolución nº 008/2022, de 13 de enero, emitida en relación con el recurso especial en materia de contratación registrado como RC212/2021, interpuesto frente a la resolución de la Consejera de Movilidad, Transporte y Vivienda de fecha 8 de noviembre de 2021, por la que se acuerda la exclusión de las recurrentes del expediente de contratación PRC/2020/0000089264 «Construcción nuevo puente sobre el río Tajo en la EX-117 en Alcántara (Cáceres)», tramitado por la Consejería de Movilidad, Transporte y Vivienda de la Junta de Extremadura.

En el presente expediente las recurrentes concurren en UTE, habiendo sido excluida una de sus componentes por no acreditar la clasificación. Consideran que, efectivamente, se había ordenado la revocación de la clasificación de obras mediante Resolución de 23 de junio de 2021 de la Comisión de Clasificación de Contratistas de Obras, pero existía una solicitud de medida cautelar de suspensión sobre la misma, planteada ante los órganos judiciales competentes, y que se encontraba pendiente de resolución, por lo que la citada Resolución de 23 de junio de 2021, no puede desplegar ningún tipo de efectos y por ende no cabe considerar revocada la clasificación a efectos de la licitación, resultando la exclusión impugnada contraria a ley. En el presente expediente, la controversia deriva

en pronunciarse sobre si la solicitud de medida cautelar que acompaña al recurso contencioso administrativo interpuesto por el recurrente contra la Resolución de 23 de junio de 2021 de la Comisión de Clasificación de Contratistas de Obras de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en fecha 15 de octubre de 2021, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, referida a la suspensión cautelar de la ejecución de la citada Resolución, mientras el recurso contencioso esté en tramitación, conlleva que la misma no despliegue, como pretende el recurrente, ningún tipo de efecto y, por ende, no quepa considerar revocada la clasificación a efectos de la licitación, resultando, por tanto la Resolución de exclusión impugnada contraria a derecho. La Comisión Jurídica desestima el recurso y considera que la Resolución de 23 de junio de 2021 despliega efectos, con base en los siguientes argumentos:

«De toda esta documentación aportada se pone de manifiesto que por Resolución de 23 de junio de 2021, emitida por la Comisión de Clasificación de Contratistas de Obras, se le revocaron determinadas clasificaciones de obra que previamente le habían sido reconocidas, en concreto, y a los efectos que aquí interesa, la clasificación B 4-6. Esta clasificación es exigida en el apartado 5.1 del CRC del PCAP (Anexo I). En consecuencia, la no posesión de esta clasificación da lugar a un incumplimiento de los pliegos así como de lo dispuesto en los artículos 74 y 77 de la LCSP, además de originar las consecuencias indicadas por el artículo 150.2 de la citada Ley y que ya se le pusieron de manifiesto al propuesto como adjudicatario en el requerimiento efectuado.

El carácter preceptivo predicable de los pliegos de cláusulas administrativas, que, una vez firmes, son lex contractus para la Administración licitante y para los interesados en el procedimiento de licitación, viene expresamente prescrito en el apartado 1 del artículo 139 de la LCSP, que establece que “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”, es decir, los licitadores cuando presentan su documentación administrativa y su oferta quedan supeditados al contenido de la totalidad de sus cláusulas y condiciones, sin reserva alguna, y por ello, a los requisitos formales establecidos en el pliego.

En consecuencia, parece claro que, de lo expuesto, no puede derivarse más consecuencia que la exclusión del propuesto como adjudicatario.

Sin embargo, la recurrente entiende que esta exclusión no es ajustada a derecho, puesto que la Resolución de 23 de junio de 2021, emitida por la Comisión de Clasificación de Contratistas de Obras, mediante la que se le revocaron determinadas clasificaciones de obra que previamente le había sido reconocidas a XXX, fue recurrida en alzada, solicitándose su revocación. Con fecha 9 de octubre de 2021, la Ministra de Hacienda y Función Pública dictó resolución, acordando la desestimación del recurso de alzada. Posteriormente dicha Resolución fue recurrida el 15 de octubre de 2021, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, habiendo solicitado XXX la adopción de medidas cautelares en dicho procedimiento, entre las que se

encuentra la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución de 23 de junio de 2021, de tal manera que XXX continúe siendo titular de las calificaciones de las que disponía antes de que fuera dictada dicha resolución.

Pues bien, es esta medida cautelar la que pretende hacer valer en el presente recurso, medida cautelar sobre la que aún no existe pronunciamiento.

Alega la recurrente, básicamente, que mientras que esté pendiente la resolución de la medida cautelar la Resolución de 23 de junio de 2021 no puede ser ejecutiva, puesto que corresponde al órgano jurisdiccional competente, en cada caso concreto y en el ejercicio de su potestad decisoria cautelar, ponderando los intereses públicos y privados en juego, adoptar la decisión que estime procedente sobre la suspensión. Sin embargo, con la actuación del órgano de contratación acordando la exclusión de la recurrente se ha decidido la ejecución “precipitada” y “contra legem” de la resolución que acuerda la revocación de la clasificación, obviando el régimen jurídico aplicables a la ejecutividad de los actos administrativos y generando una evidente indefensión a la recurrente, prohibida por el artículo 24 de la CE.

No pueden compartirse los argumentos sustentados por la recurrente, entendiendo este órgano que el que obvia el régimen jurídico aplicable a la ejecutividad de los actos administrativos no es, desde luego, el órgano de contratación, sino la propia recurrente.

Los actos administrativos son ejecutivos, tal y como determina el artículo 38 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley. Es el conocido “principio de ejecutividad de los actos administrativos”, derivado de uno de los privilegios que el ordenamiento jurídico reconoce a las Administraciones Públicas, la autotutela administrativa. Como complemento al contenido de este artículo el artículo 39 hace referencia a los efectos de la ejecutividad de los actos administrativos al indicar en su apartado primero que “Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en la que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”. La regla general es, por tanto, que salvo disposición en contrario, un acto administrativo es plenamente ejecutivo desde el momento en que se dicta, y ello es así porque la finalidad de la norma es permitir el funcionamiento normal de la Administración, cuyos actos están investidos de la presunción de acierto. Debe pensarse, de manera lógica, que no cabría un funcionamiento normal y ágil de la Administración si cada acto o resolución que se emitiese por ella requiriese de una confirmación en sede judicial para desplegar sus efectos y encuentra su fundamento en la necesidad de dotar a las Administraciones Públicas de un instrumento idóneo para desarrollar su actividad de servicio a los intereses generales con eficacia, lo que determina el carácter no suspensivo de los recursos (STSJ Cataluña nº 987/1999, de 11 de octubre, rec. 14/1999). Por ello, el artículo 117 de la misma Ley, al regular expresamente la suspensión de la ejecución, cumple dos funciones esenciales:

1) *Por un lado, refuerza el principio de ejecutividad de los actos administrativos al indicar que, como regla general, ni siquiera la acción revisora de estos actos supone, per se, una suspensión de los mismos. Así, declara que la interposición de cualquier recurso, excepto en los*

casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2) Por otro lado, regula los supuestos en los que la suspensión de la ejecución es posible, indicando: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley”.

Fuera de este ámbito, existe otra posibilidad de instar la suspensión del acto, y es en sede judicial, regulando esta materia los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, el órgano a quien compete resolver sobre esta suspensión, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, aún no se ha pronunciado sobre esta solicitud, estando, a la fecha en que se dictó la resolución de exclusión y aun en fecha actual, ante un acto válido de la Administración y, en cuanto no ha sido objeto de suspensión por el órgano competente determinado expresamente por la Ley, plenamente ejecutivo.

Indica el recurrente que el aplicar el acto sobre el que se ha solicitado la Medida Cautelar sin haberse obtenido pronunciamiento sobre la suspensión convierte al órgano que lo aplica en juez y que, por tanto, no puede ser ejecutado el mismo hasta que no se tome la decisión al respecto por el Tribunal competente. Sin embargo, olvida la recurrente que la inaplicación del acto supone:

* incumplir el principio de efectividad de los actos declarado por el artículo 38 y 39 de la LPACAP, acordando de facto una suspensión de los efectos del mismo,

* incumplir el artículo 117.2 de la LPACAP y los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, puesto que, en primer lugar, no son ni el órgano de contratación ni esta Comisión los órganos competentes para ello (era competente, en primer lugar, el órgano al que correspondía resolver el recurso de alzada contra la citada Resolución de 23 de junio de 2021 de la Comisión de Clasificación de Contratistas de Obras, y, en fecha actual, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid), y, en segundo lugar, se estaría desposeyendo al órgano que dictó la resolución (resolución que es válida y ejecutiva), al órgano titular de la competencia, de sus atribuciones, sin que exista causa legal para ello. Si ahora esta Comisión Jurídica resuelve en el sentido solicitado por el recurrente, ¿qué función tiene la Comisión de Clasificación de Contratistas de Obras de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado?, y, ¿la Resolución dictada por la Ministra de Hacienda y Función Pública de 9 de octubre de 2021, confirmatoria de la anterior, si ahora esta Comisión decide, sin más, que no debe aplicarse hasta que se pronuncie el órgano jurisdiccional porque existe una medida cautelar

solicitada cuando la ley establece expresamente cuando procede y cómo opera esta regla excepcional de la suspensión? Indudablemente estaríamos suspendiendo de facto la eficacia del acto y anticipando un eventual resultado estimatorio del recurso, alterando precisamente el estado de las cosas que ha sido instaurado por el acto impugnado. Y a colación de esto, inevitablemente tenemos que recordar al recurrente que tuvo la posibilidad de lograr de manera efectiva esta suspensión, mediante los medios que la propia Ley pone a su disposición, y sin necesidad de esperar al pronunciamiento de un órgano jurisdiccional, pudiendo haber accionado este medio mediante la misma vía, es decir, efectuando la solicitud de la suspensión como medida cautelar en el recurso de alzada que interpuso. Y ahí, se hubieran dado todos los presupuestos para que dicha suspensión hubiera sido acordada conforme a norma y, por tanto, de forma que produzca efectos sobre terceros, incluido para el órgano de contratación, que, ante dicha suspensión de efectos, no hubiera podido tomar en consideración la Resolución de pérdida de clasificación. Debe recordarse, además, que de haberse solicitado y acordado la misma, esta podría operar aún, en cuanto el tantas veces citado artículo 117 establece que “La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud”.

Sin embargo, ninguno de estos supuestos se dan en el caso analizado y, si bien es cierto que debe realizarse una interpretación razonable de este principio de ejecutividad de los actos administrativos, tal y como ha venido reconociendo la jurisprudencia que cita el recurrente, de manera que el ejercicio de este principio no derive en actuaciones de la Administración que sean irrespetuosas con el marco constitucional y con el derecho a la tutela judicial efectiva, difícilmente vemos aplicable al caso que nos ocupa la jurisprudencia alegada, que en su mayoría viene referida a actuaciones desarrolladas en el ámbito recaudatorio, disciplinario y/o sancionador. La pérdida de una clasificación concreta no puede considerarse como una sanción (al igual que no lo son las prohibiciones para contratar). Y además, no debe perderse la referencia que en esos ámbitos citados (recaudatorio, sancionador) el derecho contrapuesto es el interés o el derecho de un particular, en cuanto el acto administrativo dictado sólo afecta a la Administración que lo dicta y al recurrente, con lo que su suspensión no conlleva efectos para terceros. Sin embargo, en el caso que analizamos existe un interés público, un interés general, el que persigue la Administración en beneficio de todos los ciudadanos mediante la construcción de un puente, y que dejaría de cumplirse o se demoraría si admitiéramos la suspensión sine die hasta el pronunciamiento judicial. A esto se une, tal y como alega la “UTE licitadora” que la revocación de una clasificación produce efectos per se no sólo para el empresario que la pierde, si no también respecto de los empresarios que licitan en competencia con ella. Y debe recordarse que la adopción de medidas cautelares y, por ende, la suspensión, se fundamenta en el concurso del peligro del daño jurídico (*periculum in mora*) pero exige como contrapeso una detallada valoración del interés público en juego. Por todo

ello, la jurisprudencia citada no es trasladable, debiendo efectuarse en cada caso un análisis concreto de las circunstancias concurrentes.

