

## DOCTRINA DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE CATALUÑA: JULIO-DICIEMBRE DE 2008

Por

ORIOL MIR PUIGPELAT Y ÒLIVER GARCÍA MUÑOZ  
Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

Revistas@iustel.com

*Revista General de Derecho Administrativo* 21 (2009)

SUMARIO: **I. Disposiciones generales:** 1. Proyecto de decreto por el cual se regulan los ámbitos funcionales en la Administración de la Generalidad de Cataluña. 2. Proyecto de reglamento del Registro de solicitantes de viviendas con protección oficial de Barcelona. 3. Proyecto de decreto por el cual se establecen los plazos máximos de acceso a determinadas pruebas diagnósticas a cargo del Servicio Catalán de la Salud. – **II. Responsabilidad patrimonial:** 1. Daños derivados de intervenciones arqueológicas. 2. Daños derivados de la anulación en vía judicial de autorizaciones relativas a la instalación de una gasolinera. 3. Reclamación de responsabilidad por la inactividad de la Administración de la Generalidad en los asuntos Afinsa y Forum Filatélico. 4. Lucro cesante y otros daños sufridos por comercios adyacentes como consecuencia de la construcción de obras públicas. 5. Reclamación por muerte en centro penitenciario. 6. Reclamación de responsabilidad por anulación de denegación de licencia urbanística. – **III. Revisión de oficio:** 1. Revisión de oficio del reconocimiento de servicios prestados a efectos del cómputo de trienios de una funcionaria docente. 2. Revisión de oficio de autorizaciones de máquinas recreativas obtenidas mediante silencio positivo. – **IV. Contratación administrativa:** 1. Resolución del contrato de compraventa de una finca parcialmente municipal. 2. Resolución de contrato de consultoría y asistencia.

La Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, a lo largo del año 2008, ha emitido 330 dictámenes sobre las distintas materias de su competencia. Próximamente se encontrará disponible en la web de dicha institución (<http://cja.gencat.cat>) la *Memoria de actividades 2008*, ya aprobada y elevada al Gobierno catalán, en la que se destacan y contextualizan los aspectos más relevantes de la doctrina de la Comisión en el período por ella comprendido.

En la presente crónica se dará breve cuenta de algunos de los dictámenes más significativos emitidos por la Comisión en el segundo semestre de dicho año. Puede accederse al texto completo de los dictámenes aquí resumidos a través de la web de la Comisión.

## **I. DISPOSICIONES GENERALES**

### **1. Proyecto de decreto por el cual se regulan los ámbitos funcionales en la Administración de la Generalidad de Cataluña**

El Departamento de Gobernación y Administraciones Públicas de la Generalidad de Cataluña somete al dictamen de la Comisión Jurídica Asesora un proyecto de decreto por el cual se regulan los ámbitos funcionales en la Administración de la Generalidad de Cataluña, en desarrollo del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el cual se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública.

En su Dictamen 228/08, la Comisión considera que los ámbitos funcionales, como agrupaciones de puestos de trabajo, no quedan sujetos a reserva de ley según el Estatuto básico del empleado público (artículo 73.3). En cualquier caso, su regulación cuenta en Cataluña con la cobertura que en este punto confería ya el citado Decreto Legislativo.

La Comisión, en cambio, formula una observación esencial en relación con el artículo 7.4 del Proyecto, precepto reglamentario *contra legem* al entrar en contradicción con lo establecido en el artículo 61 del Decreto Legislativo 1/1997: mientras el Proyecto establece que para la provisión de puestos adscritos a un ámbito funcional se puede exigir la superación de una prueba o de un curso específico, la norma legal habilitante prevé el concurso y la libre designación como únicos medios para proveer puestos de trabajo.

### **2. Proyecto de reglamento del Registro de solicitantes de viviendas con protección oficial de Barcelona**

El Dictamen 304/08 tiene por objeto el Proyecto de reglamento elaborado por el Consorcio de la Vivienda de Barcelona, ente consorcial formado por la Generalidad de Cataluña y el Ayuntamiento de Barcelona al amparo de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta municipal de Barcelona.

