



Roj: **STSJ PV 125/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:125**

Id Cendoj: **48020330032017100050**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **24/01/2017**

Nº de Recurso: **246/2015**

Nº de Resolución: **44/2017**

Procedimiento: **Ordinario**

Ponente: **JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 246/2015**

**DE Pro.ordinario**

**SENTENCIA NUMERO 44/2017**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D<sup>a</sup>. MARIA JOSEFA ARTAZA BILBAO

MAGISTRADOS:

D. JOSE ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

D<sup>a</sup>. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En Bilbao, a veinticuatro de enero de dos mil diecisiete.

La Sección 3<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 246/2015 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: Orden dictada el 29 de mayo de 2014 por el Departamento de Hacienda y Finanzas del Gobierno vasco que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial que se reclamaba en concepto de daños y perjuicios derivados de la demora en la eficacia de la adjudicación del contrato de servicios C/02/025/2011 destinado a la cobertura de los servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente de la Comunidad Autónoma originada por el retraso en la tramitación de los recursos administrativos interpuestos.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : AMBUIBERICA S.L., representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. ARANZAZU ALEGRIA GUEREÑU y dirigido por el Letrado D. .

- **DEMANDADA** : ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO, representado y dirigido por el LETRADO DE LOS SERVICIOS JURIDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 13-5-2015 tuvo entrada en esta Sala autos remitidos por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Vitoria - Gasteiz previa declaración de incompetencia para conocer del recusos



contencioso-administrativo. La Procuradora D<sup>a</sup>. Aranzazu Alegria Guereñu por escrito presentado ante esta Sala el 21-4-2015 se personó en representación de la actora; quedando registrado dicho recurso con el número 246/2015.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que estimase los pedimentos de la actora.

**TERCERO.-** En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestime íntegramente la misma y declaración de la conformidad a derecho de la resolución recurrida.

**CUARTO.-** Por Decreto de 23-7-2015 se fijó como cuantía del presente recurso la de 466.673,57 €.

**QUINTO.-** El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

**SEXTO.-** En los escritos de conclusiones, las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SÉPTIMO.-** Por resolución de fecha 19-1-2017 se señaló el pasado día 24-1-2017 para la votación y fallo del presente recurso.

**OCTAVO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna la Orden dictada el 29 de mayo de 2014 por el Departamento de Hacienda y Finanzas del Gobierno vasco que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial que se reclamaba en concepto de daños y perjuicios derivados de la demora en la eficacia de la adjudicación del contrato de servicios C/02/025/2011 destinado a la cobertura de los servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente de la Comunidad Autónoma originada por el retraso en la tramitación de los recursos administrativos interpuestos.

**SEGUNDO.-** El contenido del escrito de demanda se resume en que la actora, tras una primera descripción de los hechos acaecidos en términos sustancialmente asumidos por la demandada, pretende la actora la reparación de los daños y perjuicios que mantiene haber sufrido a causa de la demora en poder comenzar a ejecutar las prestaciones dimanantes del contrato del que había resultado adjudicataria.

Denuncia que los retrasos han afectado a la adjudicación, a la resolución de los recursos especiales en materia de contratación y subsiguientemente al momento de inicio de las prestaciones contractuales.

Mantiene que al momento de presentar su oferta ya había realizado las inversiones necesarias para cumplir el contrato y que llegada la adjudicación los elementos para prestar el servicio se encontraban ya dispuestos para ello.

Limita temporalmente su reclamación desde los 15 días posteriores a aquel en el que debían haberse resuelto los recursos especiales en materia de contratación hasta el momento en el que comenzó a prestar el servicio y lo extiende hasta el momento en el que debiera haber finalizado la prórroga prevista por las Bases.

Como prueba de los daños y perjuicios reclamados se presenta un informe pericial que evidenciaría la realidad de los gastos e inversiones que se reclaman según la contabilidad de la actora y un informe de la compañía que habitualmente le proporciona los vehículos sanitarios a la demandante en el que además de reconocerse tal vinculación comercial se manifiesta que le fue solicitada la disponibilidad de determinado número de vehículos en las fechas que se indican en el informe.

Jurídicamente la demanda se fundamenta en los arts. 129 de la Ley 30-1992 y 46, 47 y 161.2 del Real Decreto Legislativo 3- 2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La demandada se opone en términos que damos por reproducidos y que iremos analizando a lo largo de la exposición.