Por lo tanto se considera ajustada a derecho la resolución recurrida, en cuanto una actuación a contrario del órgano administrativo entra directamente en colisión con lo dispuesto en el artículo 65 de la LCSP que establece que “Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”, así como el artículo 74.1 de la LCSP, estableciendo el artículo 140.4 de la misma LCSP que las circunstancias relativas a la solvencia deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. Por ello, conviene poner de manifiesto también, por último, nuestra total disconformidad con la manifestación que realiza la recurrente relativa a que es incierto que la empresa no contara con clasificación en la fecha en que se dicta la resolución de exclusión. La resolución de revocación de determinadas clasificaciones es dictada el 23 de junio de 2021, perfectamente notificada y, por tanto, eficaz para la interesada y para terceros, independientemente del recurso de alzada que se interpuso contra ella (puesto que nada se ha indicado en el expediente al respecto de la solicitud de medidas cautelares en esta fase del procedimiento). Para esta Comisión Jurídica, por tanto, el 8 de noviembre, que es cuando se dicta la resolución de exclusión, existe una Resolución de revocación de clasificaciones, que ya es incluso firme en vía administrativa (requisito que entendemos no es exigible, puesto que nada establece a ese respecto la legislación), que determina que la empresa no cuente con la clasificación exigida. Como ya hemos indicado anteriormente, el artículo 140.4 de la LCSP determina que las circunstancias relativas a solvencia deben concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. Pues bien, queda más que patente que, desde el 23 de junio dichas circunstancias no subsisten por lo que no puede adoptarse otra decisión que la exclusión del procedimiento. Sobre este particular puede traerse a colación la Resolución 308/2012, de 28 de diciembre, del TACRC, donde igualmente la consecuencia derivada de la pérdida de clasificación con carácter previo a la perfección del contrato es la exclusión del procedimiento de licitación. Así se indica en la misma “Comenzando por la segunda de las cuestiones planteadas debemos señalar que, si bien la legislación aplicable no contiene una previsión específica sobre este particular, la interpretación de los preceptos de la normativa vigente en materia de contratación administrativa, en relación con las condiciones exigidas para contratar con la Administración debe conducir a la conclusión de que los requisitos de solvencia, legalmente exigidos como condiciones de aptitud para contratar con la Administración, deben concurrir en el contratista tanto en el momento de la licitación, es decir, en el momento de la presentación de su oferta, como en el momento de la perfección del contrato administrativo, lo que, de acuerdo con el artículo 27.1 del TRLCSP, se produce con la formalización del contrato. En este sentido cabe citar el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 19/09, de 25 de septiembre, así como la Circular de la Abogacía General del Estado 1/2012 –esta última se acompaña al informe de la Abogacía del

Estado del Ministerio de Empleo y Seguridad Social incorporado al expediente-, ambos citados expresamente en la resolución objeto de impugnación en el presente recurso.

Por lo tanto, procede concluir en este punto que, aun en el supuesto de que pudiera afirmarse que la empresa DUJONKA, en cuyo favor se produjo la adjudicación del contrato, en el momento de la adjudicación -11 de septiembre de 2012- reunía el requisito de la clasificación exigido en los pliegos para participar en la licitación –extremo éste que, según se ha expuesto, resulta discutible por las circunstancias concurrentes-, lo cierto es que, en todo caso, a partir de 10 de octubre de 2012 habría dejado de reunir dicho requisito, al ser esta la fecha en la que se le notificó, por segunda vez -al haberse dejado sin efecto la primera notificación- la revocación de su clasificación, de manera que, con anterioridad a la perfección del contrato la empresa DUJONKA habría dejado de cumplir con una de las condiciones legalmente exigidas para contratar con la Administración, lo que, como se ha señalado, ha de conducir, necesariamente, a su exclusión del procedimiento de licitación”. Debe recordarse que el artículo 39.2 a) de la LCSP anuda a la falta de este requisito la consecuencia más gravosa para el acto que puede darse en el ordenamiento jurídico, que es la nulidad de pleno derecho del contrato.»

Resolución nº 014/2022, de 17 de febrero, relativa al recurso especial en materia de contratación registrado como RC2342/2021, frente a los pliegos que rigen el expediente «Contrato del servicio de limpieza viaria y de espacios públicos del término municipal de Talayuela, la selección recogida y transporte hasta la planta de tratamiento de todos los residuos urbanos (264/2021)», tramitado por el Ayuntamiento de Talayuela.

La parte recurrente interpone recurso especial contra los pliegos rectores de la licitación por considerar que tanto el PPT como el PCAP se encuentran configurados con una clara infracción de los principios de igualdad de trato, no discriminación, libertad de concurrencia y transparencia establecidos en la normativa vigente en materia de contratación administrativa. Concreta su recurso en varios motivos de impugnación, que no son rebatidos por el órgano de contratación, cuyo informe *ex* artículo 65.2 LCSP se limita a reproducir la normativa aplicable, por lo que, tras su análisis por la Comisión Jurídica, se acuerda la estimación íntegra del recurso.

Extractamos las consideraciones de mayor interés en relación con algunos de los motivos de impugnación planteados por la parte recurrente:

1. La inclusión en la Cláusula 4.2.1 del PCAP, que versa sobre “Solvencia técnica y profesional”, de la exigencia como requisito “...que, como mínimo, se acredite alguno de los mencionados servicios en, por lo menos, un municipio, mancomunidad o agrupación de municipios con una población atendida superior a 7.800 habitantes. Dichos trabajos serán avalados por certificados de buena ejecución”. Indica la recurrente que es la actual adjudicataria del servicio y que Talayuela cuenta con una población menor de la exigida (7.328 habitantes), adjuntando impresión de la página del Instituto Nacional de Estadística acreditativo de lo anterior, sin que exista conexión alguna entre

el umbral del número de habitantes con el objeto del contrato, y ocasionando de esta forma una restricción de la competencia y una vulneración del artículo 132 LCSP.

La Comisión Jurídica realiza las siguientes consideraciones:

«Es indudable que los requisitos de solvencia deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo (artículo 74.2 LCSP), así como no ser discriminatorios. De lo contrario, han de ser reputados como arbitrarios y restrictivos de la competencia, imposibilitando el acceso a posibles licitadores interesados. [...]

El TACRC se ha pronunciado en diversas resoluciones respecto de la introducción como criterio de solvencia de la experiencia en contratos análogos al de la licitación teniéndose en cuenta las características concretas de la localidad en la que se va a prestar el servicio, exigiéndose en todo caso que se encuentre justificada su relación con las prestaciones y dimensiones del objeto del contrato.[...]

Se advierte que la recurrente identifica la expresión “población atendida” utilizada en la Cláusula 4.2.1 PCAP con los habitantes empadronados. Ciertamente, adolece la misma de una gran indefinición e inconcreción, por lo que parece razonable adoptar la interpretación de la empresa, acudiendo a los datos oficiales del número de habitantes de la localidad del Instituto Nacional de Estadística, por cuanto tampoco constan los criterios u otros registros de carácter oficial a los que recurrir para verificar la población atendida en la prestación del servicio que se pretende contratar, que no afecta a un número limitado de usuarios, sino a la generalidad de la población de la localidad en que se presta.

Dicho esto, atendiendo a la doctrina expuesta, se considera que la exigencia de haber realizado algún contrato de objeto análogo en una entidad con una población atendida superior a 7.800 habitantes resulta desproporcionada y contraria a la concurrencia, ya que se requiere una experiencia en localidades de mayor número de habitantes a la población del municipio en el que se va a ejecutar el contrato - y en el que, además, la recurrente se encuentra prestando el servicio al ser la adjudicataria actual del contrato-, sin que conste en el expediente motivación o razonamiento alguno sobre las circunstancias que aconsejan la introducción de tal umbral, que deben encontrarse en todo caso debidamente justificadas en el expediente en virtud del artículo 116.4.c) LCSP.”

2. La omisión de la fórmula de valoración proporcional en el criterio de adjudicación de valoración automática denominado “Proposición económica. (Hasta 30 puntos)”.

«Resulta evidente que no se ha plasmado en el PCAP la fórmula para valorar las ofertas económicas, que tampoco consta en el anuncio de licitación, lo cual es preceptivo para su conocimiento por los licitadores, según se desprende del artículo 116.4.c) de la LCSP. En efecto, el principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del órgano de contratación, en aras de garantizar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Ello implica que todas las condiciones del procedimiento de licitación, entre los que

se encuentran los criterios de adjudicación, deben estar formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el PCAP, a fin de que los licitadores puedan conocerlos e interpretarlos de la misma forma.

Por tanto, la ausencia de la fórmula de valoración de las ofertas económicas determina la imposibilidad de aplicar el citado criterio de adjudicación, lo que conlleva la estimación de este motivo de recurso y la nulidad absoluta de los criterios de adjudicación impugnados, y por ende, la anulación del PCAP”.

3. La inclusión como criterio objetivo cuantificable, bajo el epígrafe de “Criterios sociales. (hasta 4 puntos)”, el contar con un “Plan de igualdad de género”, cuya obligatoriedad sólo se establece normativamente únicamente para determinadas empresas y potenciales licitadores que tengan un determinado número de trabajadores, siendo realmente, más que un criterio objetivo, un requisito administrativo para contratar con la Administración Pública. Añade XXX, S.L. que la empresa cuenta con menos de 50 trabajadores (41), por lo que no tiene obligación de elaborar y aplicar el referido plan de igualdad de género, adjuntando al efecto un Informe de los Trabajadores en Alta a fecha 10 de diciembre de 2021.

Sobre este motivo de impugnación, la Comisión Jurídica motivó su estimación en que «Atendiendo a la normativa aplicable, la LCSP incorpora en su artículo 1.3, y que constituye una auténtica declaración de intenciones del legislador, que “en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos...” , a la par que el artículo 145.2 LCSP prevé expresamente la posibilidad de incluir criterios sociales y medioambientales como criterios cualitativos de adjudicación de los contratos, siempre que estén vinculados al objeto del contrato entre los que se citan “los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato”. Por su parte, el apartado 6 del artículo 145 regula qué debe entenderse con esta vinculación al objeto del contrato, considerando que “un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. [...]

Debe tenerse en cuenta que la citada Directiva -Directiva 2014/24-, en su Considerando 92, establece como condición esencial de todo criterio de adjudicación, que: “Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas” (lo subrayado es nuestro). Ello lleva al TACRC a afirmar en la última Resolución citada que “Con arreglo a la Directiva 2014/24, solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los basados en consideraciones sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a

valorar y depender de factores comprobables apreciables), y que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades”.

En definitiva, y analizando el caso concreto de la licitación recurrida, no se considera justificada la inclusión como criterio de adjudicación tener implantado un plan de igualdad por las empresas licitadoras, al tratarse de una característica de empresa exigible antes de la formalización y, por tanto, de la ejecución del contrato, y carecer de relación con el objeto del mismo, sin que determine una mejor prestación del servicio ofertado ni permita una mejora comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, cuestiones que, por otra parte, no ha abordado ni siquiera tangencialmente el órgano de contratación en el expediente ni en su informe ex artículo 56.2 LCSP. Por ello, se estima también este motivo de recurso anulando el citado criterio, a fin de garantizar el principio de igualdad de trato y evitar una discriminación entre las ofertas y, concretamente, de XXX, S.L. que, al contar con 41 trabajadores, no está obligada a disponer de un plan de igualdad en su empresa y, de mantenerse este criterio, no podría obtener la puntuación correspondiente.»