Esta ley atribuye potestad reglamentaria al referido consorcio y contiene el mandato de establecer por reglamento los criterios de selección y de acceso a la vivienda pública en la ciudad de Barcelona, competencia que comprende sin duda el Registro de solicitantes y los procedimientos de adjudicación. El marco legal del Proyecto se completa con el artículo 26 del Estatuto de autonomía de Cataluña, que reconoce el derecho a una vivienda digna a las personas que no disponen de recursos suficientes, y la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. El Título V de

esta última ley establece el marco normativo de la protección pública de la vivienda y regula, entre otros aspectos, el Registro de solicitantes de este tipo de vivienda, creado en la ley como requisito imprescindible para poder ser sujeto adjudicatario, salvo las adjudicaciones por razón de emergencia: se trata de un registro administrativo compuesto por los registros municipales y el registro que subsidiariamente establezca el departamento de la Generalidad competente en materia de vivienda; la disposición adicional vigésima segunda de la ley prevé la competencia del Consorcio para regular por reglamento el Registro.

En el dictamen, la Comisión formula algunas observaciones de relieve sobre el procedimiento de elaboración de esta norma reglamentaria. En primer lugar, la Comisión señala que, como el Proyecto prevé la creación de un fichero con datos personales y establece su régimen de gestión, resulta preceptivo el informe de la Agencia Catalana de Protección de Datos, que no consta en el expediente. En caso de que de esta intervención se dedujeran alteraciones sustanciales, el Proyecto se tendría que remitir de nuevo a dictamen de la Comisión. Por otra parte, aunque se han cumplido las previsiones documentales y procedimentales en la tramitación de la norma y se ha sometido el Proyecto al trámite de información pública correspondiente, la documentación se ha incorporado al expediente con posterioridad a la participación ciudadana. Reiterando una doctrina consolidada, la Comisión observa que los expedientes deben estar debidamente cumplimentados en el momento de iniciarse los trámites de audiencia e información pública, con el fin de garantizar que los interesados conozcan de una manera completa las razones y consecuencias jurídicas de la norma.

Las observaciones alcanzan también al contenido sustantivo del Proyecto. Entre ellas destaca la relativa a su artículo 7, que requiere residir y estar empadronado en la ciudad de Barcelona para inscribirse en el Registro, la Comisión entiende que, aunque la Ley del derecho a la vivienda requiere sólo residir “en un municipio de Cataluña”, permite que la entidad promotora decida introducir este requisito expresamente para una promoción específica. Pero ello debe efectuarse sin superar un determinado porcentaje de viviendas, justificando su reserva y remitiendo al Plan Territorial Sectorial de Vivienda (remisión que podría entenderse resuelta en el presente caso por el Reglamento del Consorcio). La Comisión considera que conviene revisar la regulación propuesta, ya que el establecimiento de reservas no puede agotar las alternativas de adjudicación (las reservas en razón de empadronamiento no pueden ser totales) y debe ser objeto de una motivación detenida.

### **3. Proyecto de decreto por el cual se establecen los plazos máximos de acceso a determinadas pruebas diagnósticas a cargo del Servicio Catalán de la Salud**

El Dictamen 307/08 versa sobre el Proyecto de decreto por el cual se establecen los plazos máximos de acceso a determinadas pruebas diagnósticas a cargo del Servicio Catalán de la Salud. El Proyecto, dictado en ejercicio de la competencia compartida de la Generalidad en materia de sanidad (artículo 162.3 a) del Estatuto de autonomía de Cataluña), parte del desequilibrio existente entre la provisión de servicios sanitarios y su demanda, y tiene como finalidad última garantizar a los beneficiarios de la asistencia sanitaria un plazo máximo para determinadas pruebas diagnósticas. El Proyecto tiene como precedente el Decreto 352/2002, de 24 de diciembre, que fija un plazo máximo de acceso a determinados procedimientos quirúrgicos, y desarrolla lo dispuesto por la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, según la cual los ciudadanos tienen derecho a percibir asistencia sanitaria en un tiempo máximo, siendo las comunidades autónomas las que tienen que definir este tiempo máximo de acceso a su cartera de servicios.

El Proyecto, partiendo de la base de que el sistema de listas de espera no afecta a las situaciones de urgencia, enumera las trece pruebas diagnósticas objeto de garantía y fija el plazo máximo de espera garantizado para cada una de ellas, cuyo cómputo se inicia desde la fecha de inclusión en el Registro de listas de espera. También define el concepto de pruebas diagnósticas, excluye expresamente de su ámbito las exploraciones de control o seguimiento y las de *screening* (cribado), regula los procedimientos de información sobre la situación de las listas y de garantía de la realización de la prueba una vez transcurrido el plazo máximo, así como los supuestos de suspensión de los plazos.