**TERCERO.-** Una vez que el asunto ha quedado planteado podemos pasar a exponer la solución que nos merece.

3.1 En términos generales son varios los preceptos del RDL 3-2011 en los que se reconoce que el incumplimiento por la Administración de sus obligaciones, sean estas precontractuales o contractuales, dará lugar de haberse causado daños y perjuicios a su reparación. Así el art. 156.5 establece como uno de tales supuestos aquel en el que la Administración incurre en mora en la formalización del contrato, reconociendo de este modo la importancia del respeto de los plazos. Igualmente, ya en la actuación del contrato, el art. 225 responsabiliza a la Administración del resarcimiento de los daños y perjuicios que origine.



Las normas de la Ley 30-1992 resultan de aplicación supletoria respecto de las recogidas en la Ley 3-2011 ex arts. 19 y 48 de esta última.

En el seno del propio recurso especial en materia de contratación el art. 48 de la Ley 3-2011 habilita al Órgano Administrativo de Recursos Contractuales para imponer a la Administración las responsabilidades referidas diciendo además que se procurará el empleo de los criterios previstos en la Ley 30-1992 para el avalúo de los daños y perjuicios.

La reclamación de los daños y perjuicios que hayan podido resultar del funcionamiento del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales, por su parte, ha de tener presente, en primer lugar, que tanto el recurso especial como la exigencia de que se resuelva por un órgano que reúna determinadas cualidades son fruto de la transposición a nuestro ordenamiento por la Ley 34-2010 de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica sustancialmente las anteriores Directivas Comunitarias 89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE de 25 de febrero, que regulaban los recursos en materia de contratación tanto con referencia a los contratos del Sector Público, como con respecto de los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

El recurso debía resolverse con celeridad y respecto del órgano se daba la opción de que o bien se trataba de un órgano jurisdiccional judicial o bien de un órgano administrativo revestido de las características de independencia de criterio, no subordinación jerárquica, objetivo e imparcial.

El Legislador optó por la segunda de las opciones -la Ley autonómica 5/2010 de Presupuestos de la CCAA del País Vasco desarrolla en esta materia las Bases determinadas por la Ley estatal antes referida-, en suma, reteniendo en la propia estructura de Administración el órgano que desde la independencia funcional, objetividad, imparcialidad y no sometimiento a jerarquía, pero integrado en el Departamento de Hacienda y Finanzas por el Decreto autonómico 192-2013, resolvería estos recursos. La Ley 5-2010 también imponía que el órgano fuese convenientemente dotado de medios para la satisfacción de sus atribuciones.

Lo expuesto en absoluto permite calificarlo como un órgano cuasi jurisdiccional sin las precisiones que se dirá, como pretende la demandada. Es un órgano administrativo, integrado en la Administración y sometido a la entonces vigente Ley 30-1992. Es un órgano jurisdiccional no judicial, no se integra en el Poder Judicial ni ejerce las funciones propias de éste, ni le resultan aplicables la LOPJ ni las leyes procesales más que, respecto de estas últimas, en cuanto afecte a la posible intervención en el proceso.

Por lo tanto, no solo está vinculado por los plazos ( art. 47 de la Ley 30-1992 ) sino también por la responsabilidad por los daños que su inobservancia puedan causar, entre otros la demora en la solución de los recursos que se le planteen, de hecho, ya antes apuntamos que la Ley 3-2011 determina la responsabilidad de la Administración por la demora en la adjudicación de contratos dando muestra con ello de la trascendencia que tiene el respeto a los mismos en esta materia en razón a los intereses públicos y en la misma medida económicos que están presentes en su desarrollo. Es cierto que el art. 63.3 de la Ley 30-1992 establece que el mero exceso en el plazo no implica la anulabilidad de la resolución pero igualmente lo es que el art. 139 de la misma nos dice que tanto el funcionamiento normal como el anormal de la Administración pueden dar lugar a la responsabilidad, en suma, el acto será válido pero sin perjuicio de la responsabilidad que pueda resultar, una y otra -validez y responsabilidad- son perfectamente compatibles; habrá que analizar si concurren los restantes presupuestos de la responsabilidad y esto lo haremos en un apartado posterior.

