

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

VI. CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Contrato de arrendamiento de servicios. Redacción de Proyecto de planeamiento. Valor de la aprobación definitiva. Retraso de esta por la Administración que en la demora deniega la aprobación definitiva del contrato.

PRIMERO

La Sentencia apelada, de fecha 2 de mayo de 2017, declara conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada y desestima la demanda formulada.

Se impugnó en la instancia la desestimación por silencio administrativo de la reclamación presentada Asitec Ingeniería, Urbanismo y Medio Ambiente SL, el día 16 de septiembre de 2014 ante el Ayuntamiento de Ogíjares del pago del importe de honorarios profesionales derivados del contrato de arrendamiento de servicios de 24 de abril de 2006 consistente en la redacción de proyectos técnicos necesarios para el desarrollo del suelo urbanizable de uso industrial del Plan General de Ordenación Urbana de Ogíjares.

Argumenta la Sentencia apelada que la Administración local abonó a la mercantil una factura por importe de 34.334,49 euros en concepto de parte proporcional del plan de sectorización del sector industrial de Ogíjares conforme al contrato cuando se produjo la aprobación provisional, y que la cantidad reclamada en esta apelación por importe de 26.997,50 euros más IVA, nacerá cuando se realice la aprobación definitiva de la ordenación pormenorizada del plan de sectorización, de forma que la obligación de pago nace en virtud de contrato en el momento de la aprobación definitiva y no antes, y que según certificado del secretario del Ayuntamiento de Ogíjares de 4 de abril de 2016 no se había producido la aprobación definitiva.

SEGUNDO

La parte apelante considera infringido el artículo 1.544 del Código Civil (LEG 1889, 27), en relación con los artículos 1.281 y siguientes, y entiende que hay error en la valoración de la prueba, ya que el contrato por el que se

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

reclama se califica como contrato de arrendamiento de servicios y no como contrato de arrendamiento de obra como parece hacer la Sentencia apelada.

Se argumenta que el contrato celebrado es un contrato de arrendamiento de servicios, y que no existe ninguna estipulación que condicione la obligación de pago a la obtención de un concreto resultado, sino que se estableció una forma de pago por el trabajo realizado, no supeditado el pago a la aprobación de los instrumentos de planeamiento por ser una cuestión que no corresponde a la mercantil, sino a la Administración competente.

En ese sentido, se entiende que es claro el tenor de las cláusulas y estipulaciones del contrato para calificar el contrato como de arrendamiento de servicios, que no está condicionado a que se materialice o no una obra determinada, según la jurisprudencia que cita.

Finalmente se alega que el Ayuntamiento no ha puesto reparos a los trabajos realizados, y que el propio Ayuntamiento de Ogijares ha reconocido la realización de los trabajos mediante la aceptación y pago de la factura, sin que se abonara la cantidad reclamada por la falta de aprobación definitiva que depende únicamente de la Administración, por lo que, en conclusión, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley de Contratos de la Administración Pública se tiene derecho al pago de la cantidad reclamada ya que no existe incumplimiento imputable a la mercantil.

TERCERO

El Ayuntamiento apelado se opone al recurso de apelación interpuesto, y considera que la Sentencia apelada, cuya confirmación solicita, realiza una correcta interpretación de las cláusulas del contrato, que suponían, a su juicio, la obligación de realizar proyectos técnicos necesarios para el desarrollo del suelo urbanizable de uso industrial terciario del futuro parque empresarial de Ogijares, y que serían abonados, en lo que a esta apelación interesa, “una vez obtenida la aprobación definitiva de dicho documento”, en alusión a la aprobación definitiva de la ordenación pormenorizada del plan de sectorización.

Se expone que la mercantil presentó la segunda factura cuando se produjo la aprobación provisional, y que por tanto asumió que para el pago de la factura ahora reclamada era necesaria la aprobación definitiva, que, al no haberse producido, impide que se devengue el importe reclamado.

Se aduce que el documento aprobado definitivamente es sustancialmente diferente al presentado en el momento inicial por Asitec, debido a las

modificaciones que hubieron de introducirse para adecuarlo a lo exigido por la Administración autonómica.

CUARTO

La cuestión jurídica objeto de este proceso debe resolverse en función de la interpretación que se realice del contrato de 24 de abril de 2006 que obra a los folios 1 a 6 del expediente administrativo.

Se trata de un contrato en el que la mercantil aquí apelante Asitec se compromete a realizar “trabajos de consultoría técnica” divididos en tres bloques:

- a) Levantamiento topográfico, taquimétrico y deslinde parcelas sobre 650.000 m², lo que incluye, entre otras tareas, establecimiento de bases de replanteo, toma de datos, deslinde de parcelas y realización de fichas de las propiedades;
- b) estudio previo de infraestructuras, lo que a su vez supone estimación de necesidades estructurales, gestión de solicitudes de acometida y entronque de luz y agua, y previsión de espacios para instalaciones;
- y c) ordenación del sector industrial de Ogíjares, que implica, en resumen, la redacción de la documentación para la tramitación, estudios de la estructura de la propiedad, de la estructura urbana y de las fases y etapas de desarrollo.

La valoración económica de los trabajos se fija en 166.119,29 euros.

Y la forma de pago era por terceras partes: la primera a la entrega de los documentos indicados, la segunda tras la aprobación provisional del documento de Ordenación por el Ayuntamiento de Ogíjares y la tercera una vez obtenida la aprobación definitiva de dicho documento.

QUINTO

La Sentencia apelada considera, tras la valoración de la prueba y la interpretación del contrato, que puesto que no se ha producido la aprobación definitiva no procede el abono de la cantidad de 26.997,50 euros más IVA, y concluye que el abono de esta última parte del contrato quedaba supeditado a la aprobación definitiva.

No se comparte tal conclusión, ya que la forma de pago o el plazo para el pago es una cláusula del contrato que es independiente de las obligaciones del contrato, y lo cierto es que la obligación de pago surge cuando la mercantil

cumple con las obligaciones del contrato, siendo cuestión distinta cuándo se abone el precio.

Esto es, la obligación de pago del precio del contrato surge cuando la mercantil cumple sus obligaciones, con independencia de cuándo se haya pactado el pago o abono del precio.

Así las cosas, hay dos cuestiones que se deben analizar por separado: 1) si la mercantil ha cumplido con las obligaciones que le son inherentes en función del contrato, y 2) cuándo procede su pago, una vez cumplidas las obligaciones que le incumbían.

SEXTO

Sobre la cuestión relativa a si se han cumplido las obligaciones por parte de la mercantil, la Sentencia apelada da por hecho que se han cumplido, en la medida en que únicamente desestima el recurso por entender que hasta que no se produzca la aprobación definitiva no procede el pago.

El Ayuntamiento de Ogijares niega que la mercantil hubiera realizado todo el trabajo, pero examinado el expediente administrativo no consta ningún reparo a los trabajos presentados, ni tampoco ningún requerimiento destinado a que se realizase el cumplimiento de lo pactado, y todos los trabajos fueron abonados, salvo la última factura, controvertida en este proceso, que quedaba pendiente de la aprobación definitiva.

En el folio 7 del expediente obra un único requerimiento de fecha 31 de julio de 2008, en el que se intimaba a la presentación del Plan de Sectorización para la aprobación provisional, y se concedía un plazo. Pero después de ese requerimiento, que fue atendido por la mercantil Asitec, se produjo el abono sin reparo de la factura por importe de 34.334,49 euros el día 7 de mayo de 2013, lo que acredita que el Ayuntamiento aceptó los trabajos aunque se hubiera superado el plazo y que el plazo no era una condición esencial, entre otras cosas porque tampoco se había establecido expresamente en el contrato.

En este sentido, con la demanda se aporta como documento anexo el texto refundido del Plan de Ordenación del Sector Industrial que, según el documento número 1 de la demanda incluye la ordenación pormenorizada de todo el ámbito de actuación, si bien la aprobación definitiva no llegó a producirse porque el Ayuntamiento llevó a cabo el cambio de sistema de actuación (de sistema de cooperación se pasó a sistema de compensación), y ya no quiso realizar la aprobación definitiva por su propia voluntad.

SÉPTIMO

Una vez determinado que Asitec ha cumplido con sus obligaciones contractuales, resta por analizar si procede el pago, toda vez que no se ha producido la aprobación definitiva.

En este sentido, caben dos interpretaciones:

- por una parte cabe considerar que la aprobación definitiva es una condición del pago y que, hasta que no se produzca el pago, no se debe abonar nada (que es la tesis sostenida por la Administración local y refrendada por la Sentencia apelada) por ser la aprobación definitiva una obligación que correspondiese a la mercantil;

- y, por otra parte, se puede interpretar que se está estableciendo un plazo para el pago, pero que tal plazo no afecta al cumplimiento de las obligaciones, de tal forma que en caso de que finalmente, por la razón que fuere, no se aprobase el plan definitivo, se mantendría intacto el derecho al cobro del precio por haberse cumplido con las obligaciones del contrato.

Esta segunda interpretación es la que, a juicio del Tribunal, resulta más correcta de acuerdo con el contenido del contrato, según las reglas de interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil (LEG 1889, 27) , aplicables de forma subsidiaria en la contratación administrativa.

En este sentido, si el contrato hubiese querido que el pago de la última tercera parte del precio se abonase solo en caso de aprobación definitiva lo tendría que haber establecido de forma expresa, cosa que no se hizo. El contrato establece cuáles son las obligaciones de la mercantil, que como se ha expuesto se han cumplido, y entre las obligaciones no se incluye la aprobación definitiva, que solo se tiene en cuenta como fecha para el pago del precio.

Esto implica que, en caso de que transcurrido un periodo de tiempo no se produzca la aprobación definitiva, lo cual no depende de la mercantil, se mantiene el derecho al cobro del último fraccionamiento del precio, ya que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes, y la aprobación definitiva no depende de la mercantil.

Como señala la parte apelante, estamos ante un arrendamiento de servicios, no de obra, y lo que se pactó fue la realización de una actividad (consistente en a) levantamiento topográfico, b) estudio previo de infraestructuras,

y c) ordenación del sector industrial de Ogijares) que fue adecuadamente realizada por la mercantil.

La aprobación definitiva no forma parte de las obligaciones de la empresa, sino que se estableció como referencia para el pago; de tal forma que en caso de no aprobación definitiva es procedente que se hubiera abonado por la Administración el trabajo desempeñado una vez transcurrido el periodo de tiempo en que normalmente se debió haber producido la aprobación definitiva, aunque no se produjese tal aprobación.

En caso contrario, de no producirse nunca la aprobación definitiva, la mercantil no podría ver cobrada una parte de su trabajo, pese a haber cumplido sus obligaciones, ya que el pago del precio no dependía, materialmente, de que se produjese la aprobación definitiva, aprobación definitiva que solo se utilizó, se reitera, como referencia temporal para el abono de la última parte del precio. Interpretar otra cosa no se corresponde con el contenido del contrato, y sería, además, injusto, ya que la mercantil nunca podría cobrar un trabajo que había realizado íntegramente.

En conclusión, se considera que, a diferencia de los que resuelve la Sentencia apelada, el contrato no quedaba condicionado a que se produjese la aprobación definitiva para que se abonase la tercera y última factura (la que es objeto de este proceso) ya que no se estableció así expresamente en el contrato. Transcurrido un plazo prudencial para que tal aprobación definitiva hubiera podido tener lugar, al quedar probado que la mercantil cumplió con todas sus obligaciones y realizó todo el trabajo que le correspondía, la interpretación más correcta del contrato implica que la mercantil tiene derecho a que se le abone el trabajo realizado, ya que el cumplimiento del contrato, en este caso el pago del precio, no puede quedar al arbitrio del Ayuntamiento que decidió no proceder a la aprobación definitiva, por lo que se acuerda la estimación del recurso de apelación, la revocación de la Sentencia y el reconocimiento del derecho al cobro de la factura controvertida.

OCTAVO

Por último, en cuanto a los intereses de demora reclamados, no resultan procedentes, de acuerdo con el artículo 99.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (RCL 2000, 1380, 2126), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que resulta aplicable por razón de la fecha, ya que al no haberse producido nunca la aprobación definitiva no hay un día inicial a partir del cual se pueda entender que la Administración ha incurrido en demora.