Entre las distintas observaciones efectuadas por la Comisión destaca la relativa a las consecuencias que la aprobación del decreto tendrá sobre los contratos suscritos por la Administración para la prestación de asistencia sanitaria. Según su disposición adicional primera, el incumplimiento injustificado de los plazos fijados en el decreto por parte de las entidades con las cuales el Servicio Catalán de la Salud haya concluido el correspondiente contrato o convenio constituirá una infracción contractual grave. En opinión de la Comisión, el establecimiento de penalizaciones por incumplimiento o cumplimiento defectuoso tiene amparo legal en la normativa estatal sobre contratos del sector público, así como en los pliegos de cláusulas de los contratos vigentes en el sector sanitario. Sin embargo, considera oportuno que se proteja la nueva garantía que se incorpora tipificándola como falta autónoma y específica dentro del elenco de faltas contenidas en los pliegos de cláusulas actualmente existentes.

## **II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

### **1. Daños derivados de intervenciones arqueológicas**

En el expediente que ha dado lugar al Dictamen 34/08, la entidad interesada reclamó por los gastos adicionales que supuso la excesiva duración de la intervención arqueológica urgente que llevó a cabo la Dirección General de Patrimonio Cultural en su propiedad, así como el coste de las intervenciones arqueológicas preventivas, la modificación del proyecto técnico inicial de obras, los superiores costes de financiación, la adquisición de nuevo material y de personal, la reducción de la superficie para construir y las indemnizaciones abonadas y a abonar con motivo de la rescisión de algunos contratos de compraventa.

Con respecto a la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas derivada de daños y a la conexión con la concepción social del derecho de la propiedad, la Comisión expone que el derecho a la propiedad privada o dominical otorga un conjunto de facultades individuales al titular; no obstante, esta definición es compatible con la concepción social del derecho (artículo 33 de la Constitución española), que integra en su contenido un conjunto de derechos y deberes legalmente definidos en atención a los intereses generales, es decir, a la función o utilidad sociales que el bien objeto del derecho es llamado a satisfacer. Por lo tanto, el contenido legalmente limitado del derecho de la propiedad, en atención a la función social como elemento estructural definidor, pone de manifiesto que las limitaciones impuestas por el ordenamiento no pueden constituir suficiente título de imputación generador de un derecho a indemnización, dado que la función social constituye un elemento inherente o integrante del mismo derecho y no un mero límite externo en su definición o ejercicio (STC 37/1987, de 26 de marzo).

En relación con la doctrina de las vinculaciones singulares, el artículo 11.2 de la Ley de patrimonio cultural de Cataluña prevé un supuesto excepcional indemnizable, que hay que entender, pues, como una limitación específica en el ejercicio del derecho de propiedad y, por lo tanto, no integrante en el contenido normal; se trata del cambio o de la paralización de un uso preexistente en un inmueble que se declare, *ex novo*, bien cultural de interés nacional. La Comisión concluye que los hechos objeto de reclamación no pueden encuadrarse en esta excepción, ya que no se cumple ninguno de los dos requisitos exigidos para su concurrencia: los restos arqueológicos ya habían sido declarados bien cultural de interés nacional con anterioridad, y las limitaciones se referían a un edificio por construir, no a un cambio de uso del mismo bien cultural declarado de interés nacional.

## **2. Daños derivados de la anulación en vía judicial de autorizaciones relativas a la instalación de una gasolinera**

La Diputación de Barcelona y el Ayuntamiento de Navarcles otorgaron autorización de construcción y licencias de obras y actividades para construir una gasolinera en el término municipal del segundo. Una vez transcurridos cuatro años, y después de que el interesado hubiera ejecutado su instalación, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña anuló las tres autorizaciones por entender que comportaban un incumplimiento de las preceptivas distancias en materia de seguridad vial. El Tribunal Supremo confirmó la decisión judicial, cuya ejecución implicó cerrar la estación de servicio, así como derribar la instalación. El interesado interpuso sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante ambas Administraciones. Solicitada por el Ayuntamiento asistencia jurídica a la Diputación, ésta decidió acumular ambos expedientes a la vista de la identidad de las reclamaciones y formular una sola petición de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora, si bien cada Administración deberá adoptar la resolución final pertinente.