4. El establecimiento en el PPT de criterios de adjudicación cualitativos distintos y adicionales de los consignados en el PCAP, y que determinan una distorsión de la puntuación total asignada a este tipo de criterios de adjudicación y al global de la puntuación, lo que exigiría constituir un comité de expertos al amparo del artículo 146.2.a) de la LCSP.

La Comisión Jurídica determina a este respecto que *«En cuanto a la naturaleza y alcance de los pliegos, la LCSP establece en su artículo 122.2 que corresponde al PCAP fijar los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, así como los criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, como ya hemos indicado anteriormente conforme al artículo 116.4.c) de la LCSP. Asimismo, corresponde al PCAP establecer la forma y contenido de las proposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 67.2 h) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).*

Por su parte, el PPT contiene las prescripciones técnicas particulares que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, es decir las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato sin que el PPT pueda contener en ningún caso declaraciones o cláusulas que deban figurar en el PCAP (artículos 124 y 68.1.a y 3 del RGLCAP).

Esta Comisión Jurídica ya ha abordado anteriormente esta diferenciación de contenido entre los pliegos, estableciendo que “No se trata, pues, de una relación de rango o preferencia, la que se produce en el caso de discrepancias entre los pliegos, sino de las materias que cada uno ha de regular [...] lo que supone la nulidad de “los pliegos”, por la falta de congruencia, coherencia y correspondencia en el contenido de ambos pliegos que, afecta a la forma y condiciones de presentación de las proposiciones” (Resolución nº 7/2016, de 12 de mayo).

En el presente caso, existe una clara incongruencia entre el contenido del PCAP y el del PPT, con los efectos siguientes:

1. En primer lugar, la inclusión de los criterios de adjudicación en ambos pliegos afecta a los principios de transparencia y claridad que debe presidir la confección de los mismos, y vulnera la prohibición expuesta en el artículo 68.3 RGLCAP.

2. En segundo lugar, como alega la recurrente, se produce una clara distorsión de las puntuaciones asignadas a los criterios de adjudicación puesto que el PCAP recoge en su Cláusula 4.10 un conjunto de criterios que suman 100 puntos (51 puntos distribuidos entre los criterios de valoración automática que se relacionan en el mismo, y 49 puntos que se distribuyen entre los criterios cualitativos que asimismo se señalan), por lo que, adicionando los criterios cualitativos contemplados en el PPT, resultaría un total de 120 puntos.

3. Y además, ello tendría como resultado que el conjunto de criterios cualitativos superaría al de valoración automática, lo que determinaría que, conforme al artículo 146.2.a) de la LCSP, la evaluación de las ofertas deba realizarse por un comité de expertos con cualificación apropiada o por un organismo técnico especializado, que deberán estar debidamente identificados en los pliegos, sin que exista en los mismos previsión alguna al respecto.

4. A mayor abundamiento, en el criterio de adjudicación automático del PCAP denominado "2.Trabajos propuestos en limpieza viaria. (Hasta 7 puntos)", se valoran actuaciones adicionales propuestas por los licitadores, contemplándose una "bolsa de horas a disposición del órgano de contratación, de libre disposición, para atender servicios de limpieza extraordinarios no considerados en los pliegos", lo cual puede entrar en contradicción con el criterio cualitativo del PPT denominado "2. Mejor propuesta de servicios adicionales de limpieza dentro del precio", en el que se valoran "todos aquellos servicios adicionales, dentro del importe del contrato, que estimen convenientes, siempre que incidan directamente en mejorar el servicio de limpieza viaria".

Por tanto, la inclusión de criterios de adjudicación en el PPT puede impedir el conocimiento de las condiciones básicas de los mismos por los licitadores, así como causar confusión sobre las condiciones de valoración de las ofertas y sobre la forma en que deben presentarse las mismas, y ello lleva a esta Comisión Jurídica a estimar este motivo de impugnación y, por tanto, a determinar la anulación de la Cláusula 4.2 del PPT.»

Resolución nº 018/2022, de 4 de marzo, dictada en el recurso especial en materia de contratación registrado con el número RC 025/2022, frente al anuncio de licitación y los pliegos que rigen el expediente de contratación CSE/99/1121041472/21/PA, «Servicio de transporte sanitario terrestre en el ámbito del Servicio Extremeño de Salud 2022», tramitado por el Servicio Extremeño de Salud.

La cláusula objeto del recurso especial es la contenida en el Apartado 4.1 del PPT, cuyo literal es el que sigue:

«1.4 Subcontratación

Las adjudicatarias únicamente podrán subcontratar con empresas titulares de autorizaciones de transporte interurbano documentadas en tarjetas de la clase VT la realización parcial del contrato relativas al transporte programado recogidas en este pliego, a través de servicios de transporte complementario al transporte sanitario en los términos establecidos en el artículo 15 apartado d) del Decreto 277/2015, de 11 de septiembre, por el que se regulan, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, los servicios de transporte público interurbano en automóviles de turismo, y se fijan determinadas obligaciones relacionadas con los servicios de transporte público interurbano en autobús en su redacción añadida por el artículo 12.1 del Decreto-ley 12/2020, de 19 de junio.

La consideración de transporte complementario al transporte sanitario y la subcontratación de este tipo de transporte programado que faculta a la empresa transportista para recoger, en su domicilio, a los pacientes objeto del contrato, deberá realizarse en los términos y condiciones establecidos en el artículo 18 bis del Decreto 277/2015, de 11 de septiembre en su redacción añadida por el artículo 12.1 del Decreto-ley 12/2020, de 19 de junio. [...].»

La recurrente solicita sea declarada nula la citada cláusula, y con ello los pliegos que rigen la contratación, por cuanto considera que su contenido, al permitir la subcontratación y la realización parcial del contrato por empresas titulares de autorizaciones de transporte interurbano documentadas en tarjetas de la clase VT, contraviene el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, y particularmente los artículos 133 a 138 del mismo que son los que específicamente tratan del transporte sanitario, puesto que dichos vehículos (taxis) no están especialmente acondicionados para el transporte sanitario de pacientes, no llevan la dotación sanitaria, y su personal posee titulación y formación para ello, que sí se exige para las ambulancias conforme al Real Decreto 836/2012, de 25 de mayo, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera.

La Comisión Jurídica resolvía desestimar el recurso especial interpuesto, en base a la siguiente argumentación:

«[...] La materia objeto de controversia, nada tiene que ver con la adecuación del procedimiento de contratación a las disposiciones de la LCSP o de su normativa complementaria, ni afectan a la preparación y adjudicación del contrato, ni, como también señala la recurrente en su recurso, dicho sea de paso de forma genérica y sin el más mínimo sustento, cercena la posibilidad de presentación de ofertas al mayor número de contratistas, ni se ha acreditado, ni siquiera mínimamente, que suponga una conculcación de principio alguno que debe regir la contratación, por lo que procede la desestimación del recurso.»

Resolución nº 027/2022, de 5 de mayo, relativa al recurso especial en materia de contratación registrado como RC062/2022, interpuesto contra el Acuerdo de exclusión de la recurrente -adoptado por la Mesa de Contratación el 8 de marzo de 2022- en la

licitación correspondiente al contrato de «Suministro de elementos de señalización vertical, balizamiento y defensa para las zonas de conservación de Extremadura (4 lotes)», expediente PSU/2021/0000133224, tramitado por la Consejería de Movilidad, Transporte y Vivienda de la Junta de Extremadura.

En esta resolución esta Comisión Jurídica concluye desestimado el recurso formulado por la mercantil recurrente con ocasión de su exclusión del procedimiento de contratación motivada en que lo consignado en su oferta, resultaba superior en algunos productos, en todos los lotes, a los precios unitarios máximos de licitación (IVA excluido) de dichos productos, aunque el importe global de las ofertas no superare el presupuesto global establecido en cada lote.

Concluye la Comisión Jurídica considerando que:

«Del análisis conjunto de las prescripciones señaladas considera este órgano que nos encontramos ante un contrato de suministro subordinado a las necesidades del adquirente, en el que las cantidades a adquirir tienen carácter estimativo, no encontrándose fijadas en el momento de la licitación –artículos 16.3 a) y 301 y disposición trigésimo tercera de la LCSP-, y, consecuentemente, en el que el sistema de determinación del precio del contrato es el de precios unitarios por resultar consustancial a la naturaleza de este tipo de licitación, circunstancia que se ha expresado tanto en el cuadro resumen de características, como en el modelo de proposición económica, modelo este último en el que se fija un precio máximo unitario por producto a suministrar. Ello no obsta para apreciar que en la fórmula de valoración de la oferta no se han establecido criterios de ponderación entre los precios unitarios y se acuda a la oferta total del lote, pero se advierte expresamente en el modelo de proposición que la oferta conjunta por lote se tendrá en cuenta a los efectos exclusivos de la aplicación de la fórmula correspondiente atributiva de puntuación en relación con el criterio precio.»

En conclusión, y aunque hubiera sido deseable que en la conformación de los pliegos el órgano de contratación hubiera reiterado el carácter máximo de los precios unitarios por la naturaleza del contrato y hubiera explicitado la consecuente exclusión como consecuencia de la superación de aquellos, resulta inevitable concluir a la vista del análisis sistemático del clausulado y, en particular, de los términos del Anexo II relativos al modelo de proposición económica, que los precios previstos para cada una de las unidades que integran el producto a suministrar tenían carácter limitativo, de forma que su inobservancia, aunque no se superase el presupuesto base de licitación del lote, debe constituir una causa de rechazo de aquellas ofertas que rebasen dichos precios, ya que encontrándonos ante un contrato de tracto sucesivo y cuantía inicialmente indeterminada, los precios unitarios desempeñan una función esencial, al constituir el factor de referencia en la adquisición de los productos a suministrar, y así se desprende de la configuración de los pliegos, en particular, en el modelo de proposición económica.»

Resolución nº 030/2022, de 13 de mayo, dictada en el recurso especial en materia de contratación registrado con el número nº RC082/2022, presentado «contra el Acuerdo de anulación de la adjudicación del Contrato administrativo especial para la gestión y

explotación de la Plaza de Toros de Plasencia [...], adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha 25 de marzo de 2022», del Ayuntamiento de Plasencia, en el expediente de contratación 25/19.

Se analiza la adecuación o no a derecho del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión de fecha 25 de marzo de 2022, declarando la imposibilidad de formalización del contrato con la UTE: TE, S.L.U – ECG, S.L.U. toda vez que la Sociedad integrante TE, S.L.U ha sido disuelta, careciendo por tanto de los requisitos de capacidad necesarios para contratar con la Administración. Manifestábamos con ocasión del recurso especial interpuesto, lo siguiente:

«Se estima conveniente comenzar indicando, que el artículo 32 de la LCSP, cita, entre las causas de nulidad de derecho administrativo, “La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60”.

Por su parte, el art. 228 del Código de Comercio, también citado por GCT, S.L.U. dispone que “Desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades, en calidad de liquidadores, a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes”.

A la fecha en la que fue dictado el acuerdo por la Junta de Gobierno Local, TE, S.L.U. se encontraba disuelta y en fase de liquidación lo que determina, como uno de sus primeros efectos, el cese de los administradores y la asunción por parte de los liquidadores, básicamente, de las funciones tendentes a concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad en la representación, pero no para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, lo que inexorablemente debe llevar a concluir que no resulta posible formalizar el contrato para la gestión y explotación de la Plaza de Toros de Plasencia con una UTE integrada, entre otras, por la citada mercantil.