Y si lo anterior, fundado no en disposiciones especiales sino en las generales del Derecho Administrativo, nos permite concluir como hemos hecho, más aún si acudimos a las que específicamente regulan los recursos especiales en materia de contratación, desde las Directivas a la legislación concreta que las transpone, pues si algo destaca en ellas es la necesidad de que las actuaciones se desenvuelvan con rapidez consciente de los enormes intereses económicos presentes.

En cuanto al caso concreto que nos ocupa lo único que se constata es que el procedimiento ha seguido los trámites legalmente pautados -sin respetar los plazos-, no ha habido necesidad de informes complementarios ni se ha acordado la suspensión del plazo al amparo del art. 42 de la Ley 30/1992 , ni el asunto revela una complejidad fuera de la ordinaria ( el Órgano, no se olvide, debe en general resolver los recursos, entre otros, relativos a los contratos de la Administración Autonómica ).

Además la carencia de medios suficientes que se esgrime como defensa por la demandada tampoco puede dar lugar a la exoneración de responsabilidad porque tal carencia, de existir, integraría el concepto de funcionamiento anormal pues la Ley impone a la propia Administración, en la que se integra el Órgano, el dotarle de medios suficientes. En resumen, la propia responsable de la dotación de los medios necesarios para resolver con celeridad y de reparar los daños causados por la insuficiencia de los medios con que se contaba



se estaría escudando en el incumplimiento de la primera obligación citada para eludir su responsabilidad en la segunda, algo, prima facie, absurdo.

El expediente muestra, y así lo reconocen tanto el Órgano Administrativo como la Comisión Jurídica Asesora y la propia demandada, que los plazos se han incumplido pero debemos ceñirnos en virtud al principio de congruencia a los habidos en la tramitación y resolución del recurso especial. El exceso se evidencia a la luz de los hitos esenciales que recoge el expediente y que se asumen por las partes, por lo tanto, en ejecución de Sentencia el expediente se tendrá por iniciado con la entrada en el Órgano Administrativo de los recursos y por finalizado a los 15 días de haberse notificado la resolución del mismo a los intervinientes ( art. 156 de la Ley 3-2011 ). Confrontando estos datos con la duración que para el expediente prevén los arts. 46 y 47 de la Ley 3-2011 hallaremos el exceso en el plazo.

3.2 En cuanto a los daños y perjuicios reclamados también son varias las cuestiones a atender, veamos.

En primer lugar punto de partida importante es tener presente que si durante el desarrollo del contrato el riesgo y ventura del mismo ha de soportarlo el contratante ( art. 215 de la Ley de Contratos ) con más razón habrá de soportar el riesgo propio de su participación en el procedimiento de adjudicación; la intervención es completamente libre y será la empresa quien valore y asuma también libremente los costes y consecuencias que le va a suponer participar y no resultar adjudicataria, es parte de su actividad empresarial el estudiar, analizar los riesgos, los beneficios, las pérdidas, etc que puedan derivarse de la adopción de cualquier iniciativa empresarial para emprender un nuevo negocio entre las que se encuentra la intervención en un procedimiento como el de autos.

Las Bases no exigían que los medios necesarios para cumplir el contrato estuviesen en posesión, ni siquiera que fuesen de su propiedad, de los contendientes en un determinado momento anterior al comienzo de la ejecución del contrato -sí se debe, en el caso la actora, constituir la garantía prevista por el art. 151 de la Ley de Contratos , por lo tanto, en principio, el incumplimiento de los plazos sí dará lugar al resarcimiento por los costes que haya supuesto el mantener durante dicho exceso la garantía definitiva-.

Obviamente los participantes han de garantizar que contarán con los medios necesarios para cumplir el contrato llegado el caso y el momento de tener que hacerlo, ahora bien, estamos hablando de empresarios, son empresas las que toman parte en el procedimiento de adjudicación, conocedoras del sector de la actividad de que se trate y por ello es también lógico que utilizarán aquellos medios que les permitan llegar a contar en su momento con los medios necesarios para cumplir el contrato que no les supongan coste alguno o que este sea el menor posible entre la preparación de oferta y la resolución definitiva del procedimiento.

