

Dictamen nº: **104/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **14.04.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por seis votos a favor y tres en contra, formulando un voto particular al mismo la Consejera, Sra. Laina, en su sesión de 14 de abril de 2010, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por el letrado F.A.P., en nombre y representación de L.A.C., sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del retraso en las actuaciones administrativas que impidieron la explotación del bar-merendero A, que le fue adjudicado en concurso abierto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 5 de junio de 2008 en la oficina de registro de Hacienda y Administraciones Públicas, se reclama responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por las pérdidas en el negocio ocasionadas al no haberse dictado las resoluciones administrativas necesarias para que el anterior concesionario desalojara el bar-merendero A y poder comenzar la explotación en la fecha en que se iniciaba el plazo de duración de la concesión, que según contrato

formalizado el 29 de enero de 2007, empezaba el 12 de julio del mismo año.

Solicita en concepto de indemnización la cantidad de ciento cuarenta y dos mil doscientos veintitrés euros y treinta y cuatro céntimos (142.223,34 €), por los perjuicios ocasionados a su negocio y por los “*daños personales por la incertidumbre en el retraso de la indemnización por daños morales 5% / 135.450,8*”. En aquel importe incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante por la inactividad impuesta, realizando cálculo con base en la orden EHA/804/2007 de 30 de marzo, del Ministerio de Economía y Hacienda.

Adjunta a la reclamación los siguientes documentos: presupuesto para instalación de energía solar, de 6 de abril de 2005, por un total de 30.358,40 € (folios 13 y 14); presupuesto de 28 de octubre de 2006 para instalación de medidas de seguridad y vigilancia, por 3.655,81 € (folio 15); presupuesto para instalación de sistema de extinción de incendios para campanas de cocinas de 7 de noviembre de 2006 por 4.920 € (folios 16 y 17); carta de pago de fianza definitiva para responder a la explotación del bar-restaurante, de 8 de enero de 2007, por importe de 642,04 € (folio 12); recibos del pago del seguro exigido por el Ayuntamiento de Madrid en la cláusula 34^a del pliego de cláusulas administrativas particulares, expedidos el día 15 de enero de 2007 para el periodo comprendido entre el 12 de julio de 2007 y el 12 de julio de 2008 por importe de 842,53 € y 1.182,82 € (por continente y contenido, respectivamente) (folio 11); factura de 13 de mayo de 2008 por el alquiler de un local donde almacenar el mobiliario adquirido para el bar-merendero por importe de 4.640 € (folio 10).

SEGUNDO.- La reclamación trae causa de los siguientes hechos:

Con fecha 5 de octubre de 2006, se aprueban por Decreto del concejal-presidente del distrito de Moncloa-Aravaca los pliegos de cláusulas

administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir la concesión administrativa para la explotación de un bar-merendero A, para su adjudicación por procedimiento abierto mediante concurso.

El 28 de diciembre de 2006 se adjudicó la concesión al reclamante, formalizándose la misma en documento administrativo el día 29 de enero de 2007 (folios 35 a 37).

De acuerdo con la cláusula 5^a, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), *“la duración de la concesión será de diez años con carácter improrrogable a partir del 12 de julio de 2007.*

En caso de no poderse iniciar la explotación de la instalación por causas imputables al Ayuntamiento, la fecha de inicio del plazo será la de puesta en funcionamiento de la instalación.

Finalizado el plazo concesional, el concesionario, salvo que el Ayuntamiento ordene continuar con la explotación por un tiempo máximo de 6 meses, estará obligado a entregar las llaves al Ayuntamiento dentro de los 15 días siguientes, sin necesidad de acuerdo ni requerimiento expreso, acompañando una relación de todos los bienes existentes que deben revertir a la propiedad municipal.

Aunque el plazo de la concesión comenzará a contar desde el 12 de julio de 2007, en caso de no poderse iniciar la explotación de la instalación por causas de fuerza mayor o imputables al Ayuntamiento, la fecha de inicio será la de puesta en funcionamiento de la instalación” (folio 97).