En su Dictamen 173/08, la Comisión se muestra contraria a la reclamación de responsabilidad patrimonial. A su juicio, la desestimación propuesta por la Administración es procedente, tal como se fundamenta en diversas sentencias del Tribunal Supremo, porque falta la antijuridicidad del daño. Aunque genere siempre algún perjuicio, no toda anulación administrativa o judicial da derecho a indemnización. Para el nacimiento de responsabilidad patrimonial, en estos casos, es necesario que la Administración cause el daño a raíz de una “desatención normativa flagrante”, es decir, siempre que se anulen actos administrativos que contengan una declaración de derechos “claramente contraria a la normativa vigente”. El requisito de la antijuridicidad, en el caso de anulaciones de autorizaciones, reviste características especiales, puesto que se conceden a instancia de parte y significan que la Administración tiene que verificar un proyecto presentado por el propio particular. Por otro lado, la Comisión considera que los daños alegados no han sido suficientemente acreditados, ya que el lucro cesante o pérdida de ganancias económicas constituye un daño evaluable, real y efectivo y, por lo tanto, indemnizable únicamente en caso de que se pruebe que la futura obtención de beneficios era cierta y no una simple posibilidad, expectativa, hipótesis, eventualidad o contingencia.

### **3. Reclamación de responsabilidad por la inactividad de la Administración de la Generalidad en los asuntos Afinsa y Forum Filatélico**

Una asociación de afectados asturiana y otros afectados interpusieron reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante el Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad por el detrimento económico que entendían producido en sus inversiones en bienes tangibles en las entidades F. F. y A. B. T., S. A., con quienes firmaron contratos de venta, depósito y compromiso de recompra de sellos con rentabilidad garantizada.

Los daños se atribuyen tanto a una falta de control e intervención (inspección y sanción) de las referidas sociedades de inversión por parte de la Administración de la Generalidad, como a una falta de regulación legal y/o reglamentaria de su actividad.

La Comisión, en su Dictamen 211/08, analiza los títulos de imputación de daños alegados por los reclamantes y concluye que no es procedente atribuir responsabilidad a la Administración de la Generalidad por falta de relación de causalidad entre el daño alegado y las competencias de la Agencia Catalana de Consumo.

Con respecto al primero de los títulos de imputación alegados, consistente en la infracción del deber de la Agencia Catalana de Consumo de ejercer potestades de control, intervención y sanción, la Comisión concluye que esta agencia tiene competencia de control en materia de contratación, publicidad, documentación e información, pero no en la de control económico y financiero sobre las entidades. Además, destaca que las entidades tienen sus domicilios sociales en otra comunidad autónoma (Madrid) y que el hecho de que realizaran sólo parte de su actividad en el ámbito territorial de Cataluña no habilita suficientemente a la Generalidad para ejercer las competencias ejecutivas en materia de protección de los consumidores y usuarios; entender lo contrario llevaría a un control fragmentado no operativo, cuando éste debe ser en este caso uniforme, de gestión centralizada o unitario, por parte de la Administración estatal.

Con respecto a la imputación basada en la inactividad legislativa catalana sobre las sociedades de inversión en bienes tangibles, la Comisión concluye que esta materia, en la que confluyen varios títulos competenciales, se halla regulada por una normativa estatal que se ha revelado insuficiente (Ley estatal 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, derogada por la Ley estatal 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con restitución de precio), lo cual no implica responsabilidad imputable a la Generalidad, ya que la normativa estatal no requiere necesariamente un desarrollo normativo, sin que quedara por lo tanto reservada a desarrollo reglamentario la obligación de las entidades de informar sobre su situación económica; es más, de acuerdo con el principio de reserva legal, un reglamento no puede imponer nuevas cargas, deberes ni sanciones no previstos en la ley.

En último término, la Comisión alude en su argumentación a la inexistencia de denuncias por parte de los reclamantes sobre las actividades de las entidades de inversión referidas, así como a la situación inherente de riesgo voluntariamente aceptada por los inversores en cualquier actividad de estas características.

#### **4. Lucro cesante y otros daños sufridos por comercios adyacentes como consecuencia de la construcción de obras públicas**

El representante de la sociedad interesada, titular de un aparcamiento, instó reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas, en el marco de una relación contractual que vincula a la Administración pública con la empresa adjudicataria de las obras ejecutadas en el vestíbulo de la estación de la calle Provenza de Barcelona de los Ferrocarriles de la Generalidad de Cataluña.