Dependiendo del sector del comercio o de los servicios de que se trate y de los contratos que la empresa participante en el procedimiento selectivo pueda alcanzar le resultará más o menos factible el poder contar con los medios precisos en el momento exacto de tener que iniciar las prestaciones derivadas del contrato adjudicado y no antes, sin coste alguno previo a este momento o con el que pueda corresponder.

Dicho de otro modo, si resulta que por su propia naturaleza o por exigencias del propio mercado los bienes con que ha de contar el interesado en que se le adjudique el contrato para cumplir las obligaciones dimanantes del mismo le imponen el contratar con terceros la provisión de dichos elementos o adaptar y reservar para el contrato los bienes con que ya contaba entre sus activos, en ambos casos antes incluso de conocer si va a resultar o no adjudicatario, tanto el desistimiento del contrato como la demora administrativa en la adjudicación e inicio de su cumplimiento generará unos costes de los que habrá de resarcir a los perjudicados pues los plazos, obligatorios para la Administración como hemos visto, son fundamentales para calcular la amortización de las inversiones y gastos. Se trataría de daños u perjuicios respecto de los que no existe el deber jurídico de soportar y causalmente ligados a una actuación administrativa anormal.

Ahora bien, esa es solo una de las muchas posibilidades que pueden presentarse y es que razonablemente cabe estimar también que los bienes y servicios con los que se ha de contar para llegado el caso de resultar adjudicatario y el momento de cumplir el contrato pueden encontrarse a disposición del contratista sin que tal disponibilidad le suponga coste alguno. Así, por ejemplo, si se trata de bienes o servicios respecto de los que el stock o el mercado o quienes los oferten -no se olvide la libertad de pactos- permitan al aspirante a contratar con la Administración el tenerlos a su disposición y abonar el coste o el precio tan solo cuando la disponibilidad pase de potencial a real, en suma, cuando efectivamente se entreguen los bienes o ser comience a prestar el servicio. En estos casos al no haber daño ni perjuicio nada habrá de resarcirse.

En el caso, como veremos, nada de esto se demuestra por la actora y por ello no procederá indemnizarle como pretende.

La Ley de Contratos sanciona la demora administrativa, sea previa a la formalización del contrato como la que pueda producirse durante su ejecución, con la indemnización de daños y perjuicios en los arts. 156 , 220 , 223



y 225 entre otros. Y en tanto no varíe los términos del procedimiento de adjudicación o desista del mismo o renuncie a formalizar el contrato ( arts. 155 ), vinculada como está por las Bases y por el texto de la propia Ley, ha de respetar el contenido de ambos pudiendo los interesados reclamar tal observancia, en suma, pueden exigir que se continúe el procedimiento en los términos en que estaba regulado y que, en su caso, se resarzan los daños y perjuicios causados. El hecho de que el art. 161 faculte a los licitadores para retirar su oferta si no se cumplen los plazos de adjudicación no significa que esta sea la única forma de reacción con que cuenten frente a tal incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración -como pretende la demandada- ya que perfectamente pueden, conforme hemos expuesto, no solo continuar sin más en el procedimiento a la espera de lo que pueda resolverse, permanecer y reclamar daños y perjuicios y, lógicamente, retirar su oferta con o sin la reclamación de los daños y perjuicios sufridos.

Ocurre, además, que la interposición del recurso especial suspende automáticamente la adjudicación ( art. 45 ) y tal suspensión no parece que pueda ser alzada de oficio por el propio Órgano pues el art. 46.3 lo que dice es que "en su caso" resolverá sobre la procedencia o no de mantener "la suspensión automática" ( así la califica el propio art. 46.3 en su párrafo segundo ), y suspensión que se mantiene por ministerio de la Ley en tanto no se resuelva su alzamiento mediante resolución expresa. Así pues, el que se deba resolver "en su caso" sobre el mantenimiento o no permite inferir que es necesario para ello que alguno de los interesados haya instado tal levantamiento de la suspensión y que de no haber sido así se mantendrá la misma. En este sentido, las resoluciones del Órgano han de ser congruentes con las pretensiones que los interesados hayan aducido ( arts. 46 y 47 ) y únicamente se le impone alzar de oficio la suspensión si al resolver el recurso ( resolución esta que es inmediatamente ejecutiva ex art. 49 ) aquella aún mantuviese su eficacia ( art. 47.4 del RDL 3-2011 ).