Con anterioridad, mediante Decreto del concejal-presidente de Moncloa-Aravaca, en aplicación de la cláusula 2^a del PCAP, se ordenó al anterior concesionario que continuará en la concesión de la actividad ejercida en el bar-merendero durante seis meses contados a partir de la finalización de la concesión anterior de la que era titular, lo que suponía que la concesión

finalizaría el 12 de julio de 2007, fecha en la que el concesionario debía entregar las llaves del bar-merendero al Ayuntamiento, para que éste, a su vez, pudiera hacer entrega de las mismas al nuevo concesionario, hoy reclamante.

Personados el 26 de julio de 2007 en el bar-merendero los servicios municipales y el nuevo adjudicatario para la verificación de las instalaciones y la entrega de llaves, el anterior concesionario no compareció por lo que no se efectuó dicha entrega, de lo que se levanta acta obrante en el folio 140 del expediente.

Ante esta circunstancia, el día 6 de agosto de 2007, se inicia expediente de desahucio administrativo al anterior adjudicatario, para lo que se procede, el 20 de septiembre, a declarar extinguido desde el 12 de julio de 2007 el título que otorgaba el derecho al anterior concesionario para la utilización del bien de dominio público mencionado y se le concede un plazo de ocho días para que proceda al desalojo del mismo.

Solicitado informe sobre cumplimiento de la resolución, la policía municipal, en escrito de 16 de noviembre de 2007 comunica que personados en esa fecha en el bar-merendero “*dicho establecimiento se encuentra abierto al público, con numerosos clientes en su interior y desarrollando la actividad a pleno rendimiento*”. Los agentes se entrevistan con el encargado el cual les manifiesta “*que ya ha tenido conocimiento de la notificación proveniente de la J.M. del distrito de Moncloa-Aravaca, con fecha 20-09-07, pero que la misma se encuentra recurrida en el juzgado de lo contencioso-administrativo, con fecha de entrada del citado recurso en el juzgado 10-10-07*”, y “*que la concesión que él tiene otorgada por el Ayuntamiento de Madrid, es de 10 años y seis meses, no cumpliendo dicho periodo, según su manifestación hasta el 17-12-07, motivo por el cual ha presentado dicho recurso, y se encuentra esperando la resolución del mismo*” (folio 158).

El Ayuntamiento ordena el lanzamiento del antiguo concesionario del bar-merendero A, para que éste tenga lugar el 18 de diciembre de 2007, con presencia de la Policía Municipal. De nuevo el 15 de enero de 2008 se vuelve a ordenar el alzamiento para la fecha de 5 de febrero de 2008, requiriéndose igualmente la presencia de la Policía Municipal.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 15 de Madrid, en auto de 24 de enero de 2008 (folios 176 a 178) acuerda “*la suspensión de la ejecución de la resolución de 20 de septiembre de 2007, en lo que hace al desalojo por parte de [anterior concesionario] del bar restaurante A, y de la posterior de 15 de enero de los corrientes acordando el lanzamiento, y su ejecución material para el próximo día 5 de febrero*”; suspensión que fue levantada por Auto de 22 de febrero de 2008 (folios 203 a 205).

En ejecución de este último Auto, se notifica a los concesionarios, que el día 10 de abril de 2008 a las 12:00 horas tendrá lugar el lanzamiento del concesionario saliente, quien se niega a firmar la notificación (folio 216).

En el acta de desahucio de 10 de abril consta que “*personados en el lugar, el adjudicatario se niega a entregar las llaves y al desalojo; afirma no haber recibido notificación del mismo*” (folio 218).

Ante la imposibilidad de llevar a cabo el levantamiento acordado, la Asesoría Jurídica municipal emite informe el 27 de mayo de 2008 sobre la competencia, la procedencia y el procedimiento para la solicitud de autorización judicial de entrada en domicilio y restantes lugares.