El artículo 99.4 obliga al pago una vez se expidan los documentos que acrediten la realización total del trabajo, pero en este caso puesto que no se ha producido la aprobación definitiva antes citada, solo judicialmente se ha podido determinar que la Administración debe abonar la cantidad reclamada, por lo que el interés que debe aplicarse es el interés legal desde la fecha de la reclamación de la factura en vía judicial, ya que hasta que judicialmente no se ha determinado la obligación del pago (pese a no haberse producido la aprobación definitiva) la Administración no ha incurrido en la demora a que se refiere el artículo 99.4.

A partir de esta Sentencia serán de aplicación, en su caso, los intereses a que se refiere el artículo 106 de la LJCA (RCL 1998, 1741).

NOVENO

En cuanto a las costas se acuerda dejar sin efecto la condena en costas de la primera instancia, y la no imposición de las costas de esta segunda instancia, de acuerdo con el artículo 139 de la LJCA (RCL 1998, 1741), al haberse producido una estimación parcial del recurso de apelación y presentar el caso serias dudas de derecho.

(St. de 16 de septiembre de dos mil veintiuno. Sala de Granada. Ponente Gollonet Teruel).

XI.DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

El derecho a la libertad sindical constitucionalmente consagrado, además de su contenido esencial relativo a su propia organización sindical y a los medios de acción sindical: huelga, negociación colectiva y conflictos colectivos, tiene un contenido adicional de configuración legal. que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. Así, el derecho fundamental se integra, no sólo por ese contenido esencial, sino también por el citado contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también a de infringir el artículo 28.1 CE.En este contenido adicional la Sentencia estudia el derecho a la protección de datos personales.

PRIMERO.- El sindicato recurrente formula demanda que, literalmente, califica de *“tutela de la libertad sindical contra la Jefatura Superior de Andalucía Occidental por impedir la actividad fiscalizadora sindical en el procedimiento de ingreso*

en la Orden al Mérito Policial (OMP) de 2020”, incluyendo en el suplico de la misma, además de la Jefatura Superior a la Dirección General de la Policía Nacional y al Gabinete Técnico, instando a que sean declarados nulos los “*actos llevados a cabo y condenada la Administración demandada a estar y pasar por este pronunciamiento por haber vulnerado el derecho a la libertad sindical*”.

Formulado en los términos antedichos cual es el acto objeto de impugnación en el presente procedimiento así como la pretensión ejercitada, la Abogacía del Estado pone de relieve la existencia de contradicciones de la demanda así como la ausencia de la mínima precisión exigible. Se indica que no es posible conocer con rigor que información considera la organización sindical recurrente como indebidamente denegada, ni por qué razón tiene derecho a su acceso o, de no obtenerla, por qué se vulneraría la Constitución Española e incluso no se determina cual sería el concreto pronunciamiento que ha de contener el fallo que emita este Tribunal.

SEGUNDO.- Dispone el art. 114.2 LJCA que en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas, en cuanto procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos previstos en el art. 53.2 CE, podrán hacerse valer las pretensiones a que se refieren los arts. 31 (anulatoria y de reconocimiento/restablecimiento de situación jurídica individualizada) y 32 (en caso de inactividad de la Administración o vía de hecho), siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado.

Tras la invocación del art. 28 CE como derecho fundamental vulnerado, el sindicato recurrente alega que la actuación administrativa objeto de demanda lo constituye el modus operandi llevado a cabo por la Dirección General de la Policía en cuanto a la forma de tramitación de la Orden al Mérito Policial de 2020 así como los criterios de concesión de las medallas. En concreto se indica que se niega a los representantes sindicales el acceso a datos que permitan verificar que no hay arbitrariedad en la concesión de medallas y reconocimientos y cita, en apoyo de su pretensión, la sentencia firme del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 10 en el procedimiento ordinario 26/2016 que obliga a la Administración a permitir a los representantes sindicales el acceso a los expedientes realizados con ocasión de la concesión de estas condecoraciones policiales.

De lo expuesto en el fundamento anterior se infiere que la articulación del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas se dirige a impugnar, con violación del art. 28 CE, el papel atribuido

a los sindicatos policiales en el procedimiento establecido en la Resolución de 11 de mayo de 2012, de la Dirección General de la Policía, por la que se implementan los criterios y procedimiento a seguir para las propuestas de ingreso en la Orden al Mérito Policial, por lo que, contrariamente a lo que afirma la Abogacía del Estado, queda delimitado suficientemente cual es el objeto y pretensión del sindicato demandante y su incardinación dentro del procedimiento para la protección de derechos fundamentales.

TERCERO.- La resolución de 11 de mayo de 2012 de la Dirección General de la Policía, por la que se implementan los criterios y el procedimiento que se deben seguir en la tramitación de las propuestas de ingreso en la Orden al Mérito Policial, recoge los aspectos procedimentales en su disposición tercera. Allí se dispone que la elaboración de propuestas corresponderá a las Unidades de destino de los funcionarios afectados, que, una vez concluidas, convocarán a los representantes de las organizaciones sindicales, a quienes facilitarán la relación de los funcionarios propuestos y si la propuesta fuera por un hecho concreto se informará puntualmente sobre el mismo. Las organizaciones sindicales disponen de cinco días para formular cuantas alegaciones crean convenientes, pudiendo instar a que se incluya alguna propuesta a favor de otros funcionarios que a su juicio sean merecedores de condecoración y no han sido tenidos en cuenta por el Jefe de la Unidad. A continuación, el Jefe de la Unidad remitirá al Jefe Superior las propuestas correspondientes, incluidas las procedentes de las organizaciones sindicales, debidamente informadas a fin de que aquel pueda resolver acerca de la tramitación o no de las mismas, dando cuenta de tal decisión al Sindicato que lo haya interesado. Conocida la decisión del Jefe Superior, las Organizaciones Sindicales podrán elevar al Consejo de la Policía las propuestas que consideren procedentes, decidiendo el órgano competente si se elevan o no a la Junta de Gobierno, comunicando al Sindicato interesado la decisión adoptada.

De la regulación transcrita se advierte que los Sindicatos policiales tienen un papel activo en la tramitación de las propuestas de inclusión de los funcionarios del Cuerpo para ingreso en la Orden del Mérito Policial. Lo que en realidad solicita el sindicato recurrente es que, además, se le autorice el acceso a los expedientes tramitados donde se acrediten los méritos que reúnen los funcionarios propuestos, lo que equivale a conocer datos personales de los mismos pues las propuestas de ingreso en la Orden al Mérito Policial, regulada en la Ley 5/1964, de 29 de abril, puede tener como causa bien la participación del funcionario en hechos concretos que le hagan acreedor a la condecoración o bien atendiendo a la valoración

de su trayectoria profesional, además de cumplir determinadas exigencias particulares de años de servicios efectivos, posesión previa de felicitaciones y transcurso de un periodo de tiempo entre propuestas.

CUARTO.- Así las cosas la cuestión se ciñe a la delimitación de dos derechos fundamentales que aparecen interconectados: por un lado el derecho fundamental a la libertad sindical y su concreto y efectivo ejercicio reconocido en el art. 28.1 CE y, por otro el límite que puede suponer a ese derecho fundamental el acceso a documentación o información cuando también coexiste el reconocimiento constitucional de otro derecho como el de protección de datos de carácter personal.

Aunque referido a la denegación de información y documentación de índole laboral en relación a profesionales de la medicina, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de fecha 9 de febrero de 2021 (recurso nº 1229/2020) incluye en sus fundamentos jurídicos quinto a séptimo una serie de consideraciones sobre el derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos que resultan plenamente trasladables al supuesto que nos ocupa. Así, según el Alto Tribunal:

“QUINTO.- El derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos personales I.

La respuesta a la cuestión de interés casacional, que determinó la admisión del presente recurso, debe partir de los contornos de los dos derechos fundamentales concernidos. El derecho fundamental a la libertad sindical previsto en el artículo 28.1 de la CE , que invocan las recurrentes al esgrimir su condición de delegadas sindicales, y el derecho fundamental de protección de datos del artículo 18.4 de la CE , que aduce la Administración recurrida.

El derecho a la libertad sindical constitucionalmente consagrado, además de su contenido esencial relativo a su propia organización sindical y a los medios de acción sindical: huelga, negociación colectiva y conflictos colectivos, tiene un contenido adicional de configuración legal. Según declara el Tribunal Constitucional (STC 64/2016, 11 de abril), las expresiones del derecho fundamental, las organizativas o asociativas y funcionales o de actividad, constituyen el núcleo mínimo e indisponible, el contenido esencial de la libertad sindical. Pero junto a éstas, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales, atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. Así, el derecho fundamental se integra, no sólo por ese contenido esencial, sino también por el citado contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el artículo 28.1 CE , por todas, SSTC 173/1992, de 29 de octubre, 164/1993, de 18 de mayo , y 36/2004, de 8 de marzo , cuando se ejercitan fuera del

marco previsto por la Ley. En los términos que veremos respecto del invocado artículo 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Por su parte, el derecho fundamental del artículo 18.4 de la CE, surgido ante las “nuevas formas de amenaza” que se derivan de la utilización progresiva de la información referente a la persona, supone el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático, “habeas data”. Pues bien, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, aunque derogada, en lo que ahora importa, por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, resulta de aplicación al caso “ratione temporis”. En concreto, el artículo 11.1, al regular la comunicación de datos, establece que los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero, para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, con el previo consentimiento del interesado. Consentimiento necesario con carácter general, que sin embargo no resulta preciso, como excepción, cuando la cesión está autorizada en una ley (artículo 11.2.a/de la misma Ley de 1999).

El marco legal citado, en concreto, el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, ubicado sistemáticamente en el Título V “De la acción sindical”, respecto de los delegados sindicales, establece que tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa, o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los siguientes derechos que se relacionan, entre los que se encuentran, el acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, si bien están obligados a guardar el correspondiente sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda.

Por lo que hace al ámbito del personal estatutario, el artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, al establecer las funciones de las Juntas de Personal y los Delegados de Personal, relaciona aquellas relativas a recibir información sobre la evolución de las retribuciones, sobre traslado de instalaciones y revisión de sistemas de organización y métodos de trabajo, sobre las sanciones muy graves que se hayan impuesto, sobre la jornada laboral y horario de trabajo, vigilar el cumplimiento de las condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales y colaborar con la Administración para el cumplimiento de la productividad.

En definitiva, los mentados artículos 40.1.a) del TR de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que invoca la parte recurrente, además del general artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, atribuyen derechos de información a los representantes sindicales de los trabajadores, en este

caso, del personal estatutario, que resultan esenciales para el ejercicio de su labor de control y la defensa de los intereses de los trabajadores.

SEXTO.- El derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos personales II.

El derecho a la libertad sindical comprende, por tanto, el derecho de información para acceder a documentación, en los términos expuestos en los citados artículos 40.1.a) del TR de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

El reconocimiento del contenido, esencial y adicional, del expresado derecho fundamental, que hemos señalado en el fundamento anterior, no está exento de límites, pues sabido es que los derechos fundamentales no son derechos absolutos ni ilimitados. No obstante, conviene añadir que desde luego deben extremarse las cautelas para que la determinación de los límites no vacíe de contenido del derecho fundamental.

En el caso examinado el límite al derecho fundamental de la libertad sindical, respecto del acceso a documentación e información, se produce por el reconocimiento constitucional de otro derecho fundamental, el de la protección de datos de carácter personal.

Téngase en cuenta que el artículo 11 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, de aplicación al caso, al regular la comunicación de datos, exige el consentimiento como regla general, pues “sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado “(artículo 11.1). Relacionando inmediatamente las excepciones a tal exigencia de anuencia del titular de los datos, pues dispone que el consentimiento no será preciso “cuando la cesión está autorizada en una ley “(artículo 11.2.a).

De modo que debemos averiguar si los preceptos invocados -- artículos 40.1.a) del TR de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical --, suponen una excepción a la exigencia del consentimiento. Teniendo en cuenta que la documentación solicitada supone un volcado masivo de datos, en los términos trascritos en los fundamentos anteriores.

Pues bien, ni el expresado artículo 10.3.1ª, por lo que se refiere a la equiparación, a estos efectos, de los delegados sindicales, con los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, respecto del “acceso a la misma información y documentación”, ni el citado artículo 40.1.a) que señala como función de los delegación de personal “recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento”, describen un supuesto legalmente previsto que excepcione el consentimiento de los interesados a los efectos del artículo 11.2.a)

de la Ley de 1999, en un caso como el examinado en el que se solicita una cuantiosa e indiscriminada cesión de datos, sin proporcionar una mínima explicación, al tiempo de su solicitud, de la necesidad o relevancia de esos datos para el ejercicio de sus labores sindicales.