En resumen, no advirtiendo infracción alguna en la decisión adoptada por la Administración por la que se acuerda no formalizar el contrato con la UTE: TE, S.L.U. – ECG, S.L.U., procede confirmar tal decisión.

La imposibilidad sobrevenida tras la adjudicación para la formalización de nuevos contratos por parte de TE, S.L.U., es una circunstancia bien singular tampoco contemplada entre las prohibiciones de contratar previstas en el artículo 71 de la LCSP, que no resulta extensible a la empresa subsistente de quien, decimos, no ha quedado probado que no esté en condiciones de llevar a cabo exactamente la misma oferta que en su día formularon conjuntamente ambas y que, según el recurso, finalmente sería asumida por ECG, S.L.U.

Permitir, sin más, adjudicar un contrato a la oferta clasificada en segundo lugar, supondría seleccionar una oferta menos ventajosa, lo cual sería contrario a los principios básicos que informan la contratación del sector público.

Por ello y teniendo en cuenta que no es función de este órgano sustituir a la Mesa o al órgano de contratación en la adopción de decisiones, ni examinar en este momento si la documentación aportada junto con el recurso es o no suficiente para entender solvente, económica y técnicamente, a la citada mercantil individualmente considerada, sino, como dispone el artículo 57 de la LCSP pronunciarnos sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, debemos estimar parcialmente este motivo del recurso en el sentido de anular el punto cuarto del acuerdo de la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Plasencia, adoptado en sesión de fecha 25 de marzo de 2022, y por ende la adjudicación posterior del contrato a GCT, S.L.U., y ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a esta, a fin de que se permita acreditar la solvencia exigida en los pliegos para resultar adjudicatario del contrato a ECG, S.L.U. y se formule, tras su examen por la Mesa de contratación como órgano especializado de asistencia técnica y previa comprobación de que el hecho de que siga participando en el procedimiento no implica un deterioro de la situación competitiva de los demás licitadores, la propuesta de adjudicación que proceda, solución ésta más coherente con los principios de concurrencia y eficiencia y de conservación de los actos administrativos, así como con la naturaleza instrumental de las uniones temporales de empresas.»

Resolución nº 031/2022, de 13 de mayo dictada con ocasión del recurso especial en materia de contratación registrado como RC069/2022, frente a su exclusión adoptada por la Mesa de contratación en el expediente de contratación de «Suministro de reactivos y material de anatomía patológica con fines diagnósticos, pronósticos y terapéuticos de amplio espectro de enfermedades, que incluye cesión del equipamiento necesario para realizar las técnicas licitadas, con destino al Complejo Hospitalario de Cáceres (Expediente CS/05/1121064069/21/PA. Lote 9)», tramitado por el Servicio Extremeño de Salud.

Se impugna el presente expediente el acuerdo de exclusión recurrido, adoptado por la Mesa de contratación por la falta de poder de representación de la empresa por parte del firmante de los documentos Anexo II-A – oferta económica, Anexo II-B - oferta económica desglosada y Anexo II.Bis – criterios automáticos, en la fecha de presentación de la oferta.

Como hechos relevantes, destacamos que en la sesión de la Mesa de apertura de la documentación administrativa la Mesa de contratación requirió a la recurrente la subsanación de una omisión en el Anexo III aportado, que nada tenía que ver con el motivo de su exclusión ulterior. Posteriormente, en la comprobación del documento subsanado y tras consulta al ROLECSP, se comprueba que no se encuentra acreditada la representación con la que actúa el firmante del documento, y la Mesa acuerda directamente la exclusión de la licitadora, según consta literalmente en el Acta de la

sesión de fecha 25 de febrero de 2022, aun cuando en el informe *ex art. 56.2 LCSP*, se indica que se propone su exclusión. Ante tal exclusión, la recurrente envía un email con alegaciones y acredita la representación del firmante del Anexo III subsanado, por lo que la Mesa de contratación, en su siguiente sesión, admite tal documento y procede a la apertura del Sobre-Archivo 3, derivándose entonces que los documentos incluidos en el mismos, sobre los criterios de valoración automática, se encuentran suscritos por la persona que inicialmente figuraba como representante de la empresa, y acuerda de nuevo su exclusión de la licitación, por considerar, según informa el órgano de contratación, que *«la reiteración del error en la cumplimentación de la documentación contenida en el Sobre-Archivo 3, cuya subsanación excedería de lo meramente formal [...] revela una sancionable falta de diligencia por la empresa licitadora. No puede exigirse del órgano de contratación, como ha tenido ocasión de precisar el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, una serie indefinida de subsanaciones que, por exceder de lo preceptuado en el artículo 81 del RGLCAP, constituyan un trato de favor hacia alguno de los licitadores, contrario a los principios de igualdad y de concurrencia»*.

La recurrente admite el error cometido en relación con la falta de poder de representación del firmante de los documentos que integran el Sobre-Archivo 3 (Documentación para valoración de criterios cuantificables de forma automática), pero aduce que, *«tratándose de una obligación legal de tipo formal, tras ser advertido el defecto de apoderamiento, pudo la Mesa conferir un plazo para la subsanación del mismo, más si cabe, conforme a lo dispuesto en el ya mencionado artículo 326.2.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y por consiguiente en el artículo 141 de la misma norma [...]»*.

La Comisión Jurídica dilucida si el defecto de suscribirse la documentación integrante de la oferta por parte de una persona que, en el momento de la presentación, carecía de poder para ello, es un error susceptible de subsanación o se trata de un defecto insalvable, y estimó el citado recurso especial, al considerar lo siguiente:

«Como hemos visto, la normativa aplicable y el PCAP prevén que se otorgue un plazo de corrección ante defectos subsanables en relación a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y no existe previsión específica para el resto de documentación de la licitación; sin embargo, es doctrina y jurisprudencia consolidada en nuestro ordenamiento jurídico, como veremos a continuación, la subsanación de los defectos que se observen también en la oferta técnica y económica.

[...]

Admitido, por tanto, la posibilidad de subsanar defectos de carácter formal en la documentación integrante de la oferta económica de las empresas licitadoras, hay que abordar si la falta de poder de la persona firmante de la citada documentación reúne este carácter de error de carácter formal, como alega la recurrente, o de contrario, es un defecto sustancial insalvable, como considera el órgano de contratación en su informe.

La doctrina del TACRC, como ha reconocido el propio órgano en su Resolución nº 162/2021, de 19 de febrero, “ha ido evolucionando desde una concepción más rígida, amparada en la legislación anterior (de la que son ejemplos la Resolución nº 660/2014, citada por el recurrente, u otras como la nº 258/2013), hacia una interpretación marcadamente más flexible en lo atinente a la acreditación de la representación y otros requisitos de tipo formal”.

Muestra de lo anterior son diversas Resoluciones emitidas en años recientes por el TACRC, en las que se asienta la relevante doctrina favorable a considerar como subsanable la falta de poder para la suscripción de una oferta, y que incluso puede subsanarse mediante su ratificación por aquella persona que sí ostente poder suficiente para obligarse ante el órgano de contratación (Resolución nº 946/2021, de 30 de julio).

Como vemos, los defectos de representación no pueden considerarse de carácter sustancial, sino formal y por ende, subsanables, y del expediente se desprende que en ningún momento procedió la Mesa a requerir subsanación a la recurrente en lo que respecta a la falta de acreditación del poder de representación que ostentaba D. para presentar el Anexo III [...].

No obstante, deben realizarse diversas consideraciones sobre la alegada reiteración en el error por la empresa: en primer lugar, la deficiencia advertida se refiere a una documentación distinta y aperturada en una fase procedimental posterior a la apertura y análisis del Anexo III cuya subsanación, por un motivo diferente, se requirió por la Mesa de contratación; en segundo lugar, entraba en la lógica presuponer que, si el Anexo III se encontraba firmado por una persona que no ostentaba el debido poder, el resto de documentación también iba a estar firmada por la misma. Por tanto, resulta incongruente que la Mesa de contratación admita la subsanación del representante en relación con el Anexo III, y no tenga en cuenta, ante el mismo defecto de representación advertido en la apertura del Sobre-Archivo 3, las alegaciones ya admitidas por la misma, en las que la empresa manifiesta y acredita en el email de 7 de marzo de 2022: “La persona que firma el DEUC es la actual persona representante legal válida, que difiere de la que originariamente figuraba en la documentación de presentación del Expediente[...]”. Ante tal situación, la Mesa de contratación debería, dado que no lo había realizado con anterioridad en ese concreto aspecto, haber concedido trámite de subsanación a la licitadora, a fin de que la documentación de los Anexos II-A-oferta económica, II-B- oferta económica desglosada y II-Bis-criterios automáticos, fuesen firmados por el representante legal de la empresa, bien modificando el pie de firma, bien confirmándose por éste, mediante una declaración, su contenido, lo que permitiría ratificar la voluntad de la empresa, y pudiendo -de tenerlo por necesario el órgano de contratación-, comprobar que el contenido de los Anexos coincide exactamente con la proposición inicial, sin que esto pueda considerarse como nueva oferta.

Y ello de conformidad con la aplicación, por analogía, de los artículos 141.2 de la LCSP y 81.2 del RGLCAP, conforme a la doctrina y jurisprudencia expuestas, así como de las facultades conferidas a la mesa de contratación por el artículo 176 de la LCSP, aducido por la recurrente, que faculta a la mesa de contratación para solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que

ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública ni implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio.

Ciertamente resulta reprochable la falta de diligencia de la empresa al presentar la documentación para la licitación suscrita por una persona cuyo poder había sido revocado meses atrás, y no actualizar la información contenida en el ROLECSP. No obstante, la normativa y el propio PCAP permite que los interesados puedan aportar prueba en contrario de la información contenida en el ROLECSP, por lo que, una vez admitidas las alegaciones de la empresa con respecto a la subsanación del representante de la empresa en el Anexo III, y ante incongruencias con la documentación presentada en el Sobre-Archivo 3, la Mesa debía haber dado posibilidad de subsanación conforme al principio antiformalista que ella misma invoca y en pro de la concurrencia en la licitación. Habida cuenta, además, que la Cláusula 7.3 del PCAP recoge expresamente la posibilidad de que, una vez efectuada propuesta de adjudicación, se requiera al propuesto como adjudicatario la subsanación de la documentación aportada en acreditación de los requisitos para contratar, por lo que resulta improcedente excluir directamente a un licitador, en la apertura del Sobre-Archivo 3, sin dar posibilidad de subsanar, cuando concurre un defecto de carácter formal.

A juicio de este tribunal tal actuación no puede entenderse vulneradora del principio de proporcionalidad e igualdad de trato, como aduce el órgano de contratación, siempre que, en supuestos iguales, se confiera tal posibilidad al resto de licitadores, y aplicando la máxima diligencia en garantizar que la subsanación de la firma por el representante legal de la empresa no conlleve una modificación de la oferta alterando su contenido.»

Resolución nº 034/2022, de 26 de mayo, emitida en relación con el recurso especial en materia de contratación registrado como RC088/2022 interpuesto frente al acuerdo de adjudicación del expediente «CC-04-2022. CONTRATO DE SERVICIOS DE MEDIACIÓN DE SEGUROS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA Y SUS ORGANISMOS PÚBLICOS», tramitado por la Dirección General de Patrimonio y Contratación Centralizada de la Vicepresidencia Primera y Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Extremadura.