A la vista del informe de la Asesoría Jurídica, el Ayuntamiento de Madrid solicita autorización judicial de entrada en domicilio para proceder a la ejecución material de la resolución de 20 de septiembre de 2007. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 15 de Madrid, el día 20 de noviembre de 2008 dicta Auto autorizando a los funcionarios del Ayuntamiento de Madrid para que puedan entrar en el bien de dominio

público A, con un uso de bar-restaurante, para proceder a la ejecución material de la resolución de desahucio (folios 277 y 278).

También consta en el expediente la Sentencia número 159/2008, de 31 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 10 de Madrid, que desestima el recurso interpuesto por el anterior concesionario, contra el acuerdo de adjudicación de la concesión administrativa de utilización del dominio público para la explotación del bar-restaurante A, al actual concesionario, confirmando dicho acto de adjudicación (folios 251 a 261).

TERCERO.- Ante la reclamación presentada, se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Mediante notificación efectuada el día 27 de junio de 2008, de cuya recepción queda constancia, se practica requerimiento para que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 70 y 71 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), en relación con el artículo 6 del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, presente declaración en la que manifieste expresamente que no ha sido indemnizado (ni va a serlo) por Compañía o Mutualidad de Seguros, ni por ninguna otra entidad pública o privada como consecuencia de los hechos que motivan la reclamación o, en su caso, indicación de las cantidades recibidas; para los casos en que actúe por medio de representante, aportar justificación de la representación con que se actúa; indicación de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativos; y copia del documento de adjudicación de la concesión administrativa firmada el 29 de enero de 2007 a favor del interesado, a fin de acreditar la legitimidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

Con fecha 17 de julio de 2008 cumplimenta el mencionado requerimiento, aportando escritura de poder; declaración de que no ha sido indemnizado por el daño sufrido y que no ha interpuesto ninguna reclamación distinta a la que se tramita; acuerdo de adjudicación de la concesión; y contrato de formalización de la adjudicación (folios 24 a 37).

En fase de instrucción se ha recabado informe de la junta de distrito de Moncloa-Aravaca, que se emite el 23 de septiembre de 2008, en el que se señala que la fecha de finalización del contrato del anterior concesionario era el 11 de enero de 2007, si bien se le concedió una prórroga de seis meses, expirando la concesión demanial el 12 de julio de 2007. Asimismo, se indica que a fecha de emisión del informe el actual concesionario no ha podido proceder a la explotación del bar-merendero y que el expediente de desahucio administrativo abierto al anterior concesionario se encuentra en la Asesoría Jurídica pendiente del ejercicio de las acciones judiciales de entrada en domicilio. Se adjuntan al informe los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Condiciones Técnicas de la anterior concesión y de la actual.

Con fecha 29 de octubre de 2008 se solicita nuevo informe acerca de si se ha dado cumplimiento a la cláusula 32^a del PCAP, con arreglo a la cual para dar comienzo al ejercicio de la actividad habrá de formalizarse acta de toma de posesión, junto con inventario de las instalaciones. En cumplimiento de tal solicitud se comunica el 5 de noviembre de 2008 que no ha sido posible dar cumplimiento a la citada cláusula por encontrarse las instalaciones ocupadas todavía por el anterior concesionario.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), el Departamento de Responsabilidad Patrimonial, con fecha 12 de noviembre de 2008

(recibido el día 19 del mismo mes), procede a dar trámite de audiencia al interesado, compareciendo su representante el día 27 de noviembre para tomar vista del expediente (folios 131 a 135).

Presenta escrito de alegaciones el día 4 de diciembre en el que, en síntesis manifiesta que consta acreditado que al día de la fecha, su representado no ha podido proceder a la explotación del bar-merendero A y que no se ha podido dar cumplimiento a la cláusula número 32 del pliego de condiciones administrativas particulares.

El 13 de enero de 2009 se requiere el expediente de desahucio administrativo del anterior concesionario, así como las actuaciones seguidas para el desalojo del bar-merendero, de los que se deducen los hechos relatados en el anterior antecedente.

El 2 de febrero de 2009, recibido el 6 del mismo mes y año, se concede nuevo trámite de audiencia al reclamante, que toma vista del expediente, mas no consta que haya formulado alegaciones.