Resulta relevante, por tanto, que medie la debida relación entre los datos personales del personal estatutario que se solicitan, con la importante función sindical que se desarrolla. De modo que únicamente cuando estos datos personales son necesarios para el ejercicio de las labores sindicales, podrían considerarse excepcionados del consentimiento, pero no cuando se encuentran desvinculados o se desconozca su relación, al no haberse puesto de manifiesto su conexión con dichas funciones sindicales.

En la solicitud que obra al folio 13 del expediente administrativo, cuando se solicita la documentación e información, no se expresa ninguna explicación, ni se hace ninguna referencia o mención, sobre la utilidad de la misma para el cumplimiento de sus tareas sindicales. Tampoco se intenta vincular su solicitud de datos con las tareas legalmente atribuidas a los representantes sindicales. Dicho de otro modo, no se justificaron las razones por las que para el ejercicio de su función sindical resultaba necesario, relevante, o simplemente conveniente, que se procediera a ese volcado masivo e indiscriminado de datos personales.

Recordemos que en el artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se hace expresa mención a las retribuciones, cuando se refiere a recibir información sobre la evolución de las retribuciones. Y las demás del citado precepto, sobre traslado de instalaciones y revisión de sistemas de organización y métodos de trabajo, sobre las sanciones muy graves que se hayan impuesto, sobre la jornada laboral y horario de trabajo, vigilar el cumplimiento de las condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales y colaborar con la Administración para el cumplimiento de la productividad.

En consecuencia, la mera invocación, ayuna de justificación, de la representación sindical no puede servir de excusa para acceder a todo tipo de documentación, si no se quiere por esta vía vaciar el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, cuando el titular de los mismos ignore el uso que se hace de sus datos, perdiendo su poder de disposición, en supuestos en los que no se justifica la concurrencia de alguna de las excepciones legalmente establecidas.

SÉPTIMO.- El invocado carácter no íntimo de los datos.

En relación con al carácter no íntimo de los datos solicitados, que se invoca por la parte recurrente, conviene tener en cuenta que el derecho fundamental a la protección de datos se refiere a cualquier dato de la persona en las esferas en las que se desenvuelve. Recordemos que el ámbito de la protección de los datos tiene que ver con concepto de “privacidad”, que va más allá que la “intimidad” alegada. De modo que los datos relativos al nombre

y apellidos, tipo de puesto de trabajo, o el inicio de la prestación no disociados de aquél, son datos, que aunque no sean íntimos, están protegidos por la citada Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal de 1999.

Viene al caso traer a colación la definición del “dato” que establece el artículo 3.a) de la mentada Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal, como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. A estos efectos, debemos citar la STC 292/2000, de 30 de noviembre, pues aunque los datos que se solicitan son datos profesionales, lo cierto es que la protección de datos “no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos, sean fundamentales o no, porque su objeto no es solo la intimidad individual”, toda vez que tiene su amparo en el artículo 18.4 CE, y no en el artículo 18.1 CE, relativo a protección de los datos personales”.

Aplicando las consideraciones contenidas en la sentencia transcrita al particular supuesto que nos ocupa cabe concluir que la solicitud del sindicato recurrente de acceso a los expedientes tramitados para la inclusión de funcionarios policiales en la Orden del Mérito Policial, tanto cuanto tiene como causa hechos concretos como la valoración de su trayectoria profesional, sin que conste el consentimiento de los afectados, no tiene cobertura jurídica pues afecta a datos personales que incluso podríamos calificar de íntimos, especialmente protegidos en la normativa sobre protección de datos y que incluso ha de prevalecer sobre el interés público en su divulgación en los términos señalados en el apartado 2º del art. 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno. Por otro lado los sindicatos policiales tienen posibilidades de fiscalización y supervisión de los criterios seguidos para la inclusión de los funcionarios propuestos para las condecoraciones que, en los términos anteriormente transcritos, debe calificarse de relevante al conocer los hechos concretos en que éstos se fundamentan, además que poder formular propuestas propias. De aquí que no consideremos que se haya vulnerado el derecho a la libertad sindical consagrado en el art. 28.1 CE con la consiguiente desestimación de la demanda.

QUINTO.- No obstante la desestimación del recurso y siendo objeto de controversia en este proceso una cuestión de perfil jurídico interpretable no procede la condena en costas a ninguna de las partes.

(St de 23 de noviembre de 2021 Sala de Sevilla Ponente Vazquez Garcia).

XII. EXPROPIACION FORZOSA

Expropiaciones urbanísticas. Retasación de bienes: criterios legales aplicables

Retasación del justiprecio caso de impago del mismo. Se aplican los criterios legales existentes a la fecha de valoración o los nuevos criterios sentados por una nueva legislación (Ley 8/2007 (TRLR 2/2008) vs Ley 6/98. la retasación, lejos de ser inmune a los cambios legislativos y a la sucesión de normas en el tiempo, debe regirse por la legislación vigente al tiempo en que se hace valer el derecho del expropiado a una nueva valoración, por caducidad del primer justiprecio, impagado por el expropiante. Esto significa que el sistema de valoración y los criterios legales en que se descompone a tener en cuenta en el nuevo avalúo de los bienes son aquellos que establezca la legislación en vigor a la fecha en que se insta la retasación de los bienes, consecuencia de que esta entraña una nueva valoración a todos los efectos.

PRIMERO.- Partiendo de las fechas y datos siguientes, que admiten las dos partes litigantes : a) se levantó el acta previa a la ocupación con fecha 17 de septiembre de 2002, b) expropiante y propiedad suscriben acta adquisición por mutuo acuerdo el 9 de abril de 2.003 en la que se acuerda la adquisición por la Administración de 5.207,15 m² por 15.621,45 €; c) como el justiprecio convenido no fue pagado ni consignado el 25 de marzo de 2.015, la entidad propietaria de los terrenos, solicitó la retasación de los bienes y derechos afectados, aportando hoja de aprecio valorando como suelo urbano en 633.285,40 €; nuevo valor rechazado expresamente por la Administración, que consideró que la nueva tasación debía atender a su condición de suelos en situación rural, merecedores de 25.189,49 €; d) este es igualmente el criterio del Jurado Provincial de expropiación, que en la resolución que resuelve la reposición se ratifica en su valoración como terrenos rústicos, a partir de los datos oficiales y catastrales, haciendo aplicación del artículo 22 del entonces vigente RDL 2/2008, de la Ley del Suelo, tenemos que determinar, en primer lugar, cuál es el régimen legal al que se sujeta el derecho a la retasación del justiprecio, previsto en el artículo 58 de la Ley de expropiación Forzosa en el supuesto que transcurrieran cuatro años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, en cuyo caso habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación.

Se hace necesaria esta aclaración, en la medida en que la demanda reclama que la sentencia que se dicte no incurra en el error de confundir los criterios legales para valorar los bienes y derechos expropiados con la fecha a que debe referirse la valoración, citando como argumento de autoridad *la sentencia de*

la ya extinta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2001, que transcribe en parte.

Cualquiera que haya sido el alcance de la sentencia citada, la Sala se siente en condiciones de fallar ateniéndose al sentido actual y presente de la jurisprudencia del Alto Tribunal, decantado de resoluciones más próximas en el tiempo, de las que resulta sin duda, que la retasación, lejos de ser inmune a los cambios legislativos y a la sucesión de normas en el tiempo, debe regirse por la legislación vigente al tiempo en que se hace valer el derecho del expropiado a una nueva valoración, por caducidad del primer justiprecio, impagado por el expropiante. Esto significa que el sistema de valoración y los criterios legales en que se descompone a tener en cuenta en el nuevo avalúo de los bienes son aquellos que establezca la legislación en vigor a la fecha en que se insta la retasación de los bienes, consecuencia de que esta entraña una nueva valoración a todos los efectos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2016 (ROJ: STS 3309/2016) declara no haber lugar a casar la dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los expropiados que instaron la retasación y estimando el formulado por la concesionaria beneficiara contra acuerdo del Jurado que había fijado el justiprecio en retasación aplicando la Ley 6/98, del Suelo, y que se revoca por el Tribunal de instancia, al considerar aplicable la Ley 8/2007, con la consiguiente imposibilidad entonces de valorar los terrenos destinados a sistemas generales clasificados como no urbanizables o carentes de clasificación específica, como urbanizables siempre y cuando la infraestructura que justificase su expropiación estuviese destinada a la creación de ciudad.

Respecto a la naturaleza de la retasación, recuerda el Alto Tribunal, es más que reiterada la doctrina jurisprudencial al respecto:” *Por todas citaremos nuestra sentencia de 20 de noviembre de 2015 (Rec. 1872/2014) en que expresamente señalamos que “Es doctrina reiterada de esta Sala, recogida en sentencias de 17 de noviembre de 2014 (Rec.1033/2013), 23 de abril de 2003 (11509/1998), 5 de diciembre de 2011 (recurso 4333/2008), 15 de febrero de 2012 (recurso 6458/2008), 20 de junio de 2012 (recurso 3238/2009), 12 de marzo de 2013 (2715/2010) y 14 de marzo de 2014, entre otras, que la retasación no es una mera actualización del justiprecio, ni es una adaptación o reajuste de los datos entonces tenidos en cuenta a la coyuntura económica actual, sino que la retasación consiste en la fijación de un nuevo justiprecio, mediante una nueva valoración del bien expropiado, con arreglo a los rasgos jurídicos del mismo (aprovechamiento, clasificación), en el momento en que dicha retasación es solicitada, siendo las únicas características originarias del bien expropiado que deben seguir considerándose a efectos de*

la retasación las puramente físicas, ya que como consecuencia de la realización del proyecto que justificó la expropiación es posible que dichas características físicas (estado de los terrenos, etc) hayan variado, y tomar en consideración esas nuevas características físicas conculcaría la prohibición impuesta por el artículo 36 LEF de incluir en el justiprecio las plusvalías -o minusvalías- que sean consecuencia directa del proyecto de obras que da lugar a la expropiación. “Las sentencias de esta Sala que acabamos de citar, coinciden en señalar que la fecha a que ha de referirse la nueva valoración en que la tasación consiste es la de la solicitud de la nueva evaluación por el expropiado, lo que en el presente caso, como hemos dicho, tuvo lugar el 14 de Junio de 2010, por lo que como bien dice la sentencia, la norma aplicable es la Ley 8/2007 (TRLS 2/2008) y no la Ley 6/98, como había hecho el Jurado...

...Pues bien, al consistir la retasación en una nueva valoración del suelo con arreglo a las circunstancias y a la normativa aplicable (en este caso la Ley 8/2007) al solicitarse la retasación, el justiprecio inicialmente fijado, sólo puede servir como bien dice la sentencia de instancia, como límite mínimo que debe ser respetado, pero en ningún caso puede aceptarse que hayan de asumirse los criterios de valoración fijados en una Ley distinta, como era la Ley 6/98, que fue la tenida en cuenta para la fijación del justiprecio inicial.

Nuevamente hemos de remitirnos a la jurisprudencia de esta Sala en la materia, precisamente respecto a retasaciones solicitadas bajo la vigencia de la Ley 8/2007, cuando el justiprecio inicial se había fijado estando vigente la Ley 6/98. La antes citada sentencia de 20 de Noviembre de 2015 (Rec. 1872/2014) es una de las múltiples, como lo es también la sentencia de 10 de Febrero de 2016 (Rec. 2341/2014) donde señalamos que ” “La entrada en vigor de la Ley 8/2007 ha cerrado la posibilidad de seguir aplicando la doctrina de sistemas generales que crean ciudad, formulada bajo la vigencia del sistema valorativo de la Ley 6/98, que tenía como punto de partida la clasificación del suelo en las tres categorías de no urbanizable, urbanizable y urbano, mientras que los criterios de valoración de la Ley 8/2007 omiten cualquier referencia a la clasificación urbanística, y atienden exclusivamente a la situación fáctica o real del suelo, distinguiendo la nueva Ley únicamente dos posibles situaciones, la del suelo rural y la del suelo urbanizado, por lo que ha desaparecido el criterio de valoración del suelo urbanizable que aplica la sentencia recurrida....” .

