



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 3 1 0 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 12 de mayo de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por A.M.A. y I.H.T., en representación de C.P.E.F., S.L; y por I.H.T. en representación de las empresas C.W., S.L., E.S., S.L. e I.E.I.C., S.L., por daños ocasionados como consecuencia de la anulación de la Orden de 14 de octubre de 2004, por la que se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios (B.O.C. nº 209/2004, de 28 de octubre) (EXP. 301/2010 ID)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Mediante escrito de 20 de abril de 2010, el Consejero de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias solicita de este Consejo la emisión de Dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños que se imputan a la anulación de la Orden de 14 de octubre de 2004, por la que se convocó concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios.

El Consejero de Empleo, Industria y Comercio ostenta legitimación para solicitar el Dictamen al amparo del art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

---

\* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

La preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo para emitir la consulta deriva de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la citada Ley 5/2002, al tratarse de una reclamación formulada en materia de responsabilidad patrimonial dirigida a una de las Administraciones Públicas de Canarias.

## II

1. Las reclamaciones que han dado lugar al expediente remitido a este Consejo han sido interpuestas por A.M.A. y I.H.T., en representación de C.P.E.F., S.L. y I.H.T. en representación de las empresas C.W., S.L., E.S., S.L., e I.E.I.C., S.L., que ostentan la condición de interesadas en este procedimiento como participantes en el concurso público posteriormente anulado, al manifestar haber sufrido lesiones en sus derechos que imputan al funcionamiento de la Administración pública autonómica canaria.

2. El Consejo Consultivo de Canarias ha emitido anteriormente sobre este asunto los Dictámenes 454/2008, de 2 de diciembre, y 241/2010, de 15 de abril.

En el Dictamen 454/2008, de 2 de diciembre, se expresan los antecedentes que dieron lugar al procedimiento de responsabilidad patrimonial, así como a los aspectos relativos a la tramitación del procedimiento, que por ello damos por reproducidos en este nuevo Dictamen.

Por lo que al fondo del asunto se refiere, este Consejo Consultivo ya expresó la conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución de la Administración, en tanto que en ésta se estimó la concurrencia de relación de causalidad entre el daño alegado por los interesados y la anulación de la Orden de 14 de octubre de 2004, por la que se convocó el concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares.

La valoración del daño efectuada por la Administración fue objeto, sin embargo, de las siguientes consideraciones:

*“4. Sentada en estos términos la responsabilidad de la Administración, procede seguidamente determinar qué daños tienen carácter de indemnizables.*

*A este respecto, la Propuesta de Resolución estima, como antes se ha señalado, que sólo resultan indemnizables los realizados de forma necesaria para poder participar en el concurso y considera que únicamente revisten tal carácter los ocasionados por la constitución y mantenimiento del aval hasta su*

*cancelación. Se excluyen así los gastos relativos al proyecto de parque eólico por considerar que la participación en el concurso no comporta sino una expectativa, por lo que han de entenderse comprendidos dentro del riesgo que todo licitador asume al concurrir a un procedimiento de contratación o concurrencia y que a él corresponde sufragar, ya que los mismos pueden frustrarse por la no adjudicación y, en todo caso, pueden retirarse y hacerse uso de ellos en otras convocatorias. A mayor abundamiento se señala que las bases del concurso no exigían la presentación de un proyecto técnico suscrito por un facultativo competente y visado por el colegio profesional correspondiente y que la contratación externa de una asistencia técnica para la redacción del Plan Eólico es fruto de una decisión libremente adoptada por el empresario, sin que este gasto viniese impuesto por las propias bases del concurso público.*

*Por lo que respecta a esta fundamentación se estima conforme a Derecho la conclusión de que únicamente procede indemnizar aquellos gastos que los interesados debieron sufragar de forma necesaria para poder participar en el concurso, lo que efectivamente incluye los gastos de constitución y mantenimiento del aval que a estos efectos exigían las bases de la convocatoria, en aplicación de lo previsto en el art. 10.2.a) del Decreto 53/2003. Este mismo criterio permite excluir los gastos originados como consecuencia de la elaboración del proyecto técnico de instalación eólica, que no puede revestir el carácter de necesario porque la convocatoria no exigía su presentación ya que, conforme con lo previsto en el art. 14.2 del citado Decreto 53/2003, debían presentarlo con posterioridad los que resultaran adjudicatarios.*