En la presente Resolución la cuestión debatida es el cómputo de los trabajadores con discapacidad, al objeto de cumplir la prescripción establecida en el pliego de que «*Si la aplicación de los criterios de adjudicación da lugar a un empate en la puntuación obtenida por varias empresas el contrato se adjudicará a la empresa que tenga en su plantilla más de un 2 % de trabajadores con discapacidad, teniendo preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad en su plantilla.*» La empresa recurrente considera que supera dicho porcentaje, puesto que tiene un único trabajador, y, al ser discapacitado, ostenta un porcentaje del 100% de trabajadores con discapacidad. El órgano de contratación estima que su porcentaje es inferior al 2%. La Comisión

Jurídica desestima el recurso, indicando que la actuación de la mesa ha sido conforme a derecho, y ello con base en los siguientes argumentos:

«Sexto. Expuestas las posturas de las partes, y habida cuenta de que no se ha puesto en duda en ningún momento el hecho de que la empresa cuenta con un único trabajador, que el mismo sólo estuvo contratado tres días en el periodo de los 12 meses anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y que el mismo presentaba una discapacidad, la cuestión se centra, únicamente, en el método de cálculo del porcentaje del 2% utilizado por la Mesa, y si el mismo resulta ajustado a derecho.

Atendiendo al Acta de la sesión de desempate de la Mesa, celebrada el día 9 de marzo de 2022, en la misma se hace constar expresamente lo siguiente, que por su trascendencia y claridad reproducimos:

“Para efectuar la valoración de la documentación aportada, y con respecto al período sobre el que se va a efectuar el cómputo de los trabajadores sujetos a reserva, se toma en consideración la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, que establece la forma de cuantificar la obligación de reserva, que prevé que el periodo de referencia serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de los centros de trabajo de la empresa. En el mismo sentido se pronuncia el apartado 2.2.1 del Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, dictado por el Director General de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por otra parte, y respecto al cómputo de trabajadores que conforman la plantilla de cada empresa, se ha seguido el apartado 2.2.3 del Criterio Técnico 98/2016 citado, del que se desprende que para el cálculo del promedio de la plantilla a los efectos que se trata en la presente sesión, sólo incluye a trabajadores con relación contractual por cuenta ajena, independientemente de la modalidad de contrato que regula la relación laboral del trabajador con la empresa.

Criterios que conforman la doctrina establecida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en las resoluciones 1180/2021, 1357/2021, 1392/2021 y 1440/2021, entre otras.

Fijados los criterios interpretativos, se procede al análisis de los documentos aportados por cada una de las empresas con el resultado que se detalla a continuación:

[...]

Y con respecto a la valoración de la documentación aportada por la empresa S&P BROKERS, S.L, se indica:

“5.- SyP BROKERS, S.L.

La empresa declara que cuenta con un porcentaje de trabajadores con discapacidad, a efectos de resolver el empate, de un 100%.

Para acreditarlo ha presentado la siguiente documentación:

-Informe suscrito por el representante de la empresa en el que manifiesta que el porcentaje del 100% se debe a que solamente cuentan con un trabajador en plantilla y que éste tiene la condición de discapacidad.

-Contrato de trabajo indefinido de dicho trabajador con fecha de inicio de 14 de febrero de 2022.

-Informe de datos para la cotización de trabajador por cuenta ajena del mismo, en el que se puede constatar tanto la fecha de alta del citado trabajador como del grado de discapacidad.

-Informe de vida laboral del código cuenta de cotización de la empresa.

-Resolución 1295/2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que apoya la forma de realizar los cálculos del referido porcentaje.

En el informe suscrito por el representante de la empresa (Administrador único), se indica que el citado cálculo se ha efectuado de la siguiente forma:

“Dado que el trabajador en plantilla tiene contrato indefinido, se estará a lo dispuesto en el punto 2.2.4.a) del documento Criterio Técnico 98/2016, que dice: “El período de referencia serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de personas trabajadoras empleadas, incluidas las contratadas a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa”. Del mismo modo, en dicho apartado se alude, en el último párrafo, a que se puede realizar el cálculo promedio por días de alta sobre 365 días, por lo que aplicando el promedio por días durante el año completo, resulta:

$1 \text{ trabajador} \times 2 \text{ días en alta} / 365 = 0,0054 \text{ trabajadores}$

De la misma forma, pasamos ahora a realizar el cálculo de plantilla de trabajadores discapacitados de la empresa sobre el mismo período anteriormente indicado:

$1 \text{ trabajador discapacitado} \times 2 \text{ días en alta} / 365 = 0,0054 \text{ trabajadores discapacitados}$

Finalmente, para establecer cuál es el porcentaje de trabajadores discapacitados sobre la plantilla total, realizamos el siguiente cálculo:

$(N^{\circ} \text{ de discapacitados en plantilla} / n^{\circ} \text{ empleados plantilla total}) \times 100$, por lo cual

$(0,0054 / 0,0054) \times 100 = 100\%$ de empleados discapacitados sobre plantilla total en los 12 últimos meses (16/02/2021-16/02/2022)”

De la documentación aportada se constata que la empresa no tuvo plantilla de trabajadores durante los 12 meses de referencia salvo los días en los que se dio de alta al trabajador referenciado, en total tres días.

El promedio de trabajadores con discapacidad correspondiente a un trabajador durante tres días alcanza el porcentaje de 0,0082, resultado de dividir 3 días trabajados entre 365 días.

Con respecto a la plantilla media de la empresa durante los doce meses de referencia, es manifiesto que no existe la misma, salvo los tres días en los que se ha contratado al citado trabajador, por lo cual resulta que no es posible obtener el promedio de trabajadores con discapacidad, en relación al total de los trabajadores en plantilla los doce meses anteriores a la finalización del plazo de presentación de proposiciones, puesto que ésta solamente existe durante un período de tres días. De otro modo se llegaría al mismo resultado independientemente del número de días trabajados, es decir, una empresa con un único trabajador con discapacidad que trabaja 3 días durante el último año obtendría el mismo porcentaje que una empresa con un único trabajador con discapacidad que trabaja 365 días durante el último año.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el porcentaje que se considera acreditado sería de 0,0082 trabajadores con discapacidad en la plantilla, no superando por tanto el 2% establecido en el PCAP para acceder al desempate”.

Por tanto, del contenido del Acta se puede inferir claramente cómo la Mesa está determinando, con carácter previo al análisis de la documentación aportada por las empresas para solventar el desempate producido, los criterios bajo los que va a efectuar esta valoración, y ello es así en cuanto la norma no fija los criterios para efectuar el cálculo, tal como recuerda el Informe 109/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de tal manera que se debe recurrir al Criterio Técnico 98/2016, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, dictado por el Director General de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Como indica también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 7/2021, de 10 de mayo, sobre criterios de desempate entre dos o más ofertas: aplicación e interpretación de la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad en las empresas, en relación a la aplicación de este criterio técnico: “De ahí que el Criterio Técnico 98/2016 constituya una referencia interpretativa altamente cualificada que permite aclarar no sólo este extremo, sino muchas dudas en torno a las reservas de puestos de trabajo y discapacidad en el ámbito laboral público y privado. Es cierto que carece de valor vinculante, y que pueden existir otras referencias válidas para colmar lagunas en la aplicación de la norma, pero en el contexto en el caso que nos ocupa valoramos que resulta una opción idónea”.

Atendiendo a estas circunstancias, la Mesa ha delimitado claramente los parámetros bajo los que va a actuar y son:

-Con respecto al periodo sobre el que va a efectuar el cómputo de los trabajadores, aplicará:

1) La disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, que establece

“a) El período de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa”.

2) Y el apartado 2.2.1 del Criterio Técnico 98/2016, que establece:

“2.2.1. Periodo de referencia y “dies a quo” para el cálculo.

Este precepto señala que “El período de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores...”. Los cálculos por tanto se realizan sobre la plantilla en un periodo de tiempo y no respecto del número de trabajadores que tenga la empresa en un momento concreto.

El periodo de referencia es los 12 meses anteriores, por lo que, a falta de otras especificaciones, debe computarse de fecha a fecha de acuerdo con el art. 4.1 del Código Civil. No se establece el “dies a quo” desde el que deben contabilizarse los doce meses, ya que se utiliza solamente la expresión “anteriores” pudiendo diferenciar dos aspectos.

Dado que se regula una obligación de cuota respecto de un periodo de referencia se configura como una obligación constante, variable y viva en su aplicación de manera que es la propia empresa la que debe ir verificando su cumplimiento según la evolución de sus plantillas. En este sentido el cumplimiento de la norma es exigible desde el momento en el que se da el supuesto de hecho regulado (Consultas de la DGT de 24-04-2001, 7-02-2002 y 22-12-2004)”.

- Con respecto al cómputo de los trabajadores que conforman la plantilla de la empresa, aplicará el criterio 2.2.3 del citado Criterio Técnico 98/2016, que indica:

“2.2.3. Obligaciones referidas exclusivamente a contratación laboral.

Las normas que regulan esta obligación se refieren exclusivamente a “trabajadores” , “trabajadores empleados” y “contratados”, por lo que para las reglas de cómputo de plantillas y para dar cumplimiento a la obligación de cuota de reserva sólo se incluirán a los trabajadores con relación laboral contractual por cuenta ajena, excluyéndose tanto los supuestos de socios trabajadores en cooperativas de trabajo asociado como los de “becarios”, Trade’s o cualquier otra relación jurídica diferenciada (Consultas DGT de 22 de septiembre de 2011; 3 de marzo de 2014).

Cuestión diferente es el cómputo que se realiza de los trabajadores que prestan servicios en la empresa en base a un contrato de puesta a disposición con una ETT, a los que se aplica un criterio especial, tal como se analiza con posterioridad”.

Pues tal y como observamos de la lectura del Acta y de la aplicación de dichos criterios a cada una de las empresas entre las que se ha producido el empate, y han aportado la documentación justificativa, los mismos han sido aplicados de manera correcta y uniforme, sin que se haya producido arbitrariedad, derivada de la modificación de criterios una empresa a otra, vulnerándose los principios de igualdad, como alega la recurrente.

La actuación de la Mesa ha sido, en todo momento, conforme a derecho y ajustada a la finalidad de la norma. Frente a ello, las alegaciones de la recurrente tergiversan las manifestaciones de la misma, así como la propia interpretación de la normativa y de los criterios aplicables, con la finalidad de obtener una valoración que, de otorgársele, no resultaría justa y equitativa.»

Resolución nº 040/2022, de 30 de junio, dictada con ocasión del recurso especial en materia de contratación registrado como RC113/2022, presentado frente al acuerdo de

adjudicación en relación al expediente n.º 246/2021 de «Contrato de concesión del servicio público de abastecimiento domiciliario y agua potable, alcantarillado y depuración para el Ayuntamiento de Guareña», tramitado por el Ayuntamiento de Guareña.

La parte recurrente considera nula la adjudicación efectuada por el órgano de contratación al considerar que *«La mercantil adjudicataria ha presentado una oferta con valores anormales atendiendo a los criterios fijados en la cláusula 22 del PCAP relativa a la “CONSIDERACIÓN DE PRESUNCIÓN DE OFERTAS CON VALORES ANORMALES O DESPROPORCIONADOS», realizando a continuación los cálculos pertinentes para demostrar que «la oferta de FA, S.A. es ANORMALMENTE BAJA, lo que ha implicado que se haya adjudicado directamente el contrato a dicho licitador sin seguir el procedimiento legalmente establecido en caso de presunción de anormalidad, proceso fundamental que permite garantizar que se adjudica el contrato al que presenta la mejor oferta viable de conformidad con los pliegos y la ley.»*

La Comisión Jurídica estima el recurso interpuesto, tras realizar un análisis de la normativa aplicable y de los pliegos, procediendo destacar los siguientes argumentos:

«Como acertadamente señalan las recurrentes, en este tipo de contratos, en el que el precio viene determinado por el canon ofertado por la empresa, “aquel que esté dispuesto a pagar más cuantía al órgano será el que más desvirtúe la oferta”, lo que determina la aplicación a la inversa del artículo 85 del RGLCSP, como reconocen diversos pronunciamientos jurisprudenciales, como la Sentencia nº 75/2015, de 24 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Barcelona, o el Tribunal Superior de Justicia de Burgos en su Sentencia de 16 de abril de 2020, que, con ocasión de un contrato análogo al que aquí se analiza, señala:

“Es indudable que este artículo 85 se refiere a bajas desproporcionadas o temerarias, pero en ningún caso implica que estas bajas deban ser consideradas como que lo ofertado deba ser inferior al mínimo establecido en los pliegos. Por baja se debe atender que es una disminución respecto del coste que el cumplimiento del contrato ocasione a la Administración, pudiendo ser este menor coste por que la Administración deba abonar menor precio en contraprestación a las obligaciones que debe cumplir la contratista, o bien puede venir determinado porque la contratista abone un mayor canon a la Administración por el servicio que presta a los administrados en sustitución de la Administración.