Reproducidos estos pronunciamientos en sentencias posteriores -- STS, Contencioso de 27 de abril de 2017, ROJ: STS 1716/2017; y 03 de febrero de 2017, ROJ: STS 334/2017 -- , la conclusión que obtenemos es que la suerte del derecho a retasar los terrenos expropiados en su día a la entidad recurrente, hecho valer en este recurso ,debe juzgarse conforme a los dictados del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, dado que el texto legal posterior -- el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre-- hoy vigente ,entró en vigor

el 31 de octubre de 2015, una vez formulada la petición de nuevo avalúo del suelo y presentada la hoja de aprecio por la propiedad.

SEGUNDO.- A raíz de lo anterior, la procedencia de valorar el suelo como urbanizable sería entonces posible en el caso de que se considere probada la concurrencia de las circunstancias de la *Disposición Transitoria Tercera del mencionado RDL 2/2008*, conforme a la cual se exceptúan de la aplicación de las reglas de valoración en él previstas, exclusivamente los terrenos que, a la entrada en vigor de la Ley 8/2007, reunieren de forma cumulativa tres atributos relativos a su desarrollo urbanístico, principiando por su inclusión como suelo urbanizable en ámbitos delimitados para los que el planeamiento hubiera establecido las condiciones para su desarrollo.

Y como la actora se apoya en la certificación expedida por el Ayuntamiento de Los Barrios en cuyo término radican los terrenos expropiados, a ella debemos acudir, teniendo por probado, en cuanto a su situación urbanística que forman parte de un Área de Reparto, denominada “Sectores Uso Global Residencial Media Densidad. Área de los Barrios”, pero al margen de cualquier adscripción a un sector en concreto y sin noticia de la existencia de instrumento urbanístico susceptible de propiciar su transformación.

Esto es tanto como decir que los terrenos expropiados se encontraban en el momento de instar su retasación en la situación típica en que se encuentran los suelos urbanizables, antes de que la autoridad local de la señal de salida al proceso que, mediante Planes de Sectorización, con la delimitación correspondiente -- artículo 12 LOUA --, primero, y luego Planes Parciales -- artículo 13 LOUA-- conduce a la extensión de la malla urbana, es decir: por más que se empeñe la actora, no cabe predicar de los suelos expropiados su inclusión en ámbitos delimitados para los que el planeamiento hubiera establecido las condiciones para su desarrollo, en defecto claro de las condiciones jurídicas necesarias para ello.

Se ha planteado a lo largo del recurso que, de cualquier forma, los terrenos expropiados disfrutarían de facto de las condiciones que conforme al RDL 2/2008 otorgan la pertenencia a la situación de suelo urbanizado.

Sobre este extremo, la Sala hace la siguiente valoración.

Resulta difícil, a título de hipótesis, aceptar que unos terrenos que viven al margen del proceso reglado de transformación establecido pautadamente en la LOUA puedan haber adquirido el nivel de consolidación que permite atribuirles, a los efectos de la Ley estatal del Duelo, la consideración legal de suelos en situación de suelo urbanizado.

De conformidad con el artículo 12 del RDL 2/2008 , se encontraba en la situación de suelo urbanizado el suelo que, estando legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, cumpla una serie condiciones sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación. Y siendo así, lo que cabe preguntarse es virtud de qué proceso legal y ordenado de ejecución de un planeamiento pueden haber adquirido los suelos expropiados en su día a la actora la condición de suelo urbano, máxime cuando en 2003 su rusticidad era admitida por los firmantes del mutuo acuerdo y el Ayuntamiento ha informado que durante el período de tiempo transcurrido hasta la retasación, no consta la realización de actuaciones urbanísticas.

Por lo que respecta a la existencia misma de los servicios e infraestructuras cuya presencia permite hablar de urbanización, la Sala comparte la crítica a la pericia de la entidad actora que formula en conclusiones la Abogacía del Estado.

En efecto, basta acudir al acto de ratificación del perito, para deducir de su tono evasivo y ambiguo la incapacidad para explicar no ya la existencia sino el origen de los presuntos servicios, pues no es de recibo que afirme, en contradicción con la realidad, que la parcela ya contaba con ellos en el momento de su adquisición, o que confunda un proyecto de actuación -- legalmente debido para instalar en suelo rústico una nave industrial, como la que parece que se proyectó en su día -- con el proceso de equidistribución inherente a la urbanización.

La resolución dictada por el Jurado Provincial de Cádiz en resolución del expediente 2016/2020 no altera el juicio de la Sala, es más, ni siquiera ofrece datos suficientes para afirmar que incurre en una valoración contradictoria de la misma realidad. Según la descripción consignada en este último acuerdo, los terrenos expropiados y retasados -- finca 98 del polígono 8 -- se sitúan junto a la Urbanización Ciudad Jardín del municipio, resultado del desarrollo de la urbanización de una Unidad Vecinal del Plan de Ordenación de Gaudacorte, del año 1981, y la zona verde con que se califican los terrenos pertenece a una zona de ensache. Es claro que esta descripción no guarda relación con la que atañe a los terrenos sobre los que versa este recurso, lo cual no puede sorprender, puesto que , aunque -- en una medida que la Sala no es capaz de concretar, a falta de datos-- se trate de suelos próximos entre sí, siempre es posible la delimitación entre la franja urbana y el paraje rústico y no cabe confundir integración en la malla urbana con proximidad

o colindancia a suelos urbanizados, salvo que se caiga por reducción al absurdo en el error de extender el concepto de malla casi ilimitadamente.

TERCERO.- Con carácter subsidiario, la parte expropiada solicita que se corrija judicialmente la incongruencia del Jurado, que para obtener el valor del suelo conforme al método de capitalización de rentas utiliza algunos parámetros inferiores a los admitidos por la propia Administración expropiante, relativos a los rendimientos capitalizables o al factor de localización.

Partiendo de que no se critica la valoración del Jurado por razones intrínsecas, la Sala no puede acoger este motivo de impugnación del acuerdo del Jurado Provincial, al entender que no concurre la incongruencia denunciada.

Por citar una entre muchas, *en sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2013 (recurso 3393/2010)*, se explica que la vinculación o congruencia del órgano tasador con las hojas de aprecio, está referida a la cantidad total o global que se reclama u ofrece, que no puede ser sobrepasada, pero también comprende los conceptos indemnizables cuando estos tengan sustantividad propia, como los bienes, derechos o intereses patrimoniales que estén diferenciados unos de otros (suelo, construcciones, plantaciones, etc.), sin que sea posible conceder por cada uno de los conceptos indemnizables mayor cantidad que la solicitada en la hoja de aprecio, “a diferencia de lo que sucede respecto de las partidas que las integran cuya elevación no altera el petitum siempre que se respete la cuantía máxima de que se trate, puesto que los criterios y métodos de valoración de los diferentes conceptos son heterogéneos mientras que los que se siguen para justipreciar el mismo bien o derecho resultan homogéneos y cabe su mutación en tanto no se sobrepase la suma total de unos y otros”; y en este caso, en que el Jurado ha respetado los conceptos en virtud de los cuales la Administración expropiante propuso que se calculase la indemnización debida por la retasación de terrenos en situación de suelo rural, dando más que lo pretendido por esta (44.205,61 €; por ha. de suelo frente a 22.689,61 €/ha), no cabe hablar de incongruencia.

CUARTO.- Aunque no se ha hecho controversia sobre este punto, ni la Administración ha negado el incumplimiento del plazo para resolver el procedimiento de valoración, el hecho cierto de que el expediente de retasación se iniciara en 2015, mientras que el Jurado Provincial de expropiación Forzosa de Cádiz fija el justiprecio en acuerdo de 12 de mayo de 2017 da lugar a la responsabilidad por demora en la fijación del justo precio, que se liquidará y hará efectiva, en su caso, en ejecución de sentencia.

QUINTO.- Con desestimación del recurso, pero sin imposición de costas, puesto que la existencia de una resolución del Jurado Provincial valorando en retasación como suelo urbanizado terrenos en su día integrantes de la misma finca registral y la apariencia de una contradicción sanable en vía judicial, fundamentan la seriedad del recurso planteado, con independencia de que la Sala, por las razones expuestas, rechace esta alegación.

(St. de 11 de febrero de 2021. Sala de Sevilla . Ponente. Rodríguez Moral)

XV. JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Sentencias. Motivación de las sentencias y tutela judicial efectiva. Prueba pericial: valoración de los informes periciales.

PRIMERO

Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación la sentencia de fecha 26 de febrero de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Granada, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora, hoy apelante, contra la desestimación presunta, por parte del Ayuntamiento de Zújar (Granada), de la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada por la recurrente derivada, según ésta, de los daños ocasionados a su casa cueva, sita en la CALLE000, NUM000, de la localidad de Zújar (Granada), por la filtración de agua que discurre por el vial superior a la vivienda y por el vial de acceso.

SEGUNDO

La parte apelante funda el recurso de apelación, en primer lugar, en la infracción de los artículos 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) , 208, 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , en relación con los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), en cuanto al rechazo de las pruebas aportadas por la recurrente que no se valoran.

Añade que hay falta de valoración por la sentencia de instancia de la prueba pericial aportada por la actora, lo que vulnera los artículos 319 , 326.1 , 348 y 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues solo se valoran las pruebas aportadas por la Administración, Considera que la sentencia incurre en una valoración arbitraria, ilógica e irrazonable de las pruebas.

Al respecto, las partes apeladas responden que lo que trata la parte apelante es sustituir el criterio objetivo de la Juez de instancia por el partidista, interesado y parcial de la demandante.

TERCERO

En relación con el motivo sustentado en la falta de motivación de la sentencia en relación con la valoración de la prueba, es preciso hacer recordatorio de la doctrina pergeñada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de la que es exponente la sentencia de su Sección Segunda, de fecha 1 de marzo de 2017 (recurso de casación 133/2016; ponente, Excmo. Sr. Don Emilio Frías Ponce), la que señaló en su fundamento jurídico séptimo cuanto sigue:

“SÉPTIMO. Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, una sentencia es incongruente por defecto cuando omite resolver sobre alguna de las pretensiones y de las cuestiones planteadas a la demanda (veánse, por todas, las sentencias de 6 de mayo de 2010 (cas. 3775/03), 17 de enero de 2011 (cas. 2568/07 (RJ 2011, 87)) y 30 de enero de 2012 (cas. 2374/08). Ahora bien, en la demanda, opera con menor intensidad la exigencia de congruencia cuando no se la contempla desde la perspectiva de las pretensiones sino desde la propia de las alegaciones exigidas en su apoyo, al no ser necesario en este caso para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación pormenorizada y explícita a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de líneas de defensa concretas no sustanciales.

En el presente caso, en relación con la simulación apreciada por la Inspección, se alega que la Sala no se pronunció sobre la invocada irrelevancia del traspaso de los empleados porque no llevaba su administración, como reconoció el propio acuerdo de liquidación, pero aún siendo esto así esta omisión no nos puede llevar a apreciar el vicio denunciado, toda vez que este extremo constituye más bien un hecho a los efectos de desvirtuar la calificación de la conducta de la entidad.

En cambio, procede estimar la falta de motivación alegada, porque si bien a la luz de nuestra jurisprudencia, en principio, no se produce lesión alguna por la mera circunstancia de que en la sentencia impugnada no se hayan hecho referencia expresa a todas y cada una de las pruebas practicadas en el proceso, dado que la Sala puede apreciar en conjunto las pruebas practicadas sin concretar en que medio de prueba se ha basado para llegar a la conclusión definitiva que establece (sentencias de 23 de octubre de 2007,

cas. 2529/03 (RJ 2007, 9373) y 3 de diciembre de 2009, cas. 949/20014, entre otras), no cabe desconocer que en este caso la sentencia impugnada no hace referencia alguna a la única testifical practicada, que era esencial en cuanto iba dirigida a rebatir la existencia de simulación y el cumplimiento del requisito de personal contratado”.