La Comisión, en su Dictamen 259/08, informa desfavorablemente la reclamación. Justifica la desestimación, en primer lugar, en la falta del requisito de antijuridicidad de los daños alegados por la entidad, como consecuencia de la disminución de la facturación por la menor afluencia de vehículos a la zona en obras. Como en otros casos similares, la Comisión tiene en cuenta la naturaleza de la perturbación, su duración y las medidas adoptadas por la Administración para minimizarla, y concluye que la actuación administrativa ha sido legítima y no ha excedido el nivel de tolerabilidad, ni ha sobrepasado los límites de inobservancia exigibles, ni ha roto el principio de proporcionalidad, de modo que no procede considerar que exista un sacrificio especial indemnizable. Como fundamento de esta carga genérica del reclamante de soportar los perjuicios de las obras públicas, la Comisión entiende probado el cumplimiento por parte de la Administración del deber de mantener informados en todo momento a los comerciantes y vecinos sobre la ejecución y consecuencias de las obras, debidamente señalizadas y publicadas, incluso en la prensa; no se ha privado totalmente el acceso al aparcamiento (al cual se podía acceder igualmente por otra entrada) y, además, las perturbaciones sufridas se podrán ver sustituidas en el futuro, con la finalización de las obras mencionadas, por un beneficio específico.

En segundo lugar, con respecto a la merma de ingresos o lucro cesante sobre la que el interesado fundamenta la reclamación, la Comisión entiende que esta disminución no se ha acreditado de forma fehaciente con los documentos y alegaciones presentados: “ni el análisis económico documental aportado por una consultoría, ni la facturación contable, son documentos que lleguen a tener suficiente fuerza probatoria”; debería haberse aportado, además, documentación oficial que permitiera presumir la certeza de los datos.

#### **5. Reclamación por muerte en centro penitenciario**

En el Dictamen 276/08 la Comisión informa desfavorablemente la reclamación por la muerte de un recluso en el Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona. El recluso



fue encontrado inconsciente en la celda a las 9.30 h y fue trasladado inmediatamente al Hospital Clínico y Provincial de Barcelona, donde murió a las 10.30 h por una insuficiencia respiratoria aguda derivada de una sobredosis de heroína. El reclamante imputa la responsabilidad patrimonial a un funcionamiento anormal del servicio penitenciario por omisión de los funcionarios del centro, que según el interesado incurrieron en culpa *in vigilando* al no atender la reclamación de auxilio de los compañeros de celda del interno difunto cuando, a las 5 h de la madrugada, golpearon la puerta de la celda y llamaron al personal penitenciario al observar el grave estado de salud que presentaba. En relación con los mismos hechos se siguieron diligencias previas, que por Auto acordaron el archivo del caso por falta de indicios suficientes de comisión de ilícito penal. La Comisión recuerda que las actuaciones penales interrumpen el plazo legal de prescripción de un año para interponer la reclamación de responsabilidad patrimonial, la cual, por lo tanto, fue oportuna en el presente caso.

El fundamento de la desestimación de responsabilidad radica en la falta de acreditación suficiente del pretendido funcionamiento anormal de los servicios penitenciarios: esta pretensión tiene como único apoyo probatorio una de las declaraciones de los compañeros de celda del finado, según la cual, éstos, al darse cuenta del grave estado de salud del recluso, cuatro horas antes del momento en que la víctima fue encontrada inconsciente, solicitaron auxilio al personal del centro, que fue desatendido. Según se desprende del expediente, esta declaración se contradice con la primera declaración de los testigos, en la cual no hicieron alusión a ningún tipo de solicitud de auxilio previo.

Por otra parte, y con respecto al deber de evitar la circulación de sustancias estupefacientes en centros de su competencia, la Comisión manifiesta que este deber en todo caso se tiene que coordinar con las finalidades constitucionales propias del sistema penitenciario, que impiden concebir sus establecimientos de una manera aislada del entorno social. En esta línea, el Consejo de Estado, en el Dictamen 2909/06, entendió ya que “la existencia de una cantidad indeterminada de droga en poder de los internos no representa, por sí sola, una evidencia del funcionamiento anormal de los controles correspondientes”.