En el supuesto presente, el servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento lo debería prestar la Administración a los administrados, a los ciudadanos, mediante el cobro a los mismos de la correspondiente tasa; y mediante este contrato lo presta la adjudicataria cobrando la misma tasa a los que reciben el servicio, por lo que la temeridad o desproporcionalidad de la oferta vendrá determinada por que el canon que se obliga a satisfacer la adjudicataria sea desproporcional o anormalmente elevado, lo que implica que a la Administración le supone una considerable rebaja en el coste del servicio que en principio ella misma estaba obligada a prestar y que lo presta a través de la adjudicataria. Por ello, no procede considerar que no es aplicable el artículo 85, como

alega fundamentalmente la codemandada, puesto que la oferta será temeraria o desproporcionada si genera una baja desproporcionalidad o temeraria de las obligaciones de la Administración, ya sea porque debe abonar un precio inferior al que normalmente se obligaría si no existiese esa temeridad o desproporcionalidad por la contraprestación que percibe, ya sea porque cobrará un canon superior al que debería cobrar si no existiese esa temeridad o desproporcionalidad. Por tanto, la oferta puede ser desproporcionada o temeraria si supone una baja superior a la prevista en este artículo 85 respecto del coste económico que deba soportar la Administración, ya sea porque deba pagar un precio, ya sea porque deba cobrar un canon.

Por tanto, precisado que es aplicable este artículo 85, nos encontramos con que han concurrido cuatro licitadores, por lo que se debe atender a lo recogido en el número 4 de este artículo, por lo que deben considerarse, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que supongan una variación en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas”.

Las recurrentes realizan las operaciones previstas en el artículo 85 del RGLCAP (aplicable por remisión del PCAP, Anexo I, Cláusula 22), tanto sin exclusión de XXX, como excluyendo del cómputo a esta licitadora- lo cual resulta procedente, al ser inferior el valor tenido en cuenta para calcular la temeridad de su oferta, conforme a la fórmula prevista en el PCAP, que es de 335.828,83 euros para esta empresa, en más de diez unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas, siendo la media aritmética de las ofertas de las tres empresas licitadoras de 612.020,41 euros-. Y, en ambos casos, sin exclusión o con exclusión de XXX, la oferta de YYY sería desproporcionada, por cuanto en el primero, el umbral de temeridad quedaría situado en 673.222,45 euros, y en el segundo, en 825.127,82 euros. Siendo el valor tenido en cuenta para el cálculo de la temeridad de la oferta de YYY, aplicando la regla prevista en el PCAP, de 909.028,40 euros, cuantía que, como vemos, excede de los umbrales de temeridad expuestos y, por ende, constituye un alza temeraria (aunque, de forma errónea, el órgano de contratación considera que no supera el referido umbral de temeridad si se excluyese del cómputo la oferta de XXX –aunque el órgano de contratación, en su alegación, señala la exclusión del cómputo de la oferta de YYY, pero entendemos que se refiere a XXX-).

Expuesto lo anterior, procede traer a colación la reiterada doctrina que declara que el Pliego de Cláusulas Administrativas constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación. En efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación. El Pliego constituye auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 afirma que «esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se

somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía».

En el caso que nos ocupa, los criterios para apreciar la anormalidad o desproporcionalidad de las ofertas están claramente recogidos en la Cláusula 22 del Anexo I del PCAP, transcrito anteriormente, por remisión al artículo 85 RGLCSP. Y el órgano de contratación se encontraba obligado a realizar, en aplicación de los mismos, los cálculos pertinentes sobre la concurrencia o no de ofertas que pudieran estar incursas en presunción de temeridad, y, de ser así, llevar a cabo el procedimiento contradictorio del artículo 149.4 de la LCSP y la citada Cláusula 22 del PCAP. Recordemos, sobre el tratamiento y justificación de las proposiciones en las que se advierte, conforme a lo establecido en los pliegos, la existencia de valores anormales, lo establecido en la Resolución 718/2018, de 27 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: “Es también doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello, y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiere presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Por lo demás, “la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos” (Resoluciones 24/2011, de 9 de febrero, 72/2012, de 21 de marzo, o 121/2012, de 23 de mayo)”.

Por ello, no resultan admisibles las manifestaciones del órgano de contratación, al considerar que la oferta de la adjudicataria es viable y no incurre en temeridad, aplicando para ello criterios no previstos en los pliegos, referidos a que es la prestataria del servicio desde hace años y que asume el riesgo operacional de la concesión, cuestiones éstas últimas que, siendo ciertas, no permiten obviar la aplicación del procedimiento de justificación de la anormalidad de la oferta del artículo 149.4 de la LCSP y de la Cláusula 22 del PCAP. Argumentos que, por otra parte, no aparecen plasmados en ninguno de los documentos del expediente para motivar la adjudicación efectuada, sino que, por el contrario, en el acuerdo de adjudicación se indica expresamente que han sido elementos determinantes de la adjudicación a YYY los datos de su oferta relativos a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas (canon anual variable, aportación al Fondo de Mejora de Infraestructuras Hidráulicas y el canon inicial ofertados), siendo precisamente el canon

anual variable y el canon inicial los valores considerados en la Cláusula 22 del PCAP para apreciar la temeridad. Y sin que resulte aplicable la discrecionalidad técnica en la apreciación de la anormalidad de ofertas a la que alude el Ayuntamiento, por cuanto, según doctrina consolidada de los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales, ésta opera una vez recabada la justificación por parte del licitador cuya oferta se encuentra incurso en presunción de temeridad, y es cuando la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación, determina si admite o no admite la justificación ofrecida por el licitador y si considera que la oferta anormal presentada, pone o no en riesgo la correcta ejecución del contrato (a modo de ejemplo, Resolución nº 29/2022, de 5 de mayo, de esta Comisión Jurídica, y Resolución nº 36/2022, de 10 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).»

Resolución nº 042, de 30 de junio, dictada en los recursos especiales en materia de contratación RC103/2022, RC104/2022, RC109/2022, RC110/2022, RC114/2022 y RC118/2022, frente al anuncio y los pliegos que rigen el expediente de contratación CSE/99/1122019833/22/PA, «Servicio de transporte sanitario terrestre en el ámbito del Servicio Extremeño de Salud 2022», tramitado por el Servicio Extremeño de Salud.

Entre las cuestiones analizadas se encuentra la siguiente: *«Infracción del artículo 20 UNO APARTADO 15 de la Ley 37/1992 sobre el Valor Añadido».*

Defiende la recurrente que, en el expediente de contratación, se ha cometido, a tenor de lo manifestado por la Dirección General de Tributos, en la Consulta Vinculante V0231-18 de 1 de febrero de 2018, una infracción de los artículos 100 y siguientes de la LCSP; pretende se subsanen o corrijan los pliegos, al no contemplarse en el presupuesto de licitación los costes de IVA, tanto de aquellos traslados que se realicen a través de vehículos distintos de las ambulancias, como del traslado del personal sanitario de los centros de salud y puntos de atención continuada para la atención sanitaria de urgencias y emergencias en los distintos tramos, como el transporte de órganos humanos para el trasplante, o el transporte de equipos sanitarios desplazados para la realización de trasplantes o técnicas invasivas urgentes, o los servicios preventivos en eventos públicos catalogados por el SES con riesgo de incidencias de tipo sanitario, o la participación en actividades formativas, simulacros, dispositivos de riesgo previsible, o el transporte urgente de medicamentos, hemoderivados, recursos materiales o recursos humanos.

Por su parte, el órgano de contratación viene a decir que:

«En este sentido hay que analizar el contenido del mencionado artº 18 bis, cuando establece con toda claridad que se trata de traslados que requieren:

- Prescripción médica (la Orden de Traslado debe emitirla un facultativo exactamente igual que se requiere en el resto de los traslados conceptuados en el expediente)*
- Que el traslado se hace en virtud de un contrato con Entidades u Organismos públicos o privados, o con entidades colaboradoras de la Seguridad Social.*

- Que las personas, aun no precisando para su traslado, camilla, asistencia sanitaria o atención de urgencia, ostentan la condición sanitaria de paciente.

Visto lo anterior, estamos en condiciones de afirmar que los traslados ordinarios de personas que se realizan en los vehículos VT sujetos a repercusión del IVA, NO requieren ninguno de los condicionantes que se exigen para el transporte complementario al transporte sanitario, y que los pacientes que se trasladan con este tipo de transporte (complementario al transporte sanitario) están recibiendo una prestación sanitaria. Por tal motivo, estos traslados perfectamente se entienden amparados por la exención del IVA aludida en el apartado 2º del artº 20. UNO. de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuando dice: “Las prestaciones de servicios de hospitalización o asistencia sanitaria y las demás relacionadas directamente con las mismas realizadas por entidades de Derecho público o por entidades o establecimientos privados en régimen de precios autorizados o comunicados.”

A mayor abundamiento debe reseñarse que ese transporte complementario se establece como una facultad que tiene el adjudicatario de subcontratar y por ende, podrá acontecer o no, de tal manera que, al margen de lo expuesto en cuanto a su condición de transporte complementario de transporte sanitario, es una situación que no puede tenerse en cuenta respecto al IVA. Tras este análisis, se puede afirmar que no existe infracción del artº 100 de la Ley de Contratos del Sector Público, como sostiene la recurrente. Al margen de los traslados complementarios de pacientes, la recurrente relaciona una serie de actuaciones incluidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas que según su criterio estarían sujetas a la aplicación del impuesto IVA, tales como:

- El traslado del personal sanitario de los Centros de Salud (CS) y Puntos de Atención Continuada (PAC) para la atención sanitaria de urgencias y emergencias en los distintos tramos*
- Transporte de órganos humanos para el trasplante*
- Transporte de equipos sanitarios desplazados para la realización de trasplantes o técnicas invasivas urgentes*
- Servicios preventivos en eventos públicos catalogados por el SES con riesgo de incidencias de tipo sanitario*
- Participación en actividades formativas, simulacros, dispositivos de riesgo previsible*
- Transporte urgente de medicamentos, hemoderivados, recursos materiales o recursos humanos.*

La recurrente olvida mencionar y aclarar que TODAS las ambulancias que realizan las tareas antes descritas, esencialmente están dedicadas al traslado de enfermos; finalidad principal del objeto de este contrato.»

En nuestra resolución, realizábamos las siguientes consideraciones:

«Así las cosas, se estima conveniente traer a colación lo indicado en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) nº 534/2016, de 8 de julio, que esta Comisión Jurídica comparte, cuyo fundamento de derecho sexto venía a decir:

“Sexto. Subyace al planteamiento de las recurrentes la pretensión de que este Tribunal determine la sujeción o no a IVA del servicio prestado, sobre lo que no puede sino compartirse el criterio del Vocal del Tribunal Económico-Administrativo de Vigo en el sentido más arriba apuntado de que tal alegación debería ser inadmitida “(...) por referirse a materia tributaria y no contractual y, por tanto, ajena a los supuestos del recurso especial en materia de contratación.”