Por su parte, la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 14 de julio de 2011 (RJ 2011, 6502) (recurso de casación 1420/2008; ponente, Excmo. Sr. Don Eduardo Calvo Rojas), aprecia en la sentencia de instancia falta de motivación en los términos que esclarece su fundamento jurídico tercero, que glosamos a continuación:

“TERCERO. En el motivo segundo del recurso de casación se invoca la infracción de las normas reguladoras de la sentencia -se citan específicamente como infringidos el artículo 24.1 de la Constitución en relación con el 67 de la propia Ley Jurisdiccional y el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) - por entender los recurrentes que la sentencia impugnada no está debidamente motivada. En particular, los recurrentes señalan que el fundamento quinto de la sentencia lleva a cabo, de manera confusa, una mera transcripción de preceptos normativos, sin relacionarlos con los concretos hechos litigiosos; y que se valora de manera extremadamente parca la prueba practicada. Sobre esto último, los recurrentes aducen que en la sentencia no se valora la prueba documental practicada, ignorándose hechos muy relevantes para la resolución del litigio como “...que se trata de suelo urbano, el grado de consolidación existente y la inserción en la malla urbana, la existencia de una licencia municipal de segregación de la finca inicial e incluso de una sentencia firme que declara el derecho a obtener licencia de edificación, así como la ausencia de valores ambientales dignos de protección en la finca derivados del propio expediente administrativo”.

El motivo así planteado debe ser acogido.

En repetidas ocasiones hemos señalado que el deber de motivación de las sentencias cumple una doble función: de un lado, explica por qué se asumen unos determinados hechos y se hace una determinada interpretación y aplicación de la norma, permitiendo con ello a los litigantes comprender el contenido y las razones en que se basa el pronunciamiento para su posible impugnación; y, de otro, hace posible comprobar que la decisión contenida en la sentencia no es arbitraria, caprichosa o irrazonable, cuando sea revisada en vía de recurso (artículo 120.1 de la Constitución y artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635)).

Pues bien, en el presente caso la sentencia recurrida ha incumplido ese requisito, al no analizar con el detalle o precisión mínimamente exigibles lo argumentado en la demanda sobre la carencia de valores ambientales de la concreta finca de los recurrentes y su necesaria exclusión del área de amortiguación de impactos del Parque Natural. Así, la sentencia no reseña lo argumentado al respecto en la demanda -se limita a transcribir en su fundamento primero el suplico de la demanda, sin explicar, siquiera de forma sintetizada, las razones en las que se sustenta dichas pretensiones-, ni valora la prueba practicada en el proceso de instancia sobre esa específica finca. En realidad, se limita a transcribir literalmente, en su fundamento quinto, la valoración de la prueba realizada en otra sentencia anterior de la misma Sala de instancia referida a una finca distinta; y, por tanto, no analiza la prueba documental practicada a instancia de los aquí recurrentes, ni relaciona la prueba pericial practicada con el terreno al que se refiere este litigio.

El deber de motivación de las sentencias requiere que se valore mínimamente la prueba admitida y practicada, o que, en caso contrario, se explique porqué no se realiza tal valoración [sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2011 (RJ 2011, 1089) (casación 6138/2006) y 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3897) (casación 3558/2004)]. Y ese deber no se puede suplir mediante la mera transcripción de lo razonado en otra sentencia anterior de la misma Sala de instancia sobre la prueba practicada en otro proceso y referida a una finca distinta, sin explicar siquiera las similitudes o elementos de analogía que podrían existir entre las características físicas de una y otra finca”.

Pues bien, la Sala, con vista de lo actuado en la instancia, comprueba que no fabulaba la parte apelante cuando señalaba la censurable ausencia de reflexión, por parte de la Juez a quo, sobre el dictamen pericial de la parte actora, que respaldaría, según ésta, su pretensión resarcitoria. En efecto, la sentencia recurrida basa su fallo estimatorio exclusivamente en el informe de la técnico municipal, Doña Julieta, de fecha 11 de julio de 2017, que sitúa la causa del derrumbe de la vivienda en cuestión en “(...) la baja calidad de sus materiales, la no idoneidad de los sistemas estructurales, unido a la falta de mantenimiento y abandono del inmueble (...)” (páginas 45 a 49 del expediente administrativo), que considera prevalente por ser de funcionario público, por su objetividad e imparcialidad, sin razonar nada en relación con el informe de la parte actora, emitido por Don Julián, Arquitecto, de fecha 6 de septiembre de 2017, quien, de forma antitética al dictamen de la técnico del ente local, manifiesta que “(...) las causas de estos hechos, una vez

analizados todos los condicionantes, son debidas a la filtración de agua por el vial superior y de acceso, provocado por la inexistencia de pavimento y la presencia de abundante vegetación que impide el discurrir del agua por su superficie (...)” (páginas 25 a 35 del expediente administrativo y folios 105 a 111 de las actuaciones procesales de la instancia).

Como tiene reiteradamente declarado esta Sección (por todas, sentencia 769/2019, de 4 de abril de 2019 (PROV 2019, 197926) (recurso de apelación 1085/2016), el Juez de instancia puede considerar más convincente un dictamen pericial que otros que se hayan emitido en el mismo proceso y sobre las mismas cuestiones; mas, ello obliga al Juez a quo a exteriorizar los razonamientos en virtud de los cuales otorga mayor credibilidad y poder de convicción al tenido en consideración.

Para no pronunciarse sobre otros dictámenes y pruebas admitidas y practicadas en el proceso, no basta con declarar que los informes periciales emitidos por funcionarios públicos gozan de la presunción de veracidad por su objetividad e imparcialidad, pues esa presunción es de naturaleza *iuris tantum*, que puede, por esta razón, ser enervada y destruida por prueba en contrario. Lo que es reprochable de la Juez de instancia es que despache la valoración probatoria ponderando solamente una prueba de la Corporación Local elaborada por su técnico, ya que, precisamente, los informes de parte se orientan a destruir la indicada prevalencia de los emitidos por funcionarios públicos. La Juez de instancia puede decantarse por uno u otro plácito, pero lo que no puede hacer es solo tomar en consideración uno de ellos sin hacer referencia al de la contraparte, toda vez que ese modo de proceder causa indefensión material a la parte que ha propuesto la prueba, que le fue admitida y practicada en el proceso y sobre la que la Juez a quo no exterioriza razonamiento alguno que exprese que la prueba pericial de parte no le resulta convincente y las razones de ello.

La omisión de todo pronunciamiento sobre el dictamen pericial de la parte actora en contraste con el informe de la Corporación Local demandada, hace que permanezca ignota la causa o causas en virtud de las cuales considera la Juez de instancia más persuasivo el elaborado por dicho perito en detrimento del aludido por la contraparte, lo que comporta la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) por inobservancia del deber de motivación de la sentencia impuesto por el artículo 120.3 de la citada ley fundamental, lo que, desde luego, sume en absoluta indefensión material a dicha parte.

El motivo ha de ser, en consecuencia, estimado.

La estimación del examinado motivo comporta la parcial del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia ex artículo 238.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y, como su corolario, su revocación y la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la mencionada resolución judicial, para que, por contrario imperio, se dicte otra respetuosa con el precitado derecho fundamental y que motive expresamente la estimación o desestimación de la pretensión deducida en la instancia exteriorizando los razonamientos sobre toda la prueba propuesta y practicada y los motivos por los que considera el informe de la Administración demandada más convincente que el aportado y citado por la parte demandante.

CUARTO

No se hace expresa declaración sobre las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción.

(St. de 30 de septiembre de 2021 Sala de Granada. Ponente Rivera Fernández).

XX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Responsabilidad sanitaria, Retraso injustificable en el diagnóstico. Pérdida de oportunidad. La reparación se produce porque hay retraso en el diagnóstico y tratamiento porque se demoró indebidamente su valoración por un especialista y con ello la consiguiente práctica de pruebas diagnósticas.

PRIMERO.- Se transcribe en la sentencia impugnada las fechas en las que D. R. G. acude a consulta de atención primaria en el centro de salud de Niebla (Huelva) durante el periodo comprendido entre el 4 de febrero de 2008 y el 1 de septiembre de 2011. En nueve de esas ocasiones refiere molestias o dolor en pie izquierdo, extendiéndose en ocasiones al tobillo y región del talón de Aquiles. No es hasta la última de las fechas indicadas cuando el paciente es remitido por el médico de atención primaria para que sea objeto de valoración y tratamiento por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Infanta Elena de Huelva. Allí es reconocido el 31 de octubre de 2011, solicitándose la práctica de una RMN de tobillo y retropie izquierdo y a resultados de la cual se advierte la presencia de cambios de intensidad de señal que afectan al calcáneo en su práctica totalidad, no descartándose una tumoración de estirpe maligna, razón por la cual se

recomienda la realización de una biopsia. Tras la prueba citada, así como de una Gammagrafía ósea, Tomografía (SPECT) y TAC de tórax y abdomen se le diagnostica un Sarcoma de Ewing en el calcáneo con metástasis pulmonar que en definitiva determinó su fallecimiento el 22 de agosto de 2017.

Con cita de diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con la denominada pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial sanitaria, llega la juzgadora de primera instancia a la conclusión, tras referir lo esencial del contenido y aclaración de los informes periciales obrantes en las actuaciones, que existió retraso en la remisión del enfermo al servicio especializado de traumatología del que pudiera haber derivado un diagnóstico más temprano y certero del carcinoma y consiguiente tratamiento médico adecuado que habría supuesto mejores expectativas en la evolución de la enfermedad. Apreciándose por ello la existencia de pérdida de oportunidad fija en 60.000 € la indemnización a percibir así como los intereses del art. 106 LJCA.

Por parte de la Letrada de la Administración Sanitaria la crítica de la sentencia de instancia va dirigida en una doble dirección. Por un lado se indica que no se concreta ninguno de los dos elementos que se recogen en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de fecha 14 de octubre de 2014 como doctrina consolidada en la caracterización de la denominada pérdida de oportunidad, a saber, el grado o entidad del daño ocasionado y el grado de probabilidad de que una actuación diferente hubiera tenido como efecto la evitación del mal posterior. En particular se reprocha a la sentencia el no determinar el momento en que el paciente debió ser remitido al especialista, así como la dificultad de diagnosticar un sarcoma de Ewing, por lo que no se puede afirmar que por ser remitido a traumatología se hubiera alcanzado dicho diagnóstico. También se añade como crítica que no se particulariza el daño que sufrió el paciente como consecuencia de la actuación de los facultativos en la medida que el tratamiento aplicado no hubiera sido distinto de haberse actuado antes, ni tampoco puede afirmarse que la metástasis pulmonar fuera consecuencia del retraso en el diagnóstico y ni siquiera se ha podido fijar la época aproximada en que el tumor debutó.

Se impugna igualmente la cantidad concedida en concepto de indemnización al no establecerse los parámetros para su determinación, pues no se indica en la sentencia cual habría sido la probabilidad de que el daño se hubiera evitado o disminuido de haberse actuado diligentemente y ello porque no existe posibilidad de fijar el momento en que se considera que existe retraso

en el diagnóstico ni tampoco de que hubiera cambiado la evolución de la enfermedad en el supuesto de diagnóstico precoz.

SEGUNDO.- La pérdida de oportunidad puede definirse como una construcción doctrinal de origen jurisprudencial, que se traduce en una acción judicial que toma como base, no la causación de un daño, sino la pérdida de probabilidad o posibilidad cierta y real de obtener un beneficio. Es decir, el menoscabo último, en el presente caso la muerte, no es provocado por la Administración sanitaria, sino que su actuación (o pasividad o error) ha ocasionado la no evitación del mismo, su incremento o simplemente no lograr un mejoría posible, aunque en el presente caso únicamente podemos hablar de la primera de las posibilidades ya que se produjo el fallecimiento del paciente.

Cuando hablamos de pérdida de oportunidad el cumplimiento de la *lex artis* no es suficiente a los efectos de que se estime la plena diligencia, sino que debe desarrollarse en el momento oportuno y de la manera necesaria. No en vano, para la pérdida de oportunidad no es indispensable una vulneración de la *lex artis*, ya que una actuación médica correcta, por sus circunstancias, también puede provocar un daño, o por lo menos no evitarlo.