La Comisión destaca asimismo la inmediata actuación del personal penitenciario, así como de los servicios sanitarios, lo cual, junto al resto de evidencias, permite concluir que los hechos fueron consecuencia única y exclusivamente de la voluntad libre del difunto.

## **6. Reclamación de responsabilidad por anulación de denegación de licencia urbanística**

En el Dictamen 286/08, la Comisión informa desfavorablemente la reclamación instada por la entidad interesada contra el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas, con motivo de la anulación judicial de un acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona que comportó la denegación de una licencia: la entidad reclamante había solicitado una licencia de utilización provisional para usos recreativos y de ocio en el edificio que ocupaba en calidad de arrendataria, situado en Malgrat de Mar. Teniendo en cuenta que el edificio en cuestión se encontraba fuera de ordenación a raíz de un nuevo plan aprobado, y que el uso provisional que se solicitaba podría dificultar la ejecución de este nuevo plan, la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona emitió un informe vinculante contrario a la concesión de la licencia, lo cual condujo necesariamente a la correspondiente resolución administrativa denegatoria de la licencia para el uso provisional. Un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sociedad interesada contra la denegación de la licencia y declaró la nulidad del acuerdo (informe) de la Comisión Territorial de Urbanismo impugnado.

La Comisión Jurídica Asesora considera, en primer lugar, que la acción resarcitoria ha prescrito, al haber transcurrido más de un año desde la firmeza de la sentencia judicial anulatoria.

La misma conclusión desestimatoria debe alcanzarse si se entra en el fondo del asunto. Suscribiendo la “doctrina del margen de tolerancia” manejada por el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad por anulación de actos administrativos, la Comisión sostiene que dicha anulación, en el caso de actos discrecionales, sólo motivará la declaración de responsabilidad de la Administración cuando ésta haya incurrido en una “flagrante desatención normativa”, y no en cualquier incumplimiento legal. En el supuesto considerado, no se trataba de una licencia urbanística definitiva u ordinaria, de carácter esencialmente reglado, sino de una licencia de usos provisionales en cuya concesión la Administración disponía de un amplio margen de discrecionalidad; el plan general antiguo no regulaba los usos provisionales transitorios, por lo que la Comisión de Urbanismo tuvo que pronunciarse, dentro de un espacio de libre apreciación otorgado por la ley, sobre la compatibilidad entre el uso solicitado y la ejecución del planeamiento. La Comisión de Urbanismo efectuó una “interpretación objetiva” diferente de la llevada a cabo por la sentencia posterior anulatoria, pero no incurrió en ninguna “desatención normativa flagrante”, por lo que debe negarse la antijuridicidad del daño y el nacimiento de la correspondiente responsabilidad patrimonial.

### **III. REVISIÓN DE OFICIO**

#### **1. Revisión de oficio del reconocimiento de servicios prestados a efectos del cómputo de trienios de una funcionaria docente**

El 20 de noviembre de 2007 el director de los Servicios Territoriales propuso iniciar un expediente de revisión de oficio de la Resolución de 26 de noviembre de 1984, por la que la directora general de Enseñanza Primaria elevó a definitiva la Resolución provisional que reconocía a una funcionaria docente los servicios prestados en la Administración pública a efectos del cómputo de trienios. Entre tales servicios se tuvieron en cuenta, por error, servicios prestados por la funcionaria como interina del 7 de septiembre de 1976 al 31 de agosto de 1977, cuando, en realidad, y de acuerdo con el certificado emitido por el Gobierno de Aragón el 10 de septiembre de 2007, durante los periodos comprendidos entre el 9 y el 24 de febrero de 1977 y entre el 1 de julio y el 31 de agosto de 1977 la interesada no se encontró en situación de servicio activo ni en ninguna otra situación administrativa asimilada.

Reiterando lo señalado en casos similares, la Comisión considera en el Dictamen 213/08 que la resolución objeto de revisión de oficio incurre en la causa de nulidad de pleno derecho contenida en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992. Tras recordar su doctrina restrictiva relativa a dicho precepto, con la que trata de evitarse que la nulidad desplace a la anulabilidad como efecto general de la invalidez de los actos administrativos, en detrimento de la debida seguridad jurídica, la Comisión sostiene que el cumplimiento del elemento temporal constituye un requisito esencial determinante del nacimiento del derecho al reconocimiento de trienios. Como el incumplimiento del elemento temporal afecta sólo a determinados periodos y no al resto de servicios reconocidos por la resolución objeto de revisión, la Comisión, en aplicación de la regla de la no transmisibilidad de la invalidez contenida en el artículo 64.2 de la Ley 30/1992, declara que la nulidad del acto no es total, sino parcial.