*Ahora bien, la convocatoria en su Base Cuarta exigía la presentación de la documentación acreditativa correspondiente a la información y datos solicitados en el Plan Eólico cuyas determinaciones se establecieron en su Anexo III. Este Plan tenía por objetivo la definición de las características del parque eólico, a cuyo efecto debían completarse los siguientes apartados: memoria resumen, datos de potencia y energía de origen eólico, aerogeneradores, grado de afección al sistema eléctrico, localización geográfica, terrenos, aspectos socio-económicos y valoración medioambiental. Como acaba de señalarse, la Propuesta de Resolución considera que no deben ser objeto de indemnización por las apuntadas razones de que, en primer lugar, la participación en el concurso no comporta sino una expectativa y, por tanto, el licitador debe, en todo caso, asumir este coste y, en segundo lugar, la contratación externa de una*

*asistencia técnica para la redacción del Plan Eólico es fruto de una decisión libremente adoptada por el empresario, sin que este gasto viniese impuesto por las propias bases del concurso público.*

*Frente a este criterio procede señalar que la presentación de la documentación relativa al Plan eólico en los términos indicados venía exigida en las bases de la convocatoria y que la elaboración de esta documentación ha podido generar gastos a los participantes, sobre todo en lo que se refiere a aquellos extremos de carácter técnico en los que, si bien como se señala no se exige por las bases la contratación de asistencia externa, sin embargo pueden requerirse determinados conocimientos específicos para su elaboración. Además, aunque es cierto que la participación en el concurso no genera más que una expectativa y que se trata de un riesgo que asume el participante en caso de no resultar finalmente adjudicatario, no nos encontramos en puridad ante este supuesto por cuanto no se trata de reclamaciones fundadas en la circunstancia de haber sufrido un resultado adverso en el concurso por no haber resultado adjudicatario, sino que ha sido la actuación de la Administración al declarar nula la Orden de convocatoria la que ha impedido el normal devenir del concurso público.*

*Se considera, por ello, que son también indemnizables los gastos relativos a la elaboración de la documentación integrante del Plan Eólico exigida en las Bases de la convocatoria, siempre que hayan sido no sólo debidamente acreditados sino que deriven estrictamente de la elaboración de la documentación exigida, sin incluir otros gastos reclamados por los interesados que no respondan a esta finalidad. El expediente tramitado debe, por ello, completarse adecuadamente con el informe de los servicios administrativos implicados, con referencia a la citada documentación y a los gastos realmente generados por los reclamantes por los citados conceptos, debidamente acreditados, con participación previa y audiencia posterior de aquéllos, antes de la redacción de la Propuesta de Resolución, remitiéndose, en su caso, en garantía del acierto de la mencionada Propuesta de Resolución, a este Consejo para la emisión del correspondiente Dictamen.*

*5. Por lo que se refiere a los restantes gastos reclamados, la Propuesta de Resolución se estima conforme a Derecho en cuanto a la desestimación.*

*Así, en lo que se refiere a la pérdida de oportunidades, se fundamenta en las diversas reclamaciones en la existencia de un derecho a ser indemnizado en*

*los supuestos en que el administrado, a consecuencia del actuar de la Administración, pierde la posibilidad de participar u obtener algo. En este caso se identifica la pérdida de oportunidades con la imposibilidad de resultar adjudicatario, argumentando que «no se está solicitando una indemnización aduciendo que, de no haber mediado la declaración de invalidez de la Orden de 2004, habría resultado mi representada necesariamente adjudicataria del concurso. No se está solicitando, por tanto, el lucro cesante derivado de una situación hipotética de tal naturaleza, pero sí -se insiste- una indemnización derivada de la pérdida de oportunidades en que se ha traducido la declaración de invalidez de la Orden de 2004».*