Conviene también traer a colación que normalmente en los casos de responsabilidad patrimonial sanitaria partimos de una realidad fáctica, doctrinal y jurisprudencial, por la cual para el resarcimiento de un daño antijurídico específico es necesaria la realidad del mismo, así como la existencia de un nexo causal entre éste y la actividad culposa que provocó la contingencia. Pero con esta idea cualquier pretensión de acudir a la pérdida de oportunidad sería imposible, dado que el fundamento de esta construcción jurídica se apoya en la existencia de un obstáculo que no permite al paciente el acceso a una prueba o a un tratamiento que podría haber evitado el resultado final. No existe un perjuicio directo, ni tampoco una nexo causal entre la actuación u omisión y el daño producido, algo que dificulta mucho la posibilidad de acceder a una indemnización salvo por la concurrencia de la noción de pérdida de oportunidad pues la misma precisamente entra en juego cuando existe incertidumbre, cuando hay dudas razonables en el nexo causal. Y ello porque es una doctrina o concepto jurídico que no incide en la práctica probatoria, sino directamente en la causalidad. Su finalidad no es la de allanar la prueba al reclamante, sino la de enlazar un nexo causal en aquellos asuntos en los que la causalidad no se encuentra demostrada al cien por cien, esto es, recorrer aquella parte del camino imposible para el demandante salvo que acudiéramos al campo de la adivinación.

También conviene poner de relieve, a fin de llevar la consideración contenida en el párrafo anterior a sus justos términos, que debe de huirse de una desmesurada potencial aplicación de la pérdida de oportunidad. Siempre será necesario desarrollar un razonamiento inductivo sobre la causalidad material, que se traduce en un juicio previo que sirve a los efectos de discernir si la oportunidad perdida es circunstancial o tiene bases sólidas y consecuentemente debe ser resarcible. Y es que no podemos eludir que el conocimiento que el ser humano llega a alcanzar de la realidad es imperfecto, característica que se ve incrementada en los procesos judiciales y que, en definitiva, una técnica como la de la pérdida de oportunidad es a la que acude el juzgador cuando su sensibilidad jurídica queda maltrecha ante la objetividad de los hechos en los que se advierte una frustración de expectativas, algo de difícil prueba.

TERCERO.- Aplicando las consideraciones anteriores al particular supuesto que nos ocupa cabe señalar, en primer lugar, que ningún obstáculo existe para aceptar extremos como los referidos en el informe elaborado por el propio Hospital Infanta Elena (folios 245 y 246 del expediente administrativo) de que el sarcoma de Ewing es un tumor óseo que afecta con preferencia a niños y adolescentes, siendo infrecuente en adultos mayores de 30 años (34 era la edad del recurrente cuando se le diagnostica), aunque puede darse en cualquier edad. Por esta circunstancia se señala que es un tumor difícil de sospechar y no en vano el perito especialista en tumores óseos declara a preguntas de las partes que el sarcoma de Ewing es conocido como “el gran simulador” por la dificultad de su diagnóstico. Además se trata de un tumor que preferentemente afecta a huesos largos y el miembro inferior, siendo también frecuente en huesos planos como la pelvis y costillas, pero que en los huesos de los pies (en este caso el calcáneo), manos y cráneo es excepcional su aparición. También se indica en el informe que el síntoma revelador del sarcoma de Ewing es el dolor, al principio intermitente, pero que después se hace persistente y de intensidad creciente, no siendo infrecuente ver pacientes que llevan varios meses de evolución. Se trata de un dolor inespecífico y común a otras muchas patologías (infección, tendinopatías) y para su diagnóstico se utiliza la radiología convencional (TAC, RM, Gammagrafía, PET) y el diagnóstico definitivo es la biopsia con estudio anatomopatológico.

Repetimos que todos los extremos vertidos en el párrafo anterior los aceptamos y que ello, en principio, pudiera llevar a considerar que no se ha producido un daño resarcible por ser inevitable. Sin embargo, junto a estas consideraciones se advierten otras de particular relevancia y que nos

conducen a la conclusión contraria. Así resulta ciertamente incomprensible que un paciente acuda hasta en nueve ocasiones al centro de salud refiriendo un síntoma semejante como es el dolor en pie izquierdo y donde el tratamiento con antiinflamatorios y analgésicos es ineficaz y se demore tres años el remitirlo a un servicio especializado de traumatología. Es obvio que el médico de atención primaria no tiene por qué sospechar que existe un sarcoma de Ewing pues no es su especialidad, pero si es de elemental consideración que ante una presentación clínica insidiosa, persistente y no curada se han de llevar a cabo pruebas diagnósticas de mayor precisión que una radiografía simple y que ha de prescribir un especialista en traumatología. No deja de ser llamativo que se remita al paciente a un servicio especializado precisamente en la primera ocasión en que cambia el facultativo de atención primera en el centro de salud al que acudía el lamentablemente fallecido.

Por lo demás, la afirmación de la letrada del SAS de que la sentencia no determina el momento en que el paciente debió ser remitido a un servicio especializado, además de resultar obvio la dificultad de precisar un momento concreto en que ello debería haber tenido lugar, no deja de ser precisamente un hecho que la Administración sanitaria debería haber intentado acreditar si lo considera relevante. Bien la declaración del facultativo de atención primaria, o bien la opinión del especialista en sarcomas óseos podría haber concretado (aunque esta posibilidad se nos antoja remota) cuando, atendida la evolución clínica del paciente, éste debería ser examinado por un especialista para la realización de pruebas diagnósticas más complejas. En ningún instante se nos explica cuando esta remisión tendría que haber tenido lugar, lo cual, ciertamente, nos resulta irrelevante pues lo determinante, en aras a concluir si hay responsabilidad patrimonial, es el muy prolongado tiempo transcurrido hasta que se adoptó la decisión adecuada. E incluso podríamos afirmar que la demora en este punto es constitutiva de mala praxis al no poner a disposición del paciente los medios adecuados y necesarios para alcanzar un diagnóstico certero, lo que sí se logró en escaso tiempo cuando ya fue atendido por los servicios hospitalarios eliminando de este modo la posibilidad de hablar de difícil diagnóstico.

En cuanto al reproche a la decisión de la juzgadora de primera instancia de que no particulariza el daño sufrido por el retraso en el diagnóstico cuando se afirma por los especialistas que el tratamiento hubiera sido idéntico en todo caso, es confundir dos aspectos de muy distinta valoración a los efectos que tratamos. El hecho de que el tratamiento con intervención quirúrgica y quimioterapia hubiera sido idéntico, ya se advirtiera el sarcoma poco tiempo después de debutar o cuando ya se encontrara en un estado evolutivo

muy avanzada que llevó incluso a la presencia de metástasis pulmonar, es irrelevante. Lo definitivo no es el tratamiento sino su posible resultado y si éste hubiera sido distinto al de fallecimiento del paciente si hubiera sido diagnosticado y tratado con anterioridad.

Es aquí y ahora, llegados a este planteamiento, cuando entramos de lleno en la que antes calificamos como zona de incertidumbre en el plano causal. Es cierto que no puede afirmarse que un diagnóstico precoz del sarcoma hubiera evitado el fatal fallecimiento, pero no puede obviarse que en la pérdida de oportunidad aquello que resulta indemnizado no es la muerte del enfermo, sino que la reparación se produce porque hay retraso en el diagnóstico y tratamiento porque se demoró indebidamente su valoración por un especialista y con ello la consiguiente práctica de pruebas diagnósticas. Es un hecho incotrovertido que cualquier probabilidad de sanación se perdió en el estado evolutivo de su enfermedad en que fue diagnosticada y que ello tuvo lugar con indebida demora por la decisión del médico de atención primaria de no posibilitar al paciente la práctica de las pruebas que su situación clínica presentaba. Cuando hay omisión de medios y ello no obedece a que estos sean escasos o de imposible uso sino a que erróneamente no se posibilita la valoración por un especialista de su utilización ya se dificulta que el paciente logre superar la enfermedad y hay una disminución de la tasa o porcentaje de supervivencia. Es obvio que el retraso en el diagnóstico de un sarcoma de Ewing disminuye considerablemente las posibilidades de un buen pronóstico y aunque nadie nos haya ilustrado sobre un cálculo de probabilidades de curación en el particular supuesto que examinamos, esto no puede conducir a desestimar la pretensión indemnizatoria solicitada. Y esto es así porque, visto desde el lado opuesto, nadie nos ha asegurado que un diagnóstico precoz hubiera sido indiferente porque el fallecimiento hubiera tenido lugar en todo caso. En definitiva, el retraso en el diagnóstico por razón imputable a la Administración sanitaria es el hecho que precisamente determina que el demandante alcance la meta final en la prueba del nexo causal que le resultaría de imposible cumplimiento, como antes apuntábamos, de no existir esa demora en la actuación de los servicios sanitarios.

CUARTO.- Resta por analizar la impugnación que la Administración sanitaria lleva a cabo respecto al quantum indemnizatorio fijado en sentencia en la cantidad de 60.000 €, reprochando la falta de motivación para establecer dicha cifra, a lo que se añade que se diga que es “por todos los conceptos”, sin especificar estos.

La declaración de responsabilidad patrimonial, y el consiguiente deber de indemnizar el daño causado, cuando resulta de la apreciación de la denominada teoría de la pérdida de oportunidad, encuentra no sólo la dificultad referida en los fundamentos jurídicos anteriores por movernos en una zona de incertidumbre, sino que esta dificultad podemos afirmar que se acrecienta cuando corresponde fijar el importe de la indemnización.

Es una regla de general, aunque no de unánime aceptación, que en estos supuestos la indemnización no puede alcanzar un importe equivalente al que se obtendría en los casos de mala praxis con producción directa de un daño derivado de la actuación de la Administración sanitaria, sino que debe ir referido a un porcentaje enlazado con criterios probabilísticos. No en vano a la teoría de la pérdida de oportunidad se la ha denominado “la hermana pobre” de la responsabilidad patrimonial.

El daño indemnizable es aquí la privación de una expectativa. Es la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el servicio de atención primaria otros parámetros de actuación, lo que determina el deber indemnizar y constituye el daño reparable. Como indica la sentencia del TS de 19 de junio de 2012 (RC nº 579/2011): *“Basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización, no por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de un diagnóstico tardío de su enfermedad”*.

Como regla general, el cálculo de la indemnización se realizará atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidad de curación que hubiera tenido el paciente si se hubiera tratado correctamente. La dificultad nace de la ausencia de aportación por las partes de ese porcentaje estadístico, lo que, unido a que efectivamente en la sentencia de primera instancia nada se dice sobre las razones por las que se alcanza la cifra de 60.000 €, obliga a este Tribunal a explicitar las razones y criterios por los cuales, ya lo adelantamos, aceptamos la cantidad fijada en la sentencia apelada.

Así, en la demanda, el quantum indemnizatorio solicitado resulta inasumible, principalmente por resultar contradictorio, pues la cifra de 155.106, 26 € se alcanza por la suma de dos conceptos como es el de indemnización básica por muerte y el de indemnización por incapacidad permanente absoluta, ambos con una reducción del 45%, que se excluyen mutuamente. Por su parte, el Servicio Andaluz de Salud se limita a indicar que a la fecha de formalización de la contestación a la demanda todavía no había tenido lugar

el fallecimiento de D. Ramón y que hay que atenerse a lo establecido en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Pues bien, dado que el fallecimiento efectivamente se produjo escasas fechas después y acogiéndonos precisamente a los criterios de la normativa citada por el SAS, nos encontraríamos ante la indemnización por muerte donde queda huérfano el hijo único de once años de D. Ramón (la madre también falleció en 2014) y en el que la indemnización por perjuicio personal básico, perjuicio personal particular y demás gastos indemnizables, superaría incluso la que como referencia se indica en la demanda. Por otro lado en los supuestos de ausencia de un porcentaje estadístico de las probabilidades de haber evitado el daño esta Sala ciertamente ha acudido a fijar la indemnización en un 50 % del correspondiente, en este supuesto, a la muerte del paciente. De aquí que la cantidad de 60.000 €, fijada en la sentencia recurrida, no alcanzando ese porcentaje, y ante la ausencia de impugnación por la parte demandante, debemos mantenerla y declararla adecuada y proporcionada a los hechos y al resultado lesivo ocasionado.

QUINTO.- Encontrándonos ante un recurso donde la propia realidad de los hechos y de sus consecuencias puede ser objeto de valoraciones distintas y al mismo tiempo todas ellas razonables, es por lo que, no obstante la desestimación del recurso de apelación, no procede la imposición de las costas originadas en esta segunda instancia a ninguna de las partes.

(St de 23 de noviembre de 2021 Sala de Sevilla Ponente Vázquez García).

XXII. URBANISMO

Convenios urbanísticos. Cumplimientos que vienen afectados por la no aprobación del plan. Momento al que deben considerarse referidos los cumplimientos en actuaciones sistemáticas y asistemáticas. Cumplimiento por equivalencia.