La resolución que extemporáneamente desestima el recurso implica que la adjudicación inicial era conforme a derecho y las consecuencias respecto de la adjudicataria no pueden ser otras que restituirle en aquello a lo que tenía derecho y no ha podido obtener precisamente por la demora en la resolución del recurso, esto es, el beneficio industrial reclamado toda vez que se justifica razonablemente el mismo y el coste de las garantías prestadas durante el tiempo que en exceso sobre el previsto por la Ley se ha dilatado la resolución del recurso especial conforme hemos visto en el apartado anterior.

No procede en cambio resarcimiento alguno por los gastos e inversiones que se reclaman y es que la pericia únicamente evidencia que se han causado pero no que fuese necesario su desembolso durante el período objeto de reclamación. Tampoco el informe de la compañía que dota de vehículos a la actora es prueba suficiente ya que no nos ilustra más que sobre la petición que le efectuó la demandante y que ambas llevan tiempo vinculadas contractualmente. Como antes hemos razonado para reclamar por estas inversiones sería necesario que la actora demostrase que para contar materialmente con estos elementos al momento de dar inicio al contrato resultaba imprescindible que antes de la adjudicación se efectuase la inversión consistente en las reformas de locales y se estipulase un contrato oneroso con los proveedores de vehículos. Queda así la duda, que debía resolver la actora y que al no hacerlo debe cargar con las consecuencias derivadas de la falta de prueba, de si era o no necesaria la reforma de los locales para el contrato en cuestión o si tal inversión puede dar cobertura a los fines propios de la actora y al contrato sin suponer un coste extra, y de si se podía o no obtener la disponibilidad de los vehículos en el mismo momento de comenzar la ejecución del contrato sin necesidad de compromiso y desembolso previo por su parte y, en su caso, de cuáles fueran los términos de estos últimos.

No se demuestra por ello el vínculo causal entre tales desembolsos y la actuación administrativa y al obedecer por ello, al menos así resulta de la falta de prueba referida, a la mera voluntad de la actora tiene esta el deber jurídico de soportarlos.

Debemos añadir en cuanto a su extensión temporal que los daños y perjuicios no pueden incluir los que se hubiesen podido generar durante la prórroga contractual puesto que la misma aparece en las Bases como contingente, como algo que no necesariamente iba a tener lugar, habría o no prórroga dependiendo de las circunstancias pero no se establece la misma en las Bases como necesaria. Por ello cuando la actora dice que las demoras de la demandada han acortado el período de duración del contrato e incluye en este la prórroga está tomando una premisa errónea ya que la prórroga no necesariamente se produciría.

Cabe añadir respecto de la posición actora que analógicamente podría aplicarse el art. 213 de la Ley de Contratos y, de resultar aún factible, el menoscabo que ha sufrido por las demoras la duración del contrato podría haberse suplido mediante el mantenimiento del mismo durante el tiempo necesario para completar lo previsto por las Bases. No obstante, como quiera que la demandada se opone a las pretensiones de la actora sin sugerir siquiera esta opción y que la propia actora tampoco lo hace deberá resolverse la situación planteada a través de la indemnización.



**CUARTO.-** De acuerdo con los arts. 86 y 139 de la LJ no se efectúa condena en costas procesales y se dará acceso al recurso de Casación frente a esta Sentencia.

Ante lo expuesto la Sala

#### FALLA

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso presentado por AMBUIBERICA S.L. contra la Orden dictada el 29 de mayo de 2014 por el Departamento de Hacienda y Finanzas del Gobierno vasco que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial que se reclamaba en concepto de daños y perjuicios derivados de la demora en la eficacia de la adjudicación del contrato de servicios C/02/025/2011 destinado a la cobertura de los servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente de la Comunidad Autónoma originada por el retraso en la tramitación de los recursos administrativos interpuestos y, en consecuencia, deberá la demandada indemnizar a la actora en los daños y perjuicios consistentes en el coste de las garantías y en el beneficio industrial dejado de percibir en ambos casos durante el período de tiempo señalado en el Fundamento de Derecho 3.1 y en las cuantías que refleja la prueba pericial de la demandante.

Cada litigante soportará las costas procesales generadas a su instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** ( artículo 89.1 LJCA ), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0246 15, un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15ª LOPJ ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.