Con fecha 6 de mayo de 2009 se notifica trámite de audiencia al primer concesionario del establecimiento objeto del presente dictamen, que según consta en el expediente recibió el 20 de mayo de 2009. Comparece el 9 de junio para tomar vista del expediente, pero tampoco consta que haya presentado alegaciones.

El 18 de febrero de 2010, se formula por el Director General de Organización y Régimen del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, propuesta de resolución desestimatoria.

CUARTO.- En este estado del procedimiento se formula consulta por el Vicealcalde de Madrid, a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 5 de marzo de 2010, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de

asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 14 de abril de 2010, por seis votos a favor y tres votos en contra, correspondientes al Consejero Sr. Galera y a las Consejeras Sras. Campos y Laina, formulando ésta última un voto particular al mismo.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), por ser la cuantía de la reclamación superior a quince mil euros, y se efectúa por el Vicealcalde de Madrid, por delegación efectuada por el Alcalde, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.3 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesado, que se encuentra legitimado activamente para formular la reclamación de daños

por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC.

Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufre el daño causado por no haber podido ocupar el bar-merendero cuya explotación le había sido concedida. Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid, en cuanto que entidad que convocó el concurso público para la concesión de la explotación del bar-merendero A.

Por lo que al plazo se refiere, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En este caso, la puesta a disposición del adjudicatario del bar-merendero objeto de explotación debía haberse producido el 12 de julio de 2007, por lo que se encuentra en plazo la reclamación presentada el 5 de junio de 2008.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas viene establecida, con el màximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constituciòn, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios pùblicos"*. La regulaciòn legal de esta responsabilidad està

contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- Centrándonos en el caso que nos ocupa, el reclamante alega que la imposibilidad de dar comienzo a la explotación del bar-merendero el 12 de julio de 2007, fecha en la que debía comenzar la concesión, le ha producido una serie de daños, por los que reclama una indemnización de 142.223,34 €, en la que incluye el daño por algunos conceptos que deben ser matizados.

En efecto, se alega como daño obras de albañilería, la instalación de placas solares, sistemas de seguridad y servicio de incendios para campanas extractoras de cocina, aportando en prueba de tales gastos presupuestados (salvo en lo atinente a las obras de albañilería, de las que no se aporta documentación alguna). Ahora bien en relación a estos daños es preciso indicar que no concurre en ellos el requisito de la efectividad que requiere el artículo 139.2 de la LRJ-PAC, en cuanto que tales gastos no se han podido realizar ya que, como se deriva del expediente examinado, la imposibilidad de comenzar la explotación se ha debido a la falta de entrega de las llaves por parte del anterior concesionario y, en consecuencia, a la falta de disposición del nuevo concesionario del bar-merendero, por lo que difícilmente puede haber llevado a cabo ninguna obra o instalación en el merendero.

Además, los presupuestos adjuntados -que no facturas- datan de fecha anterior a la adjudicación de la concesión al reclamante e, incluso son anteriores a la licitación del reclamante y alguno anterior al concurso. Así, el presupuesto de instalación de energía solar (30.358,40 €) es de 6 de abril de 2005, el de instalación de sistemas de seguridad (3.655,81 €) data

de 28 de octubre de 2006 y el del sistema de extinción de incendios para campanas de cocinas (4.920 € más IVA) es de 7 de noviembre de 2006.

Asimismo, se reclaman los gastos de alquiler de un local para almacenar los enseres y mobiliario destinado al bar-merendero objeto de explotación. En prueba de este gasto se aporta factura, emitida el 13 de mayo de 2008, por importe de 4.640 € (IVA incluido), factura en la que ni constan los datos identificativos del arrendador ni las fechas a las que se refiere el alquiler, por lo que no puede tomarse en consideración a efectos probatorios.