PRIMERO.- Se pide de la Sala que , revocando la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Cádiz, condene al Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera por el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en convenio urbanístico de 20 de septiembre de 2002, y asimismo, subsidiariamente, que declare la imposibilidad de prestación in natura de las obligaciones contractuales asumidas por del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera dimanantes del convenio urbanístico, condenando a la Administración demandada a dar cumplimiento

mediante el abono del equivalente económico de la prestación no susceptible de cumplimiento.

Recuérdese que la vida del convenio se ha visto acompañada de diversos requerimientos para cumplir rechazados por la parte destinataria al entender que la requirente no hacía honor a las obligaciones pactadas. El Ayuntamiento requirió a P. el 23 de marzo de 2005 para que en el plazo de 15 días otorgase escritura pública de cesión de los terrenos, sin obtener la cooperación de la apelante, que consideró que la entidad local pretendía formalizar la transmisión de los terrenos sin abonarle la compensación pactada: 68.304 unidades de aprovechamiento del área de reparto del primer cuatrienio del Plan General de 2003. En fecha 14 de agosto de 2008, P. fue la requirente, solicitando del Ayuntamiento la iniciación de las actuaciones oportunas para que tuvieran lugar las transferencias de aprovechamiento a un concreto sector de destino, compensando en metálico el resto, sin respuesta de la autoridad municipal.

El juez “a quo” ha negado la existencia del incumplimiento contractual imputable al Ayuntamiento demandado, y lo ha hecho por razones con las que sustancialmente coincidimos, puesto que se basan en una previa indagación del espíritu y finalidad del convenio que la Sala considera acertada.

Y es que para que la pretensión de incumplimiento hecha valer por la recurrente prospere sería premisa necesaria asumir la interpretación del convenio que propone, la cual no resulta de los términos estipulados con la claridad que una acción de esta naturaleza requiere.

Dicho de otro modo, solo cabrá hablar con propiedad de incumplimiento de la autoridad local en el caso de que el convenio urbanístico se interprete conforme entiende la apelante, aceptando su versión acerca de alcance y sentido de lo pactado.

Recordemos que: 1º lo que se convino es una cesión de suelos propiedad de P. al Ayuntamiento, a remunerar con los aprovechamientos que debían concretarse en otros terrenos.

2º los suelos pertenecientes en pleno dominio a P. se localizaban en la finca registral 17394, por más señas, hablamos de 327 548 m² con la calificación de Sistema General Espacios Libres (SGEL), adscritos al Área de Reparto SUP del Anexo 2, que el Ayuntamiento comenzó a poseer a la firma del convenio, procediendo a su ocupación material, sin adquirir la propiedad.

3º y ello porque la transferencia plena del dominio quedó condicionada a la aprobación definitiva del Plan General de Chiclana.

4º a partir de ahí es donde comienzan las discrepancias de los litigantes y que se resumen en que la promotora entiende que, previa aprobación definitiva del PGOU, el otorgamiento de escritura pública de cesión del pleno dominio a instancia de cualquiera de las partes coincide con el momento en el que la autoridad local tiene que hacer efectiva al cedente la adjudicación de los aprovechamientos en pago de los suelos.

Por resumir, la entidad apelante entiende que del convenio resulta su derecho a que el aprovechamiento de los terrenos cedidos se haga efectivo simultáneamente a la transmisión de su propiedad, al considerar que esta es la interpretación que merece la estipulación quinta del convenio, redactada en estos términos: *“P.S.A. procederá a formalizar la cesión de los terrenos previstos como Sistema general de Espacios Libres de Pinar de Hierro en el plazo de un mes desde el requerimiento que a tal efecto le realice el Ayuntamiento de Chiclana, el cual estará legitimado para ello desde el momento de aprobación definitiva del PGM.O. De igual forma, se formalizarán los aprovechamientos a favor de P.S.A.”*

Mientras que por su parte, el Ayuntamiento defiende que los aprovechamientos urbanísticos que corresponden a la cedente han de hacerse efectivos a medida que lo permitan la gestión y el desarrollo del planeamiento, y no necesariamente en el momento mismo en que en virtud de la teoría del título y del modo, la autoridad local adquiere el pleno dominio de los suelos previamente cedidos en su posesión.

La sentencia apelada lleva a cabo una interpretación del contenido obligacional del convenio celebrado por los litigantes respetuosa con criterios hermenéuticos al uso, establecidos en *artículos 1281 - 1289* del Código Civil.

Conforme al artículo 1285 CC las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, es decir, los acuerdos de voluntades reclaman una interpretación sistemática que les dote de unidad de sentido.

Y desde esta perspectiva, la cláusula sexta del convenio, al establecer que *“En todo caso, la válida materialización de los aprovechamientos urbanísticos que se derivarán de la aprobación definitiva del Plan General, estará condicionada al efectivo cumplimiento de los deberes urbanísticos asumidos por los propietarios en el presente convenio”* representa una estipulación que encaja armónicamente en la versión del Ayuntamiento, en el sentido de que remite, no ya la adquisición -puesto que los aprovechamientos pertenecen ex origine a la entidad dueña de los

suelos cedidos por esta simple condición- sino su atribución definitiva “ in situ” sobre terrenos concretos y determinados, a lo que hubiera de resultar del desarrollo y ejecución del planeamiento, pues es a su través, cumpliendo las cargas correspondientes, cuando todos los propietarios de suelo, y no solo la recurrente, hacen efectivo el contenido urbanístico que les pertenece en abstracto por su dominicalidad.

Puede admitirse sin violencia que una cláusula de este tenor literal tiene sentido precisamente si la adquisición de forma efectiva del aprovechamiento se difiere a la ulterior gestión del planeamiento y carece de él, si en cambio, la atribución concreta y efectiva ha de procurarse al cedente desde la aprobación del Plan General de Ordenación.

La interpretación de los contratos no puede ser abrogante, despojando de eficacia a una cláusula, por esta razón si -art. 1284 CC- alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto , y en este caso, la estipulación de que hablamos tiene sentido de aceptar que el convenio remite la atribución efectiva y definitiva de los aprovechamientos a la fase posterior de ejecución del planeamiento general.

Es más, y puestos a descubrir la voluntad real de los contratantes, resulta difícil aceptar que el Ayuntamiento, juzgado como un actor racional, se comprometiese a la solución para él más onerosa desde el punto de vista de la planificación y gestión urbanística, en lugar de diferir la atribución efectiva de los aprovechamientos de la cedente a la ejecución de alguno de los sectores del PGOU.

La Dirección General de Registros y del Notariado ha explicado con claridad meridiana las ideas que la Sala quiere transmitir, al explicar , en resolución de 13 de abril de 2016(BOE núm. 133, de 2 de junio 2016) que *“Después de publicado el Texto Refundido de 1976 se registró un importante esfuerzo doctrinal para integrar en nuestro sistema jurídico urbanístico la técnica operativa del aprovechamiento tipo y sus transferencias. El Tribunal Supremo la acogió en Sentencias de 22 de junio de 1981 y 4 de mayo de 1982, relativas a las Normas Subsidiarias de Ibi y Petrel, autorizando así una práctica que pronto se extendió a grandes municipios y que ha sido después mantenida en posteriores Sentencias, como las de 6 y 15 de marzo de 1993, referidas todas ellas a Normas y Planes aprobados entre el anterior Texto Refundido y la Ley 8/1990, de 25 de julio. Y esta construcción jurisprudencial, recogiendo ideas y preocupaciones de los distintos sectores del urbanismo, se vio después confirmada por Ley, primero estatal, luego autonómica, que incorpora a sus técnicas la del aprovechamiento tipo o medio.*

La transferencia de aprovechamiento es una técnica de gestión urbanística que tiene lugar por el acuerdo suscrito entre la Administración y los propietarios de suelo. En su virtud la Administración adquiere un suelo, generalmente urbano y destinado a dotación pública, evitando recurrir a la expropiación forzosa. A cambio, el propietario puede materializar su aprovechamiento urbanístico en una parcela distinta a la cedida, agregándolo al aprovechamiento propio de esta segunda parcela. El ámbito propio de estas transferencias es el de las actuaciones asistemáticas.

La Ley de 1992 introdujo la distinción entre actuaciones “sistemáticas” y “aisladas” o “asistemáticas”. Los preceptos que introdujeron tales distinciones fueron declarados inconstitucionales por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1997, por exceder la competencia legislativa del Estado en esta materia. No obstante, la terminología se halla presente en algunas legislaciones autonómicas.

Las actuaciones sistemáticas son aquellas que se llevan a cabo mediante los sistemas tradicionales de ejecución, compensación, agente urbanizador, cooperación y expropiación. Tienen por regla general como objetivo una actuación de reparcelación, urbanización o reurbanización. Mientras que las actuaciones asistemáticas tienen como objetivo actuaciones puntuales para obtener suelo de dotación pública y, generalmente, se llevan a cabo mediante expropiación, ocupación directa o transferencia de aprovechamiento, aunque dependerá de lo que establezca la respectiva legislación urbanística autonómica.

En las actuaciones sistemáticas cuando se actúa a través de unidades de ejecución, la equidistribución se consigue mediante el cumplimiento, por parte de los propietarios afectados, de las obligaciones que derivan del sistema de actuación que corresponda. El propio instrumento de gestión partiendo del aprovechamiento medio del área de reparto fijado en plan, concretará el aprovechamiento objetivo correspondiente al ámbito y el subjetivo del propietario. El incumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos previstos implica la no adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico, quedando extinguido el derecho a urbanizar. En estos casos las transferencias se producirán en el periodo transitorio en que se adjudiquen o transmitan unidades de aprovechamiento de la unidad de ejecución a las empresas urbanizadoras o agente urbanizador, cuando se admita el pago a estos por esta vía, o incluso a terceros no intervinientes en la actuación y hasta la aprobación definitiva de esta.

El fundamento de estas operaciones de transferencia y así mismo las de reserva de aprovechamiento, reside en el principio de igualdad y, en consecuencia, en la justa distribución de beneficios y cargas, que ha sido configurado como principio general rector del urbanismo, es de aplicación tanto en la redacción de los planes en que se ejercita la potestad de planeamiento, como en la fase posterior de ejecución, y que ha de garantizar a todos los propietarios de suelo de cada área urbanística el porcentaje susceptible de

apropiación correspondiente. Ello significa que el ajuste entre el aprovechamiento real definido por el planeamiento y el susceptible de apropiación por el titular del terreno (aprovechamiento subjetivo) ha de procurarse no sólo cuando se actúe a través de unidades de actuación, es decir, no sólo cuando se trate de actuaciones sistemáticas, sino también al margen de ellas, es decir, cuando se produzcan actuaciones aisladas Mas será en la ulterior fase de ejecución/gestión del plan general que se concretará el mecanismo equidistributivo que haya de hacer efectivo el aprovechamiento reconocido. La concreción del modo en el que haya de agotarse el aprovechamiento reconocido a los titulares de los terrenos incluidos en el ámbito es cuestión que puede quedar pospuesta a la gestión del planeamiento, no resultando en abstracto de la asignación de aprovechamiento contenida en el plan una trasgresión del principio de equidistribución de beneficios y cargas puesto que se compensa al propietario con la atribución de un aprovechamiento lucrativo, asignación que debe compatibilizarse con la naturaleza estatutaria del derecho de propiedad del suelo y con el principio de no indemnizabilidad por la actuación de la administración urbanística”.

SEGUNDO.- Y si es claro que la DGRN se refiere a la reserva de aprovechamiento como figura claramente hermanada con su transferencia, por responder a un pensamiento común, conforme el aprovechamiento como contenido urbanístico abstracto del terreno cuya propiedad lo concede es separable del suelo que lo atribuye, en el sentido de que se materializa en otros terrenos, o se cobra en metálico, no es de recibo que el apelante se refugie en que la norma con rango de ley que regula la reserva de aprovechamiento -la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía- es posterior en el tiempo a la firma del convenio.

La parte apelante sostiene que el convenio no prevé una cesión anticipada de suelos dotacionales con reserva de aprovechamiento al modo en que la LOUA configura esta técnica de gestión urbanística y que por este motivo la interpretación del convenio que defiende la sentencia recurrida le impone retroactivamente el régimen legal de las reservas de aprovechamiento, al interpretar sus cláusulas secundum legem, con la intención de que encajen en previsiones legales nacidas al mundo con posterioridad a su firma.