*Aunque establecido en estos términos, se reclama en realidad sobre la base de una mera expectativa de poder resultar adjudicatario en el concurso público convocado. El daño no reviste, por tanto, el carácter de daño real y efectivo, pues no constituye más que una mera expectativa, un beneficio hipotético que podría producirse, partiendo además de la premisa de que podría resultar adjudicatario en el concurso. En este sentido, es constante la jurisprudencia que sostiene que no cabe derivar el daño de supuestos meramente posibles y de resultados inseguros, eventuales o meramente hipotéticos (SSTS 5 de junio de 1972, 3 de febrero de 1989, 12 de marzo de 1992, 23 de julio de 2002, entre otras), que es precisamente lo que se reclama por los interesados.*

*Finalmente, tampoco son resarcibles los gastos que específicamente reclama la empresa I.E.I.C., S.L. (viajes, alojamientos, alquiler de vehículos, comidas, peaje de autopista, compra de dos impresoras, compra de publicaciones), pues, como señala la Propuesta de Resolución, son gastos que ha de asumir la empresa licitadora, ya que los mismos se deben vincular al riesgo empresarial derivado de la participación del empresario en cualquier licitación pública, sin que deriven específicamente del concurso convocado.*

*6. De la aplicación de este criterio a las distintas reclamaciones presentadas resulta que procede indemnizar a todas las entidades interesadas por los gastos de constitución y mantenimiento de los avales, en los términos fijados en la Propuesta de Resolución, que han sido acreditados mediante las correspondientes certificaciones bancarias.*

*Por lo que se refiere a los gastos relativos a la documentación presentada, procedería -conforme con el criterio antes expuesto- su indemnización, siempre*

*que hayan sido acreditados y respondan estrictamente a la elaboración del Plan Eólico en los términos exigidos, extremo sobre el que deben pronunciarse los servicios administrativos implicados tras el análisis y examen de las documentaciones presentadas.*

*No procede la indemnización de los restantes gastos reclamados, en atención a las razones ya señaladas”.*

3. En cumplimiento de este Dictamen se procedió por la Administración actuante a la elaboración de informes técnicos relativos a la determinación y cuantificación de los daños indemnizables a cada una de las entidades interesadas en este procedimiento, a las que se concedió el preceptivo trámite de audiencia a fin de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen convenientes y que fueron efectuadas en el plazo concedido al efecto.

Se solicitó seguidamente nuevo pronunciamiento de este Consejo, que emitió el Dictamen 241/2010, de 15 de abril, en el que se concluyó que *por las razones expuestas en la fundamentación del presente Dictamen, el pronunciamiento de este Consejo Consultivo sobre los elementos indemnizatorios planteados requiere como presupuesto la redacción por parte de la Administración solicitante de la correspondiente Propuesta de Resolución, debidamente motivada, dando respuesta a las alegaciones, conceptos y documentación aportadas por las empresas licitadoras.*

Una vez redactada la Propuesta de Resolución, en los términos señalados y remitida a este Consejo, se emitirá el Dictamen que proceda sobre el fondo.

4. La nueva solicitud de Dictamen, una vez elaborada la Propuesta de Resolución, ha tenido entrada en este Consejo con fecha de 26 de abril de 2010.

### III

1. Determinada la procedencia de declarar la responsabilidad administrativa en el asunto sometido a consulta, el objeto del presente Dictamen recae sobre la cuestión relativa a las lesiones sufridas que deben indemnizarse a cada una de las empresas licitadoras interesadas y las discrepancias suscitadas en torno a su cuantificación entre los reclamantes y la Administración instructora.

La Propuesta de Resolución acoge a estos efectos la doctrina de este Consejo Consultivo en relación con los daños que deben ser objeto de indemnización, así como la sentencia firme de la Sala de lo Contencioso Administrativo de las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de abril de 2009. Esta sentencia

recayó en relación con un recurso contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por otra de las empresas licitadoras, no interesada en el presente procedimiento administrativo. La sentencia estimó el recurso presentado reconociendo el derecho de la entidad a ser indemnizada por los gastos realizados en la previa fase administrativa para poder participar, que posteriormente devinieron inútiles debido a la anulación del concurso. Para la Sala no ofrece duda la determinación singularizada de los perjuicios indemnizables, que vienen constituidos por todos aquéllos que de acuerdo con las bases del concurso exigía la presentación de la oferta, en los que se incluyen, no sólo los gastos derivados del aval, sino también los originados por la confección de los restantes documentos (y singularmente los relativos al Plan Eólico) que eran exigidos para presentarse al concurso y se establecían en la Base cuarta de la Orden de convocatoria. La sentencia consideró igualmente indemnizables los gastos notariales necesarios para la constitución de la sociedad que habían sido reclamados, así como los derivados de su inscripción en el Registro Mercantil.