Por otra parte, reclama en concepto de lucro cesante la cantidad de 81.282,26 €, cuantía que dice resultar de la aplicación de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 804/2007, de 30 de marzo, por la que se desarrolla para el año 2007 el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin embargo, no hay constancia de que en dicho cálculo se hayan tenido en cuenta las circunstancias personales y familiares del reclamante y, lo que es más importante, no tiene apoyatura en ninguna declaración tributaria del recurrente.

Por último, otras partidas que integran la indemnización reclamada, tales como el perjuicio económico por la imposibilidad de otras contrataciones (26.400 €); el perjuicio por “*la pérdida del equipo humano existente en el anterior trabajo como encargado*” (sic) (10.000 €) o los gastos ocasionados por la no confirmación de los pedidos realizados (1.500 €) carecen de sustento probatorio alguno, y en este punto no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo los supuestos de fuerza mayor o culpa de la víctima que corresponde probar a la Administración, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre

de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000- entre otras).

SEXTA.- Ha quedado acreditado en el expediente, y así lo reconoce también el Ayuntamiento de Madrid en el Informe del Jefe del Departamento Jurídico del Distrito de Moncloa-Aravaca, que el reclamante no ha podido explotar el bar-merendero objeto de la concesión que le fue adjudicada en la fecha en la que tenía que haber comenzado la actividad, el 12 de julio de 2007. La cuestión se centra en dilucidar si la imposibilidad de dar comienzo a la explotación es responsabilidad del Ayuntamiento concedente de la utilización del dominio público.

Como pone de manifiesto el examen del expediente, el retraso en la explotación del bar-merendero se ha debido a la actuación obstinada de un tercero, en concreto, del anterior concesionario, que, incumpliendo las cláusulas contractuales y de los pliegos por los que se regía su concesión, se ha negado en todo momento a la entrega de las llaves del bien de dominio público, obligando al Ayuntamiento a solicitar la autorización judicial para la entrada en él, en cumplimiento de las garantías de los derechos constitucionalmente reconocidos, quedando sobradamente acreditado en el expediente que el retraso obedeció única y exclusivamente a la conducta de aquél, sin que sea achacable a la actuación municipal omisión o inactividad para poner a disposición del reclamante el bien de dominio público a explotar, lo que necesariamente pasaba por el desahucio del anterior concesionario, como resulta de lo señalado.

Lejos de adoptar una actitud pasiva ante la negativa del antiguo concesionario a entregar las llaves y abandonar las instalaciones, como resulta del relato fáctico del presente Dictamen, el Ayuntamiento procedió tan pronto como finalizó la anterior concesión al inicio de un expediente de desahucio administrativo, cuya efectividad se vio obstaculizada por la

actitud del desahuciado y el ejercicio por su parte de las acciones legales oportunas en defensa de sus intereses.

El tiempo transcurrido es el derivado de la necesidad del cumplimiento de las garantías procedimentales y judiciales que el ordenamiento jurídico establece para el desahucio, de las que en ningún caso el Ayuntamiento podía prescindir; así como del consustancial al ejercicio de acciones legales por parte del anterior concesionario, que ha supuesto el retraso en la efectividad del desahucio.

Por último, no cabe pasar por alto que, a pesar del retraso en el inicio de la explotación, el plazo de diez años de duración de la concesión no resulta alterado, pues de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 5^a, último párrafo, del PCAC *“aunque el plazo de la concesión comenzará a contar desde el 12 de julio de 2007, en caso de no poderse iniciar la explotación de la instalación por impedirlo causas de fuerza mayor o imputables al Ayuntamiento, la fecha de inicio será la de puesta en funcionamiento de la instalación”*.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA PRESIDENTA DE LA SECCIÓN II, DÑA. ROSARIO LAINA VALENCIANO

«Discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el dictamen que emite este Consejo con fecha 14 de abril de 2010 en expediente 83/10, por el que se acuerda dictaminar aceptando que la reclamación presentada y sometida a consulta constituye una reclamación patrimonial, formulo al amparo del artículo 15. 3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, **Voto Particular**, expresando mi parecer favorable a la devolución del expediente por entender que, en tanto la reclamación presentada tiene su origen en una relación contractual, la emisión del dictamen no resulta procedente, dado que tal supuesto no se halla incluido entre los que con carácter tasado se establecen en el artículo 13.1 de la citada Ley, en donde se regula el ámbito competencial del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Para llegar a la anterior conclusión, me apoyo en las siguientes consideraciones:

1º.- Improcedencia de la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada.