Esta alegación olvida que sería posible, en todo caso, que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes hubieran configurado el contenido negocial del convenio de acuerdo a directrices elegidas por el legislador ulteriormente, y además, que la reserva de aprovechamiento es una técnica de gestión con arraigo en la vida local antes de la promulgación de la LOUA, por lo que es inexacto decir que esta ley la crea ex novo; prueba de ello es que el artículo 41 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de

Actos de Naturaleza Urbanística, al regular la inscripción de las fincas y de su aprovechamiento en caso de ocupación directa, lo hace en términos que permiten reconocer la LOUA define como reserva de aprovechamiento, al disponer que mientras que la finca objeto de ocupación directa se inscribe a favor de la Administración actuante, para su afectación al uso para el que fue ocupada, registralmente ha de hacerse constar que el aprovechamiento urbanístico correspondiente se halla pendiente de consolidación definitiva por la adjudicación de la finca de reemplazo.

TERCERO.- La pretensión de cumplimiento por equivalencia persigue indemnizar a P. en la suma correspondiente al interés económico que presume le habría proporcionado el convenio de cumplirse exacta y puntualmente, por resumir, representa el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios que el artículo 1.124 del Código pone a disposición del contratante perjudicado por la frustración del convenio imputable a la autoridad local.

Pero es claro que el resarcimiento depende del incumplimiento de la otra parte negocial, y este, como hemos razonado, no ha tenido lugar en la forma que presume P.

La anulación judicial de los sucesivos Planes Generales de Ordenación Urbana de 2003, 2005 y 2007 es un hecho reconocido por ambos litigantes que, en efecto, puede haber distorsionado la dinámica del convenio, pero que no debe calificarse como un acto municipal de incumplimiento culpable, sino como una eventualidad que responde a la voluntad de terceros ajenos al convenio, demandantes de la nulidad.

El dato cierto que no puede obviarse es la aprobación definitiva por Orden de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de 28 de noviembre de 2016 del vigente Plan General de Ordenación Urbanística de Chiclana de la Frontera, y a partir de ahí, la Sala no se encuentra en condiciones de afirmar que el nuevo planeamiento, por su diseño del desarrollo urbano, es absolutamente inidóneo para permitir la efectividad de la reserva de aprovechamiento convenida, lo que sería el caso si de la ordenación prevista se siguiese la imposibilidad de materializar los aprovechamientos reservados, o su reducción en demérito del interés lucrativo de la apelante.

P. da a entender que el cumplimiento “in natura” del convenio se ve imposibilitado de facto por la proliferación de edificaciones ilegales que habrían colmatado los mejores suelos disponibles, pero se trata de una afirmación carente de prueba, que la Sala no puede acoger sin más.

Todo lo expuesto conduce a la desestimación del recurso de apelación, con imposición de las costas a la parte apelante, hasta un máximo de 3.000 €; por todos los conceptos.

(St de 24 de junio de 2021. Sala de Sevilla. Ponente Rodríguez Moral).

XXII. URBANISMO

Declaración de ruina. Valoración de los hechos y de la actuación de la Administración en el agravamiento de la situación inicial. Incongruencia de las medidas encaminadas a la rehabilitación con la supuesta ruina.

PRIMERO.- RESOLUCIÓN APELADA

Se recurre la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictada en desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Decreto 7636/16 del Teniente de Alcalde Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María que en fecha 17 de agosto de 2016 confirmó en vía de reposición otro anterior, dado el 10 de mayo de 2016 , que en esencia vino a denegar el reconocimiento de la situación de ruina física inminente del inmueble propiedad de la recurrente, sito en la calle Cielo 104, ordenando nuevas obras de mantenimiento, consistentes en limpieza del edificio, impermeabilización en cubierta y reparación de fachada, vigerías y forjado.

SEGUNDO.- APRECIACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE RUINA FÍSICA INMINENTE

Con independencia de cuál sea finalmente la valoración de la Sala sobre la concurrencia en su momento de la situación de ruina física inminente, esta cuestión no puede tener otro planteamiento que el que propone la sentencia apelada, que correctamente entiende que estamos ante una cuestión de hecho, sujeta a la apreciación que permitan los medios de prueba disponibles, que ha de hacerse al margen de todo juicio sobre a quien debe imputarse la responsabilidad del posible estado ruinógeno del edificio, de ser cierto el mismo.

Es decir, haciendo abstracción de si la situación en que se encontraba el inmueble en el momento de dictarse el acto recurrido era consecuencia del incumplimiento del deber de conservación de la propiedad o, por el contrario, de la deficiente actividad de gestión urbanística del Ayuntamiento,

por su negativa a resolver en tiempo y forma los proyectos de rehabilitación y consolidación presentados en su día por la apelante.

Cuestión distinta será valorar si del incumplimiento de las órdenes de ejecución de obras de conservación y mejora de las que ha sido destinataria la apelante puede haberse derivado un empeoramiento del estado del inmueble, susceptible de desembocar en su derrumbe físico, lo que se confunde con la cuestión de fondo, es decir, la concurrencia de la situación descrita en el artículo 159 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, para el que la ruina física inminente tiene lugar “Cuando una construcción o edificación amenace con derruirse de modo inminente, con peligro para la seguridad pública o la integridad del patrimonio protegido por la legislación específica o por el instrumento de planeamiento urbanístico”

La situación del inmueble ha sido valorada por la Jueza “a quo”, prestando especial atención a las pericias presentadas por ambas partes litigantes, siendo elementos significativos de su valoración: 1º que recoja que el perito autor del informe aportado por la sociedad apelante, fechado en mayo de 2018, reserve el riesgo de ruina a la zona interior, sin apreciar peligro de desplome inminente en la fachada, en línea con lo informado en su día por otro profesional, el Sr. Teodosio que en enero de 2011 indicaba que el grueso del muro era de 0,60 m y construcción correcta, contando con cimentación, sin presentar grietas preocupantes 2º el hecho de que el Arquitecto Sr. Victoriano, al mismo tiempo que hablaba de ruina inminente, mantuviese como solución la actuación sobre la totalidad del inmueble por la vía de la recuperación o rehabilitación, señalando que los muros estaban en aceptable estado de conservación y eran recuperables, debiendo actuarse sobre ellos con grapas respecto a las posibles fisuras, sin perjuicio de llevar a cabo actuaciones como aumento de cimentación (recalce), y sustituir los elementos de aislamiento, cubiertas, carpintería... es decir, defiende como posible la rehabilitación del edificio, en contradicción incompatible con la ruina inminente 3º todo en contraste con el informe del Inspector del Servicio de Disciplina Urbanística de ratificado en la vista en el que se decía que tras la visita girada en fecha 17 de marzo de 2016, y gracias a la composición estructural de la finca, dotada de grandes muros de carga y pequeños paños de forjados, no había deficiencias estructurales determinantes de una ruina técnica, pero si era necesario acometer obras de acondicionamiento describiendo en los folios 406 y ss las necesarias e ineludibles, sin perjuicio de la progresión del estado de peligro del inmueble en caso contrario.

Y lo cierto es que el recurso de apelación, en lugar de identificar dónde radica a su criterio el error en el proceso de formación de juicio y voluntad de la Juzgadora, se limita a mas bien a exponer ordenadamente el iter de los distintas incidencias que han jalonado la relación de la propiedad con la autoridad urbanística local , citando de nuevo los pasajes de alguno de sus informes, pero sin desvirtuar la esencia de la valoración judicial. Diremos que la apreciación de la Juez se basa en haber resaltado que los informes del Arquitecto de la propiedad tanto por su tono como por el contenido , parecían estar encaminados a procurar la rehabilitación de la finca, empresa que es cierto parece difícilmente abordable si el inmueble en cuestión amenaza ruina inminente, y que el recurso de apelación no discute seriamente esta valoración, que descansa en poner de relieve cierta contradicción entre los planes de la propiedad y su pretensión de obtener la declaración de ruina.

Y debe añadirse además, puesto que en ocasiones , los hechos hablan por sí mismos, que si juzgamos estos dinámicamente, es decir , adelantándonos a fecha de hoy y si presumimos que la propiedad ha dado lugar al cumplimiento de la orden de ejecución de las nuevas obras expresadas en el Decreto denegatorio de la situación de ruina, y que estas han sido suficientes para mantener la estabilidad del inmueble, la conclusión es que el mismo no amenazaba de ruina inminente, sino más bien en un estado de conservación mejorable.

TERCERO.- IMPOSICIÓN A LA PROPIEDAD DE REPARACIONES POR ENCIMA DEL LÍMITE DEL DEBER NORMAL DE CONSERVACIÓN

La parte apelante entiende que la sentencia ha refrendado la infracción del artículo 157 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía , en el que se establece que el contenido normal del deber de conservación que corresponde a todo propietario de un inmueble está representado por la mitad del valor de una construcción de nueva planta, con similares características e igual superficie útil o, en su caso, de dimensiones equivalentes que la preexistente, realizada con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable, lo que tiene como consecuencia que cuando el coste de obras de conservación y rehabilitación lo rebasen , aquellas se ejecutarán a costa de la entidad que lo ordene en la cuantía que exceda de dicho deber.

Con tal fin, resume el importe del coste de los trabajos de intervención y reparación del inmueble efectuados, incluyendo el de las obras ordenadas en

el Decreto recurrido, a sumar a los costes fijos de mantenimiento, estimación manifiestamente insuficiente, en la medida en que incurre en el defecto de no ofrecer la tasación del valor de reposición del edificio de nueva planta en torno al cual gira el cálculo del deber de conservación. Sin el término de comparación que representa el valor de la edificación que soportaría el suelo sobre el que se asienta el viejo inmueble y que expresa lo que como mínimo estaría obligado a pagar en condiciones normales un tercero independiente por incorporarlo a su patrimonio, es imposible determinar si el dueño del edificio soporta una carga excesiva, por lo que decae este motivo de impugnación.

CUARTO- INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Es criterio del Tribunal Supremo (*STS de 1 de diciembre de 2003, ROJ: STS 7614/2003*) que puede, y debe, considerarse legítima la confianza del interesado en el actuar de la Administración cuando ésta lleva a cabo actuaciones lo suficientemente concluyentes como para que aquél pueda razonablemente entender: a) Que la Administración actúa correctamente [*S. de 23 de noviembre de 1984, antigua Sala 5ª (Ar. 5956)*]. b) Que es lícita la conducta que mantiene con la Administración [*S. de 22 de diciembre de 1994 (Ar. 621)*], y c) Que sus expectativas como interesado son razonables [*S. de 28 de febrero de 1989, Sala 3ª (Ar. 1458)*]. d) Que el interesado haya cumplido los deberes y obligaciones que le incumben en el caso [*S. de 30 de junio de 1993, Sala 3ª, sección 3ª (Ar. 5204)*; *S. de 26 de enero de 1990, Sala 3ª, sección 3ª (Ar. 598)*].

Y tienen naturaleza de actos concluyentes a efectos de crear esa confianza legítima en el interesado: a) La creación por la Administración de “signos externos” que, incluso sin necesidad de ser jurídicamente vinculantes, orientan al ciudadano hacia una determinada conducta [*S. de 8 de junio de 1990, Sala 3ª, sección 3ª (Ar. 5180)*; *S. de 19 de julio de 1996, Sala 3ª, Sección 5ª (Ar.6202)*; *S. de 22 de marzo de 1991, Sala 3ª, sección 3ª (Ar. 2669)*]. y b) El reconocimiento o constitución por la Administración de una situación jurídica individualizada en cuyo normal desenvolvimiento sea razonable creer [*S. de 27 de enero de 1990, Sala 3ª, sección 5ª (Ar. 562)*], siendo claro que no puede invocarse su infracción una sociedad mercantil que voluntariamente adquiere un inmueble y que a posteriori, ve rechazados por la autoridad urbanística local su proyecto de rehabilitación por razones que la Jurisdicción ha considerado conforme a Derecho. La adquisición de un inmueble confiere al nuevo dueño una simple expectativa de transformarlo urbanísticamente

con arreglo a su voluntad, pero cualquier profesional del ramo inmobiliario conoce la necesidad de recabar a posteriori las autorizaciones pertinentes, en un procedimiento ajeno a la operación de compra.

QUINTO.- COSTAS.

Con desestimación del recurso de apelación e imposición de las costas de la alzada a la parte apelante por aplicación del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, hasta un límite de 1000 €; por todos los conceptos.

(St. de 19 de julio de 2021. Sala de Sevilla. Ponente Rodríguez Moral).