2. El análisis de la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución en el específico aspecto a que se contrae este Dictamen requiere un pronunciamiento en relación con la indemnización de los daños alegados por cada una de las entidades interesadas, dentro de los términos expuestos, a lo que seguidamente procederemos.

A. P.E.F., S.L. reclama una indemnización que comprende los gastos derivados de los siguientes conceptos:

Dos estudios de viabilidad técnica y económica de los parques eólicos: 78.000 euros (39.000 euros cada uno). Para su acreditación aporta dos facturas emitidas por la entidad T.N., S.A., fechadas el 8 de enero de 2007, así como tres certificaciones de la citada entidad, dos de fecha 9 de enero de 2008 y la última, sin fecha, aportada durante el trámite de audiencia concedido el 6 de octubre de 2009, en las que se indica que las citadas cantidades fueron abonadas y que los trabajos facturados eran los estrictamente necesarios para la presentación de los proyectos. Aporta también durante el citado trámite de audiencia modelo tributario 347 correspondiente al ejercicio 2007, relativo a la declaración anual de operaciones con terceras personas presentado ante la Administración tributaria el 27 de marzo de 2008.

Costes financieros de los avales depositados: 6.100,38 euros, acreditados mediante la aportación de seis certificados emitidos por la entidad bancaria avalista fechados el 4 de enero de 2008.

Pérdida de oportunidades, que cifra en la cantidad de 1.066.610,04 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado de haber resultado adjudicatario.

La Propuesta de Resolución considera que resultan indemnizables los gastos derivados de la constitución, mantenimiento y cancelación del aval, en tanto que gasto necesario para la participación en el concurso, dado que han sido debidamente acreditados. Procede efectivamente la indemnización por este concepto, como ya señaló este Consejo en su Dictamen 454/2008.

No se consideran indemnizables sin embargo los gastos relativos a los estudios de viabilidad técnico-económica (78.000 euros), que en principio serían indemnizables, debido a la falta de acreditación en debida forma del pago de los mismos a la entidad T.N., S.A. La reclamante aporta dos facturas fechadas el 8 de enero de 2007, pero no el instrumento de pago utilizado para su abono. Se sostiene a estos efectos que en el tráfico comercial o mercantil las operaciones de gran calado económico se abonan normalmente mediante cheque bancario o transferencia, los cuales constituyen verdaderos medios de prueba que acreditan frente al acreedor y frente a terceros el pago de las facturas y que en el presente caso, la entidad interesada aporta únicamente tres certificados de la empresa T.N., S.A., donde manifiesta que cobró tales cantidades, así como la presentación telemática de la declaración tributaria de operaciones con terceras personas. Se advierte además la irregularidad en cuanto a la fecha de emisión de las facturas, dos años después de haberse realizado los trabajos, cuando debieron haber sido emitidas entre el periodo comprendido entre finales de 2004 y principios de 2005, dentro del plazo que fijaba la convocatoria pública para presentar la documentación del plan eólico.

Finalmente, tampoco se considera indemnizable la pérdida de oportunidades reclamada, siguiendo el criterio sustentado por este Consejo en su Dictamen 454/2008.