Y es que, como este Tribunal ha declarado entre más, en Resolución nº 1058/2015, recaída en el Recurso nº 1042/2015, en fecha 13 de noviembre de 2015 “(...) ni el recurso especial en materia de contratación del TRLCSP ni las reclamaciones de la Ley 31/2007 pueden configurarse como mecanismos universales de impugnación de cuantos defectos o irregularidades hayan podido cometerse con ocasión de la contratación pública. También, en la nº 428/2014, de 30 de mayo, señalando que este Tribunal es un órgano especializado en materia de contratación administrativa que, consecuentemente, no puede entrar a resolver sobre cuestiones que, planteadas con ocasión de un recurso administrativo, nada tienen que ver con la adecuación del procedimiento de contratación a las disposiciones del TRLCSP o de su normativa complementaria.”

Séptimo. En definitiva, resulta de nuestra doctrina que el Recurso Especial en Materia de contratación, no pretende que a través de él se depuren todas las posibles infracciones que se hayan podido cometer en la contratación, que tendrán otras formas de tutela, sea la del art. 39 del TRLCSP (que, además, aquí consta iniciada), sea el recurso administrativo o judicial que cupiera contra los actos de que se trate; de modo que tal recurso no puede configurarse como mecanismo universal de impugnación de cuantos defectos o irregularidades hayan podido cometerse con ocasión de la contratación pública. Y en fin, que este Tribunal es un órgano especializado en materia de contratación administrativa que, consecuentemente, no puede entrar a resolver sobre cuestiones que, planteadas con ocasión de un recurso administrativo, nada tienen que ver con la adecuación del procedimiento de contratación a las disposiciones del TRLCSP o de su normativa complementaria.”

Con fundamento en la doctrina dimanante de las resoluciones parcialmente transcritas, no puede pretenderse por la vía de este recurso que se determine por este Tribunal la sujeción o no a IVA de los servicios que para los usuarios preste, por cuenta del órgano de contratación, el licitador adjudicatario».

Debe tenerse también presente, que la cantidad pactada por la ejecución de la prestación del servicio habrá de permanecer invariada aunque cambie el tipo impositivo, en la medida en que ello obedece a lo realmente pactado por el contratista y la entidad contratante.

Por otra parte no podemos obviar que, a fecha de hoy, el contrato se encuentra en fase de propuesta de adjudicación, por lo que, en palabras del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en su Resolución nº 80/2013, de 30 de mayo, “Ordenar en este momento del procedimiento la modificación del PCAP y la apertura de un nuevo plazo de presentación de ofertas traería como consecuencia la anulación de todo lo actuado y la presentación nuevamente de ofertas (probablemente de los mismos licitadores, pues ningún otro se ha visto privado de hacerlo si era su intención), con el conocimiento de las ofertas de los demás competidores. Por

tanto, a la vista de los datos que obran en el expediente y de lo actuado se puede presumir razonable y equitativamente que los actos y trámites posteriores a la modificación del tipo impositivo que figura en el PCAP tendrían el mismo contenido, pues no se aprecia una relación de causalidad entre el acto impugnado y los trámites posteriores que no deben quedar afectados por la sanción de la misma. La adjudicación recaída, objetivamente no trae causa del tipo impositivo del IVA, ni potencialmente pudo tener otro contenido de no haberse cometido la infracción”.

Es decir, aun en el caso de que nos encontráramos ante una incorrecta aplicación del artículo 20.1, apartado 15 de la Ley 37/1992 sobre el Valor Añadido, pero teniendo en cuenta que el tipo impositivo aplicable será el vigente en el momento del devengo, con independencia del que figure en el pliego incluso cuando sea éste erróneo o se produzca una modificación durante la ejecución del contrato, ello no habría impedido la presentación de ofertas por parte de los licitadores en condiciones de igualdad, habiéndose valorado estas sin tener en cuenta el IVA, y sin que se advierta la posibilidad de que se haya producido algún tipo de trato desigual; línea esta mantenida también por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en su Resolución nº 77/2020, de 4 de junio.

Por consiguiente, a la vista de los términos en los que se plantea esta cuestión en el recurso, debe desestimarse la pretensión de revisión de los pliegos.»

Resolución nº 056/2022, de 15 de septiembre, relativa al recurso especial en materia de contratación registrado como RC150/2022, interpuesto contra la Resolución de 7 de julio de 2022, del Gerente del Área de Salud de Don Benito-Villanueva de la Serena, de adjudicación de los lotes 1 y 2 del contrato de «Suministro de tubos de extracción de sangre por vacío, tubos de muestra de orina, así como contenedores de orina y muestras orgánicas para los centros sanitarios del Área de Salud de Don Benito-Villanueva de la Serena» (expediente CS/03/1122010147/22/PA), tramitado por el Servicio Extremeño de Salud.

En esta resolución esta Comisión Jurídica concluye desestimado el recurso formulado por la recurrente contra la adjudicación del contrato por considerar que algunos de los productos ofertados por la entidad adjudicataria incumplirían el pliego de prescripciones técnicas.

Extractamos algunas consideraciones efectuadas en dicha resolución por razón de su interés:

- Respecto a cuál debe ser el concepto de ficha técnica admisible, indicábamos que, ante la ausencia de legislación aplicable que exija una ficha técnica oficial del producto ni indicación expresa de cuál deba ser aquella en el pliego de prescripciones técnicas *«el concepto de ficha técnica ha de interpretarse, como ha efectuado el órgano de contratación, en un sentido amplio, como el documento que reúna las características técnicas del producto ofertado, y estas características son las contenidas en el manual de usuario al que se alude, manual que la propia recurrente pone de manifiesto que es el documento con el que se comercializa y pone a la*

venta el producto y en el que se especifican las características técnicas de estos, disponiendo del correspondiente mercado CE y que el órgano de contratación ha dado por válido.»

- En relación con la exigencia de representante europeo de un Estado miembro autorizado para la comercialización de productos sanitarios de diagnóstico «*in vitro*» prevista en el artículo 9.3 del Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre, sobre productos sanitarios para diagnóstico «*in vitro*», tras examinar las notificaciones de la UE y de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y los reglamentos y directivas de aplicación concluíamos que *«aquella representación no era exigible en relación con los fabricantes turcos, aun no tratándose de fabricantes con domicilio social en un Estado miembro, por la existencia del acuerdo de la unión aduanera para eliminar las barreras comerciales y garantizar la libre circulación de dispositivos médicos sanitarios y de dispositivos médico-diagnósticos in vitro en la Unión Europea. Por tanto, concluíamos afirmando que “en aquellos productos del lote 2 en los que aparece el fabricante turco suscribiendo la declaración UE de conformidad y el mercado CE del producto, salvo prueba en contrario, han de presumirse válidos, constituyendo la designación del representante europeo autorizado una representación voluntaria. En consecuencia, procede la desestimación de este motivo del recurso.»*

Resolución nº 61/2022, de 6 de octubre, emitida en relación con el recurso especial en materia de contratación registrado como RC189/2022 interpuesto frente a la exclusión acordada en el expediente de contratación del «Servicio para el inventario y catalogación automatizada de la Biblioteca de Yuste. Expediente PSS/2022/0000000462», tramitado por el la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes de la Junta de Extremadura.

En el presente recurso la cuestión debatida es si la exclusión de la empresa, por no quedar suficientemente justificada su oferta incurra en baja desproporcionada o anormal, era o no conforme a derecho. La Comisión Jurídica analiza el caso y estima el recurso, al considerar que la motivación del rechazo de la justificación de la oferta de la recurrente carece de la motivación denegatoria precisa y del carácter reforzado exigible por nuestra doctrina para desmontar las justificaciones del licitador, por lo que procede la estimación del recurso, y, por ende, la anulación del acto de exclusión impugnado, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la emisión del referido informe técnico sobre aquella justificación, a fin de que se emita un informe suficientemente motivado, entrando a valorar y determinar los motivos por los cuáles considera que no queda justificada la reducción de costes salariales, sin que entremos en este momento a examinar la justificación ofrecida por la recurrente, al no ser nuestro cometido, pues es a los servicios del Órgano de Contratación a los que compete, de acuerdo con la LCSP, evaluar la información y documentación proporcionada por el licitador para destruir la presunción de anormalidad en su contra, conforme a un análisis que reviste los caracteres de discrecionalidad técnica, siendo nuestro examen meramente revisor de que la motivación es suficiente, y que en ella no se observa error manifiesto y

constatable, discriminación o arbitrariedad. En este sentido, manifestábamos lo siguiente:

«Por tanto, la cuestión sustantiva que plantea el recurso especial interpuesto consiste en determinar si, tras un requerimiento efectuado por el órgano de contratación al licitador recurrente al amparo del artículo 149.4 de la LCSP, se ha cumplido o no debidamente con tal justificación por aquél, así como analizar la actuación de la mesa y del órgano de contratación con respecto a la justificación aportada, de suerte que, si esta actuación incurre en error, arbitrariedad o falta de motivación, ello supondría apreciar la incorrecta exclusión del procedimiento de licitación. Es decir, la cuestión que aquí se suscita es si la decisión del órgano de contratación, basada en la propuesta de la Mesa de Contratación, de excluir la oferta de la recurrente es o no ajustada a Derecho, lo que exige examinar la suficiencia de la motivación y las razones vertidas por el Órgano de Contratación para rechazar su oferta a la vista de la justificación presentada por la licitadora. En este sentido, también hay que hacer constar que el informe del órgano de contratación emitido con ocasión del recurso, y cuyo contenido se ha reproducido con anterioridad, no aporta ninguna argumentación nueva, en cuanto se reitera en lo manifestado en el Informe técnico emitido en relación con la justificación del licitador.

Planteado el objeto de debate, conviene indicar los parámetros a tener en cuenta por esta Comisión al analizar el caso planteado. En primer lugar, sobre la motivación de la justificación de su oferta por parte del licitador, hemos de indicar que, siguiendo la doctrina marcada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), y que esta Comisión Jurídica ha manifestado ya en resoluciones precedentes (Resolución nº 31/2020, de 11 de junio), no debe exigirse una justificación exhaustiva. La justificación del licitador temerario debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. (Resolución del TACRC 863/2017: “No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de dar explicaciones que justifiquen de forma satisfactoria el citado bajo nivel de precios o de costes propuestos y, por tanto, despejen la presunción inicial de anormalidad de la baja ofertada, de forma que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede cumplir normalmente la oferta en sus propios términos. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser, en su caso, más profundos, sólidos, detallados o extensos cuanto mayor sea la anormalidad de la baja. La decisión sobre la aceptación o no de la oferta debe atender a los elementos de la proposición y a la valoración de las alegaciones del contratista y las concretas circunstancias de la empresa licitadora”).

En segundo lugar, y respecto a la revisión de la decisión del órgano de contratación, siguiendo también la doctrina marcada por el TACRC, y que esta Comisión Jurídica comparte, en este supuesto debemos tener en cuenta los siguientes parámetros (Resolución TACRC nº 306/2022, de 10 de marzo):

“La revisión de la apreciación del Órgano de Contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones.

Para desvirtuar la valoración realizada por la Mesa de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio de la Mesa, resulta infundado o se aprecia que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable. Por lo tanto, es competencia de este Tribunal, analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, análisis que exige considerar el requerimiento del Órgano de Contratación y los aspectos que éste prevé como exigibles y la justificación remitida por el licitador. La LCSP establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad, y ello exige de una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones del licitador. En este contexto, la justificación del licitador debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma”.