#### **2. Revisión de oficio de autorizaciones de máquinas recreativas obtenidas mediante silencio positivo**

El administrador de las entidades interesadas solicitó la autorización de los permisos de explotación de quince máquinas recreativas y de azar y de instalación en establecimientos de hostelería. El jefe del Servicio de Gestión y Autorizaciones comunicó informalmente al solicitante que tal autorización era improcedente, pero el interesado, a falta de una resolución expresa al respecto, reiteró la solicitud; finalmente, el director general de Juego y Espectáculos resolvió denegar la autorización. El interesado

interpuso recurso de alzada y posterior recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria, al entender que la solicitud ya había sido previamente estimada por silencio positivo y que, por tanto, la resolución expresa recurrida era improcedente. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó el recurso, considerando que la autorización había sido obtenida mediante silencio administrativo, sin perjuicio de las potestades de revisión de oficio del acto presunto que correspondían a la Administración. En virtud de dicho pronunciamiento, el consejero de Interior, Relaciones Institucionales y Participación acordó iniciar un procedimiento de revisión con el fin de declarar la nulidad de pleno derecho del acto presunto.

El Dictamen 229/08 se muestra favorable a la revisión de oficio: la estimación presunta de la autorización vulnera el Decreto 66/1995, de 7 de marzo, que limitaba el número de máquinas de tipo B no especiales para salas de juego, susceptibles de ser instaladas en bares y restaurantes, al permitir únicamente su instalación y explotación en establecimientos de hostelería en sustitución de otras de las mismas características que se encontraran de alta en el momento de su entrada en vigor. Como el solicitante solicitaba autorización para explotar máquinas tipo B no procedentes de recambios o sustituciones, la Comisión concluye que el acto presunto incurre en el vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, al faltar los requisitos esenciales, determinantes para la adquisición del derecho a obtener la autorización. El pronunciamiento judicial no es impeditivo de la nulidad declarada a través del procedimiento de revisión de oficio, ya que no decide sobre el fondo del asunto y se limita a constatar la existencia de silencio positivo. Tampoco se han vulnerado los límites de equidad, buena fe y legalidad impuestos por el artículo 106 de la Ley 30/1992: aunque haya transcurrido un periodo de tiempo considerable desde la solicitud inicial, debe tenerse en cuenta la incidencia del proceso contencioso-administrativo y el hecho de que la Administración –que había mantenido en todo momento un criterio contrario a la concesión de las autorizaciones solicitadas– haya iniciado el procedimiento de revisión en un lapso razonable de cuatro meses desde su finalización.

#### **IV. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

##### **1. Resolución del contrato de compraventa de una finca parcialmente municipal**

El Ayuntamiento de Salou incoó un expediente para la venta, mediante subasta, de una finca de la que era copropietario. Un 54,34% de la finca pertenecía al Ayuntamiento, en virtud de la cesión del 10% del aprovechamiento urbanístico derivado del Proyecto de reparcelación del sector; el resto de la superficie era de propiedad de seis empresas privadas que otorgaron el oportuno apoderamiento notarial en favor del Ayuntamiento

para la enajenación conjunta de todas las participaciones dominicales. Después de que el contrato se hubiera adjudicado a la entidad L. P. I., S. L. y de que el Ayuntamiento emplazara tanto a la adjudicataria como a las entidades copropietarias para formalizar el contrato en escritura notarial, de acuerdo con el pliego de condiciones económico-administrativas, la adjudicataria comunicó al Ayuntamiento que resolvía la venta por considerar que había vicios ocultos consistentes en la falta de suficiente apoderamiento a favor de la entidad local, en la existencia de hipotecas no canceladas sobre la finca y en las deudas pendientes de la Junta de Compensación. Posteriormente, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento acordó incoar un expediente de resolución del contrato por incumplimiento imputable a la adjudicataria de la obligación de elevar y formalizar la escritura pública de compraventa, con incautación de la garantía provisional y reclamación de la correspondiente indemnización. Ante la oposición de la entidad adjudicataria, la entidad municipal solicitó dictamen a la Comisión Jurídica Asesora.