B. C.W., S.L., reclama una indemnización integrada por:

Estudio de viabilidad técnica y económica del parque eólico (13.000 euros). Aporta para su acreditación factura emitida el 13 de enero de 2007 por la entidad T.N., S.A., así como dos certificaciones de la citada entidad, una de fecha 9 de enero de 2008 y la última, sin fecha, aportada durante el trámite de audiencia concedido el



6 de octubre de 2009. Estas certificaciones indican que el referido importe fue abonado y que los trabajos facturados, que se detallan, eran los estrictamente necesarios para la presentación de los proyectos. Aporta también durante el citado trámite de audiencia modelo tributario 347 correspondiente al ejercicio 2007, relativo a la declaración anual de operaciones con terceras personas presentado ante la Administración tributaria el 27 de marzo de 2008.

Gastos de notaría relativos a la constitución de la sociedad, matriz y copias de poder de representación, legitimación y gastos del Registro Mercantil: 785, 48 euros, que se han acreditado mediante la aportación de los correspondientes documentos.

Costes financieros de los avales depositados (1.663,74 euros), acreditados mediante la aportación de un certificado emitido por la entidad bancaria avalista fechado el 4 de enero de 2008. Se reclaman además los gastos notariales relativos al afianzamiento o riesgos del aval constituido (361,47 euros), acreditado mediante aportación de factura.

Pérdida de oportunidades, que cifra en la cantidad de 399.978,77 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado.

La Propuesta de Resolución considera indemnizables los gastos relativos al aval, así como los derivados de la constitución y registro de la sociedad.

Del mismo modo se consideran no indemnizables los restantes gastos, relativos a la pérdida de oportunidad y al coste de los estudios de viabilidad técnico-económica, por las mismas razones ya apuntadas en relación con la anterior reclamante, al no haber acreditado debidamente el pago de la factura presentada mediante los medios y efectos mercantiles adecuados con validez en el tráfico comercial.

C. E.S., S.L. solicita una indemnización por los siguientes conceptos:

Cinco estudios de viabilidad técnico-económica de los parques eólicos (130.000 euros), que se acreditan mediante la aportación de cinco facturas por importe de 26.000 euros cada una, emitidas con fecha 25 de enero de 2007 por la empresa T.N., S.A., así como por seis certificados emitidos por esta entidad, cinco de fecha 9 de enero de 2008 y el último, sin fecha, aportado durante el trámite de audiencia concedido el 6 de octubre de 2009. Estas certificaciones indican que el referido importe fue abonado y que los trabajos facturados, que se detallan, eran los estrictamente necesarios para la presentación de los proyectos. Aporta también durante el citado trámite de audiencia modelo tributario 347 correspondiente al

ejercicio 2007, relativo a la declaración anual de operaciones con terceras personas presentado ante la Administración tributaria el 27 de marzo de 2008.

Gastos de notaría relacionados con la constitución de la sociedad (260,85 euros), que se acreditan con la correspondiente documentación.

Costes financieros de los avales depositados (12.200,76 euros), acreditados mediante la aportación de doce certificados emitidos por la entidad bancaria avalista fechados el 4 de enero de 2008. Se reclaman además los gastos de comisión por riesgos de avales por importe de 361,47 euros.

Pérdida de oportunidades, que cifra en la cantidad de 2.933.177,61 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado.

La Propuesta de Resolución considera indemnizables los gastos derivados del aval presentado y los de notaría relacionados con la constitución de la sociedad y desestima, por las mismas razones ya apuntadas anteriormente, los costes de los estudios de viabilidad técnico-económica y la pérdida de oportunidades. No contiene, sin embargo, pronunciamiento alguno acerca de los gastos de comisión por riesgos de avales, si bien pueden entenderse desestimados al no incluirse en la cantidad que se considera indemnizable y además porque este criterio desestimatorio se mantiene en el informe técnico emitido con anterioridad.

D. I.E.I.C., S.L. reclama una indemnización que incluye:

Estudios de viabilidad técnico-económica (115.024, 76 euros), a cuyos efectos se aportan diversas facturas emitidas por la entidad A.I., S.L., cuyo pago se acredita mediante copia de cheques y extractos mensuales de entidad bancaria, así como por otras facturas emitidas por otras entidades.

Costes financieros de los avales depositados (24.124, 23 euros), que han sido acreditados mediante la aportación de veinticinco certificados emitidos por la entidad bancaria avalista con fecha 4 de enero de 2008.