Con fecha 5 de junio de 2008, se formula reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Madrid, por los daños y perjuicios ocasionados por no haber podido iniciar la explotación del bar-merendero A el 12 de julio de 2007, tal y como se hacía constar en el Pliego de Cláusulas Administrativas que regían la concesión demanial de uso privativo de dominio público de la que resultó adjudicatario el reclamante, el 28 de diciembre de 2006. Se alega que dichos daños son imputables a la Administración municipal concedente en tanto: *“lejos de proceder a desalojar con anterioridad al día 12 de julio de 2007 del*

anterior concesionario como hubiera sido su obligación, a la fecha actual no se ha desalojado el mismo, lo que evidentemente ha producido un perjuicio que no tiene el deber jurídico de soportar". Entiende que los daños alegados son resarcibles por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración, por haberse producido un funcionamiento anormal de un servicio, consistente en la defectuosa organización del desalojo del anterior concesionario, que le impide, la explotación del bar-merendero objeto de la concesión de la que resultó adjudicatario.

La responsabilidad patrimonial de la Administración, tiene su origen en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que al efecto dispone: "*Los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.*"

Para encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual, es preciso que nos encontremos ante el desarrollo normal o anormal de un servicio público, y no ante daños nacidos en virtud de vínculos dimanantes de relaciones jurídicas específicas. En ausencia de servicio público, el daño alegado ha de ser resarcido, no por la vía de la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración, sino por la que se prevea en el Ordenamiento jurídico, para indemnizar daños derivados de esas concretas relaciones jurídicas.

En este sentido se pronunciaba El Consejo de Estado, en su Memoria de 2003:

"... las pretensiones de resarcimiento que se formulan ante la Administración eventualmente productora de un evento lesivo tienen, conforme a derecho una vía formal adecuada en función del instituto jurídico del que trae causa la obligación de reparación en cuestión. Con

carácter general el Consejo de Estado ha venido reiterando que no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedural específica, prevista en el ordenamiento jurídico, cual sería entre otros, el caso en el que el daño se produce en el seno de una relación de servicios profesionales. Ello, es debido a la configuración del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración, previsto para que no pueda ser conceptuado e interpretado como un instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria”.

En el caso analizado, se alega por parte del reclamante para justificar la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada, que una defectuosa organización administrativa que se identifica con un desarrollo anormal de un servicio público, le ha producido un daño, en tanto no pudo disponer del bien de dominio público objeto de la concesión demanial de la que resultó adjudicatario con fecha 28 de diciembre de 2006, en la fecha establecida en el Pliego de Condiciones (12 de julio de 2007). No obstante ello, no se especifica qué tipo de servicio público de titularidad municipal es el que ha funcionado deficientemente, sin que pueda admitirse como tal, aún teniendo en cuenta el sentido amplio con que la jurisprudencia ha interpretado la expresión “*servicios públicos*” utilizada por el artículo 106.2 de la Constitución Española, el deber genérico de eficiente funcionamiento administrativo. Dicho deber, se configura como principio de actuación de la Administración pública en el art. 103.1 de la Constitución Española y en palabras del Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de mayo de 1990, los principios no son sino “*la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica*”. De admitirse que el quebrantamiento de dicho principio pudiera fundamentar cualquier eventualidad dañosa en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, se incurría en convertir a la Administración en la aseguradora universal de todos los riesgos, situación esta que, como