Pues bien, aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, observamos cómo tras el requerimiento del órgano de contratación la recurrente presenta una justificación amplia, en la que da explicaciones que pudieran justificar de forma satisfactoria el bajo nivel de precios o de costes propuestos. Sin embargo, ante esta justificación se emite un informe técnico en el que al final de este, en su apartado 4, se señala lo ya reproducido anteriormente, indicando que no queda justificada la reducción de los costes salariales, señalando únicamente como referencia un Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, Expediente 35/2019, y el artículo 100 de la LCSP, sin determinar cómo o en de qué manera resulta aplicable al caso que nos ocupa lo dispuesto en los mismos.

A juicio de esta Comisión, la motivación del informe técnico de 28 de junio de 2022 es insuficiente, pues funda la falta de viabilidad de la oferta en que “no queda justificada la reducción de costes salariales para asegurar la adecuada realización de los trabajos encomendados”, pero sin detallar o determinar por qué se llega a esta conclusión. Es decir, queda por determinar qué hechos concurren en el caso que nos ocupa, cómo se concreta la aplicación jurídica del precepto e informe que cita en estos hechos y cuál es la consecuencia que deriva de su aplicación, por la que se llega

a concluir que no queda justificada la reducción de costes salariales para asegurar la adecuada realización de los trabajos.

En suma, en el presente caso, la motivación del rechazo de la justificación de la oferta de la recurrente carece de la motivación denegatoria precisa y del carácter reforzado exigible por nuestra doctrina para desmontar las justificaciones del licitador, por lo que procede la estimación de este motivo de impugnación, y, por ende, la anulación del acto de exclusión impugnado, la Resolución de la Secretaría por la que se adjudica también el contrato, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la emisión del referido informe técnico sobre aquella justificación, a fin de que se emita un informe suficientemente motivado, entrando a valorar y determinar los motivos por los cuáles considera que no queda justificada la reducción de costes salariales, sin que entremos en este momento a examinar la justificación ofrecida por la recurrente, al no ser nuestro cometido, pues es a los servicios del Órgano de Contratación a los que compete, de acuerdo con la LCSP, evaluar la información y documentación proporcionada por el licitador para destruir la presunción de anormalidad en su contra, conforme a un análisis que reviste los caracteres de discrecionalidad técnica, siendo nuestro examen meramente revisor de que la motivación es suficiente, y que en ella no se observa error manifiesto y constatable, discriminación o arbitrariedad.»

Resolución nº 063/2022, de 6 de octubre, relativa al recurso especial en materia de contratación registrado como RC170/2022, interpuesto contra el anuncio de licitación, las bases y los pliegos del «Concurso de Proyectos con Intervención de Jurado para la redacción de proyectos básicos y de ejecución, dirección facultativa completa y coordinación de seguridad y salud en fase de ejecución de obras para la construcción de un Museo en Cáceres para albergar la Colección Helena Folch-Fusiñol y la ordenación de su entorno», expediente PSS/2022/0000069458, tramitado por la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes.

En esta resolución esta Comisión Jurídica concluye desestimado el recurso formulado por la recurrente contra los pliegos por considerar justificada la licitación conjunta de las prestaciones que integran el contrato, sin requerirse una motivación añadida, al tratarse de un concurso de proyectos de especial complejidad. Así, indicábamos que:

«[...] en el caso presente nos encontramos ante un proyecto de especial complejidad, según se desprende de la documentación obrante en el expediente, y, por tanto, resulta aplicable el artículo 183.3 de la LCSP, precepto que impone la obligatoriedad de la aplicación de las normas del concurso a la modalidad de los concursos de proyectos organizados en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios previsto en el artículo 183.2.a), en los siguientes supuestos:

“Cuando el objeto del contrato de servicios que se vaya a adjudicar se refiera a la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad y, cuando se contraten conjuntamente con la redacción de los proyectos anteriores, a los trabajos

complementarios y a la dirección de las obras, los órganos de contratación deberán aplicar las normas de esta sección.

A efectos de estimar la especial complejidad de un proyecto, el órgano de contratación podrá tomar en consideración la existencia de condicionantes técnicos, medioambientales, paisajísticos, funcionales, urbanísticos o de otra índole que precisen de una especial respuesta, innovación u originalidad en aras a obtener prestaciones de gran calidad”.

En el artículo 183.3 se prevé un supuesto en el que el legislador ha establecido una regulación especial -como veremos, aplicable al caso examinado- precisamente, por la naturaleza del objeto a contratar, proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo a los que cataloga de una especial complejidad, en particular, cuando concurren de una serie de condicionantes de diversa índole -técnicos, medioambientales, paisajísticos, funcionales, urbanísticos, entre otros- que requieren o precisan de una especial respuesta, innovación u originalidad en aras a obtener prestaciones de gran calidad.

Esta naturaleza compleja intrínseca del proyecto, según el propio tenor del precepto, comporta que el legislador de forma expresa y, entendemos que, de forma lógica, implemente una norma excepcional conforme a la cual, sin requerir ninguna motivación adicional, por considerar aquella ínsita en la singularidad de la solución a obtener, por la especial complejidad o dificultad del proyecto perseguido, se faculte al órgano de contratación a que puede optar indistintamente por la contratación del servicio de redacción del proyecto o la contratación conjunta de aquel con la dirección facultativa y otros trabajos complementarios. Es decir, precisamente, por la naturaleza del presupuesto habilitante para el seguimiento obligatorio de las normas del concurso –especial complejidad del proyecto por la respuesta aportada, la innovación o la originalidad en aras a obtener prestaciones de gran calidad-, existe un riesgo potencial de partida que puede afectar a la gran calidad de la solución a obtener en el caso de que no se coordinen las diferentes prestaciones de los profesionales intervinientes. Por tanto, la causa justificativa o el motivo que habilita la contratación conjunta viene dada por la naturaleza especialmente compleja del proyecto que ha de ser diseñado y ejecutado. Por ello, el legislador, articula una regla especial y excepcional, esto es, establece una previsión normativa específica que ampara la contratación conjunta de la redacción del proyecto y la dirección de la obra y dispensa del principio general de la división en lotes o, en su caso, de la licitación independiente de las prestaciones. [...]

Téngase en cuenta que la referida previsión legal, tiene naturaleza excepcional, y ha sido introducida, específicamente, en el ámbito del concurso de proyectos, en particular, en los de especial complejidad, careciendo de sentido su incorporación expresa si aquella no constituyera una dispensa o exención del principio general de división por lotes ya que la posibilidad de contratación conjunta resulta factible en los procedimientos generales u ordinarios de contratación de servicios, siempre que se aplique con carácter restringido y se reseñen en el expediente las razones justificativas de aquella.»

Resolución nº 077/2022, de 22 de diciembre, dictada en el recurso especial registrado como RC251/2022, interpuesto frente a su exclusión adoptada en el expediente de

contratación «Gestión de aprovechamiento de 3 lotes de madera en Montes de U.P. de la Comarca de Sierra de Gata (Cáceres), lote 3: Monte Valdecaballos, con número de expediente: 2152AP1IN323», tramitado por la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Población y Territorio de la Junta de Extremadura.

La cuestión que se dilucidaba en la presente resolución es si la decisión de tener por retirada la oferta de la recurrente o, atendiendo a la literalidad de la resolución impugnada, de excluirla, fue o no ajustada a derecho por no cumplimentar en plazo, incluido el de subsanación, el requerimiento de la constitución de la garantía definitiva; siendo el sentido de la resolución estimatorio a las pretensiones de la mercantil recurrente, en bases a las siguientes consideraciones:

«[...] En el momento en el que por parte del órgano de contratación se dicta la resolución hoy impugnada, por este se tenía conocimiento no solo de la constitución de la garantía en plazo mediante transferencia al número de cuenta señalado en el anexo I del PCAP, sino de que había sido expedido el resguardo del depósito de la fianza en la Caja General.

Es cierto que la recurrente pudo no actuar con la diligencia debida demorando en exceso la aportación de la acreditación del depósito de la fianza en la Caja General, no siendo motivo suficiente para afirmar lo contrario sus dificultades, como empresa no española, para darse de alta en el sistema del alta a terceros de la Junta de Extremadura, pero también hay que tener en cuenta que la Administración contratante no excluye a la recurrente hasta transcurridos casi 4 meses desde que finalizó el plazo de subsanación concedido, y, como se ha indicado, siendo conocedora en ese momento, de que el requisito no sustancial, sino formal, de la expedición del resguardo del depósito de la fianza, actuación que recordemos no depende del interesado, había sido cumplimentado.

También hay que tener en cuenta que el requerimiento de subsanación, que debe ser fácilmente comprensible para una empresa licitadora, sin dejar atisbo de duda, se realizó, en relación con el asunto que nos ocupa, de la siguiente manera:

«SUBSANACIÓN REQUERIMIENTO DE DOCUMENTACIÓN L3:

Revisada la documentación presentada para cumplir con los requisitos de los artículos 140.1 y 150.2 en el expediente de referencia se les informa que, en el plazo de 3 DÍAS HÁBILES, a contar desde el siguiente al envío de esta comunicación, DEBERÁ aportar para SUBSANAR los defectos encontrados, la documentación que a continuación se detalla:

[...] Haber constituido la garantía definitiva debiendo la misma ser depositada en la Caja de Depósitos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sita en la Consejería de Hacienda y Administración Pública en Mérida, mediante cualquiera de las formas especificadas en los apartados 1.a, 1.b y 1.c del artículo 108 de la LCSP».

Nos encontramos con que no se exige expresamente la aportación, en este trámite, aunque esto pudiera inferirse, del resguardo acreditativo de haber constituido la garantía definitiva en la Caja General de Depósitos, y se vuelve a solicitar la misma documentación y en prácticamente los

mismos términos que en el primer plazo concedido; es decir, se realizó un requerimiento que pudiera ser genérico e incompleto y, en cualquier caso, no totalmente preciso.

En este contexto, haciendo un análisis de conjunto de las actuaciones llevadas a cabo por el licitador, y también la de la propia actuación de la Administración Pública interviniente, no podemos considerar que aquel haya ostentado una voluntad rebelde al cumplimiento del requisito, finalmente realizado, o una actuación tendente al incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 150.2 de la LCSP.

No es ajeno a este órgano que nos encontramos ante un procedimiento competitivo, de manera que el reconocimiento de un plazo extra a favor de alguno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego, en este caso el depósito de la constitución de la garantía definitiva, pudiera considerarse como una ruptura de los principios de no discriminación, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia, y, por consiguiente, contrario a la Ley; sin embargo este hecho, a la vista de las circunstancias concurrentes, no es posible apreciarlo, al menos con la claridad como para desvirtuar la vulneración de los principios de proporcionalidad y concurrencia que se produciría si, en un caso como el analizado, haciendo caso omiso a la interpretación restrictiva que debe imperar a la analizar las causas determinantes de una exclusión, se considerara retirada la oferta de la recurrente, o en este caso literalmente excluida, con los efectos que se derivarían no solo para esta, quien aparte de no poder ser adjudicataria podría ser penalizada o incluso considerada incurso en causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 72.2 a) de la LCSP, sino también para el interés público de la contratación ya que, recordemos, estamos ante la oferta mejor valorada, y todo ello sin olvidar, como exponía el TACRC en su Resolución nº 949/2019, de 14 de agosto, que «[...] en el trámite de aportación de documentación y comprobación de la misma previsto en el artículo 150.2 de la LCSP no hay competencia de la que derive concurrencia alguna con los demás licitadores, pues es individual y exclusivo, [...], por lo que falta el término de comparación admisible, que para la apreciación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, exige como uno de sus requisitos la jurisprudencia constitucional.

Así las cosas, debemos estimar el recurso en el sentido de anular la resolución por la que se excluye la oferta de la recurrente, con retroacción de las actuaciones al momento previo a la citada decisión para que se proceda a su admisión, tras constatarse la emisión del resguardo de constitución de la garantía definitiva por el registro correspondiente.»