Gastos derivados de los alojamientos en hoteles, de viajes en avión y barco, de alquiler de vehículos, de peaje de autopistas, de gasolina, de comida, de publicaciones, de envíos de mercancías y de adquisición de dos impresoras.

Pérdida de oportunidades, cifrada en la cantidad de 5.799.692,10 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado.

La Propuesta de Resolución estima la reclamación en lo que se refiere a los costes de los estudios de viabilidad técnico-económica, que se consideran

acreditados al presentarse prueba documental de su efectivo abono, así como los gastos derivados de la constitución, mantenimiento y cancelación del aval.

Se desestima la reclamación en relación con los restantes gastos por las siguientes razones:

No se consideran indemnizables los gastos derivados de los alojamientos en hoteles, de viajes en avión y barco, de alquiler de vehículos, de peaje de autopistas, de gasolina, de comida, de publicaciones, de envíos de mercancías y de adquisición de dos impresoras, siguiendo el criterio sustentado por este Consejo en su Dictamen 454/2008.

Tampoco se consideran indemnizables los gastos reclamados en relación con diversas facturas emitidas en el año 2003 y las emitidas desde enero a octubre de 2004, por cuanto son trabajos realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la convocatoria del concurso público en el Boletín Oficial de Canarias, es decir, con anterioridad al 28 de octubre de 2004 y, a este respecto, se considera evidente que dichas facturas, por su fecha de emisión, no se pueden vincular al concurso de asignación de potencia para la instalación de nuevos parques eólicos.

En este mismo sentido se desestima igualmente la indemnización por los gastos consignados en diversas facturas emitidas en el año 2006, es decir, facturas muy posteriores al plazo de subsanación de las solicitudes (BOC de 9 de septiembre de 2005), por cuanto dichas facturas ya no tienen vinculación o relación directa con el concurso público, ya que éste se abrió en octubre de 2004 y se cerró en septiembre de 2005 (por ejemplo, facturas emitidas por la empresa A.I., S.L. en el año 2006 por asesoramiento para la obtención de autorizaciones administrativas de los parques eólicos por importe de 1.500 euros y dos facturas de 3.000 euros por el mismo concepto).

3. La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho en lo que se refiere a la valoración del daño realizada, por las razones ya sostenidas por este Consejo en su Dictamen 454/2008, en cuanto al abono del coste de los avales. Igualmente se estima correcta la indemnización de los gastos notariales y registrales.

Se considera también conforme a Derecho la desestimación de la indemnización por los costes de los estudios de viabilidad técnico-económica presentados por las entidades C.P.E.F., S.L., C.W., S.L., y E.S., S.L., pues, si bien constituyen un

concepto indemnizable, sin embargo no ha quedado acreditado en el expediente que estas entidades procedieran al efectivo abono de las facturas presentadas.

A estos efectos, la circunstancia de que hayan sido emitidas en fecha posterior a la realización de los trabajos no constituiría, en principio, obstáculo para su abono, siempre que en las mismas hubiera quedado debida constancia de los trabajos efectuados, lo que en el caso ha acontecido pues las facturas, si bien no detallan pormenorizadamente cada uno de los trabajos realizados, sí contienen una genérica mención a la "*prospección y disponibilidad de terrenos, análisis de recurso eólico, redacción de proyecto, tramitación y seguimiento*", con expresa referencia a concretos parque eólicos. Tampoco puede restringirse el instrumento de pago, como pretende la Propuesta de Resolución, al cheque bancario o la transferencia, siendo válido cualquier medio admitido en Derecho, aunque aquéllos sean los usuales en el tráfico mercantil. Ahora bien, sea cual sea el medio utilizado, ha de quedar debida constancia de que el pago efectivamente ha sido realizado, lo que en el presente caso no acontece, pues consta únicamente la certificación emitida por T.N., S.A., que se limita a indicar que fueron abonadas, sin señalar la fecha ni el medio en que se procedió al pago. Como ha expresado la jurisprudencia, la factura en sí misma no hace prueba del pago (SAP Sevilla de 30 de noviembre de 2005, SAP Badajoz de 1 de junio de 2006, SAP Ciudad Real de 5 de noviembre de 2007, AP Tenerife de 15 de septiembre de 2008, SAP Pontevedra 21 de enero de 2010), por lo que para que tales conceptos resulten indemnizables ha acreditarse fuera de toda duda que fueron efectivamente abonados, lo que en el caso no acontece. Incumbe además la carga de la prueba al reclamante, que es el que está en mejor disposición de acreditar el medio de pago utilizado, máxime cuando se pretende obtener el resarcimiento por dichos desembolsos económicos.