En dicho dictamen (246/08), la Comisión se muestra favorable a la resolución contractual. Pese a que tal y como expresamente reconoce el propio pliego de cláusulas contractuales, el contrato sea de naturaleza privada, procede su resolución en vía administrativa por la conexión que la causa que la motiva –la falta injustificada de formalización del contrato– tiene con el acto administrativo separable de adjudicación. En cuanto a la procedencia de la resolución por la falta de formalización, no sólo se deriva de la legislación de contratos de la Administración, sino que es prevista expresamente por el propio pliego de cláusulas, libremente aceptado por la entidad adjudicataria, sin que ninguna de las circunstancias alegadas por ésta pueda servir de justificación e impedir aquella resolución: ni las cargas sobre la finca ni los gastos pendientes de pago de la urbanización constituyen vicios ocultos que motiven su incomparecencia, puesto que aquellas cargas se encontraban debidamente inscritas y el propio contrato preveía que la adjudicataria “deberá hacerse cargo de la totalidad de los gastos de urbanización de la finca”; por otra parte, si bien es cierta la falta del apoderamiento a favor del Ayuntamiento por el transcurso del tiempo, nada impide que los copropietarios de la finca, debidamente convocados a la formalización contractual, actúen en nombre propio y subsanen dicho defecto. Del expediente se infiere que la causa real de la incomparecencia de la entidad al acto de formalización fueron dificultades sobrevenidas en la obtención de la financiación necesaria para hacer frente al pago de la finca.

## **2. Resolución de contrato de consultoría y asistencia**

El Ayuntamiento de Sant Carles de la Ràpita adjudicó un contrato de consultoría y asistencia a una determinada entidad con el objeto de confeccionar un inventario municipal de bienes e incorporarlo al sistema informático de la Corporación, que se tenía

que ejecutar en un plazo de cuatro meses. La entidad contratista se demoró en la entrega del inventario y, además, según la entidad contratante, incumplió diversas obligaciones esenciales del contrato, relativas al deber de descargar los datos del inventario en el sistema informático municipal y al deber de cumplir con la normativa catalana vigente a la hora de hacer el inventario, dado que el documento no recogía el resumen total de los epígrafes, no identificaba individualizadamente los bienes integrantes y constaban errores de valoración y descripción de bienes. En atención a la demora y a los incumplimientos, el Ayuntamiento decidió resolver el contrato sin requerir al contratista para enmendar los defectos y contrató los servicios de otra empresa informática para llevar a cabo las tareas inacabadas. En las alegaciones, el contratista manifiesta, por un lado, que el Ayuntamiento había recibido el inventario sin formular objeciones y que en ningún momento le informó de los errores, los cuales podrían haberse enmendado en tiempo y forma; por otro, el interesado expone que los problemas posteriores en que se fundamenta el incumplimiento contractual no le son imputables, ya que se había facilitado una versión anterior de la aplicación informática de gestión del patrimonio del Ayuntamiento, lo cual determinó los errores en el proceso de descarga de datos.

En relación con las dos causas que fundamentan la resolución contractual, el Dictamen 319/08 de la Comisión estima evidente el retraso en el cumplimiento, pero al mismo tiempo considera que el retraso no puede ser en ningún caso determinante de un incumplimiento que habilite a la Administración contratante a resolver el contrato, puesto que el ente público aceptó la entrega del inventario y esta aceptación impide poder invocar el retraso como determinante de un incumplimiento contractual que justifique su resolución. De acuerdo con los artículos 203 y 204 de la Ley de contratos de la Administración pública a la sazón vigente, y en relación a las incidencias en la ejecución del contrato que determinan su incumplimiento, la Comisión concluye que el ejercicio de la prerrogativa administrativa de resolución contractual no se ha ajustado al ordenamiento jurídico, puesto que no se ha acreditado ninguna actuación por parte del Ayuntamiento dirigida a poner en conocimiento del contratista los defectos en los trabajos recibidos ni a darle ningún plazo para enmendarlos. Todo lo contrario: el Ayuntamiento ha optado automáticamente por la resolución contractual de forma improcedente, ya que el otorgamiento al contratista de la posibilidad de enmendar las carencias detectadas no se configura en la normativa como una alternativa a la resolución, sino como un requisito previo de esta forma de extinción del contrato. La resolución sólo será posible en caso de que el contratista no enmiende los vicios constitutivos de incumplimiento.