Durante el último trámite de audiencia concedido a las tres entidades éstas aportan copia del modelo de declaración tributaria de operaciones con terceras personas, cuya finalidad es la de ofrecer a la Administración tributaria la información telemática sobre este tipo de operaciones que han llevado a cabo, pero este documento no resulta por sí solo suficiente para acreditar el pago, dado que lo que aportan es una mera autodeclaración informativa presentada ante la Administración tributaria sujeta a comprobación.

Por otro lado, los supuestos gastos por los estudios de viabilidad técnica tienen como beneficiaria única a la misma entidad y se pretenden justificar, por los

reclamantes, a través de facturas, emitidas, sin embargo, años después de su ejecución.

Requeridas por ello, en el expediente, las empresas, para que aporten de manera fehaciente los justificantes de pago o la forma en que abonaron los importes económicos que reclaman, éstas se limitan, exclusivamente, a aportar la presentación telemática de su declaración tributaria realizada años después de operaciones con terceros. Todo ello pone en evidencia la falta de claridad sobre la certeza del pago del importe que reclaman y la forma en la que se hizo éste.

Finalmente, se consideran conformes a Derecho las desestimaciones en relación con la indemnización de determinados gastos alegados por las distintas entidades, tales como la pérdida de oportunidades reclamadas por todas ellas, por las razones expresadas en nuestro anterior Dictamen 454/2008.

La "pérdida de oportunidades" se invoca para situaciones de incertidumbre causal intrínseca que, en algunos casos, puede determinar una indemnización parcial en proporción a la probabilidad de obtención de una ventaja frustrada. Doctrina cuya admisión exige, sin embargo, a juicio de este Consejo Consultivo, la concurrencia de ciertos presupuestos, siendo aplicable además, para casos singulares, como la pérdida de oportunidades procesales o derivados de negligencia en el diagnóstico o curación en materia sanitaria. En cualquier caso, dicha doctrina debe distinguirse claramente del lucro cesante y no es aplicable, en el presente caso, por no existir pérdida de ventaja y no haber concluído el concurso y subsistir, por ello, la posibilidad de obtenerla en un futuro a través de otros.

Tampoco proceden, en relación con la empresa I.E.I.C., S.L., los gastos derivados de los alojamientos en hoteles, de viajes en avión y barco, de alquiler de vehículos, de peaje de autopistas, de gasolina, de comida, de publicaciones, de envíos de mercancías y de adquisición de dos impresoras, al tratarse, como también señalamos, de gastos que ha de asumir la empresa licitadora, ya que los mismos se deben vincular al riesgo empresarial derivado de la participación del empresario en cualquier licitación pública, sin que deriven específicamente del concurso convocado.

La Propuesta de Resolución rechaza por otra parte el abono de diversas facturas presentadas por esta última entidad, unas relativas a un periodo anterior a la convocatoria del concurso, lo que se estima conforme a Derecho, al no poderse vincular directamente a los gastos necesarios para dar cumplimiento a los requisitos

de la Base cuarta del concurso, aún no aprobado ni publicado. Sin embargo, la entidad aportó también otras de fecha posterior que podrían ser indemnizables, siempre y cuando en las mismas quede constancia de los conceptos a los que responde y estuvieran directamente relacionados con la preparación de la documentación necesaria y además constara acreditado su efectivo abono.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de estimación parcial de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las entidades P.E.F., S.L., C.W., S.L., E.S., S.L., I.E.I.C., S.L., por los gastos y conceptos que se señalan como susceptibles o no de indemnización, se considera conforme a Derecho, de acuerdo con lo expresado en la fundamentación del presente Dictamen.