sabemos, ha sido rechazada hasta la saciedad por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y por el contrario, no entraría nunca en juego la responsabilidad derivada de otros vínculos jurídicos. Para que opere la responsabilidad patrimonial, no sirve invocar la transgresión de un deber genérico de eficaz funcionamiento, es preciso que ese deber de eficacia se haya visto quebrantado en relación con un concreto servicio de titularidad, municipal, en este caso. El título de imputación, lo constituye pues, la competencia sobre determinado servicio público y así se mantiene con repetición casi mimética, según palabras del Tribunal Supremo, por la doctrina jurisprudencial (sentencia de 14 de septiembre de 1989 RJ 1989/6571). La inadecuada prestación del servicio, constituye, la razón que fundamenta la antijuridicidad del daño que implica la razón del resarcimiento por no hallarse el perjudicado obligado a soportarlo. Así procedería la acción de responsabilidad patrimonial si se solicitase la indemnización de un daño por un ineficaz funcionamiento del servicio de conservación de las vías públicas o del de suministro de agua, o del de mantenimiento en condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente (reclamaciones sobre ruidos), etc, etc. Sin embargo, no se alcanza a comprender cual es el concreto servicio público de competencia municipal que ha funcionado deficientemente en el presente caso, sin que tampoco sea objeto de identificación en la reclamación presentada, ni en la propuesta de resolución de la Administración consultante, ni en el dictamen al que me opongo, omisión que resulta de la mayor trascendencia en tanto, como se ha visto, solo los daños acaecidos en el desarrollo de servicios públicos son resarcibles por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración. No obstante ello, se presume el correcto ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial y en esa línea procedural se instruye por parte de la Administración, y se contempla en el dictamen al que me opongo.

Hay que resaltar la implicación que se produce en la figura de la responsabilidad patrimonial, entre elementos como el de la legitimación, el título de imputación, y el concepto de servicio público, de ahí que resulta revelador el análisis que, de la legitimación pasiva del Ayuntamiento de Madrid, se realiza en la Consideración de Derecho Segunda del referido dictamen: *“Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufre el daño causado por no haber podido ocupar el bar-merendero cuya explotación le había sido concedida. Asimismo, se encuentra legitimado el Ayuntamiento de Madrid, en cuanto entidad que convocó el concurso público para la concesión de la explotación del bar-merendero A”*. Entiendo que ese análisis es acertado, pues efectivamente la legitimación o aptitud para ser parte en el procedimiento entablado y que constituye el título de imputación, tiene su origen, no en el uso (activa) y titularidad de un servicio público (pasiva), sino en la calidad de partes (concesionario y ente concedente) de una relación jurídica nacida el 28 de diciembre de 2006 cuando se adjudicó el concurso mencionado y de la que dimanaron derechos y obligaciones recíprocas, cuyo incumplimiento se erige en el origen del daño alegado, para el que existe una específica vía resarcitoria como veremos en posteriores consideraciones (la acción de responsabilidad contractual), que permite dar satisfacción al principio de indemnidad. Se yerra, entendiéndose dicha afirmación en estrictos términos de respetuosa discrepancia jurídica, al considerar que la acción ejercitada lo es de responsabilidad patrimonial, pues, admitido que la legitimación se ostenta en virtud de la condición de parte en la referida relación jurídica, siguiendo las observaciones y sugerencias del Consejo de Estado en su Memoria de 2003, la petición indemnizatoria ha de ser encauzada por la vía procedural adecuada a dicha relación jurídica, evitando el efecto perverso de considerar el instituto de responsabilidad patrimonial como un instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria.

La Administración, de asumir esta interpretación, se hallaría facultada para instruir el procedimiento por la vía adecuada, debiendo al efecto recordar que el artículo 110.2, de la LRJ-PAC, dispone *“El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*.

Descartado que nos hallemos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial, ha de analizarse en el siguiente apartado la naturaleza de la acción en virtud de la cual el reclamante puede hacer valer los argumentos en defensa del posible daño producido, al objeto de dar cumplimiento al principio de indemnidad.

2. Naturaleza jurídica de la acción en resarcimiento del daño alegado.

Concluido que el título de imputación para exigir el resarcimiento del posible daño a la Administración, se concreta en la relación jurídica nacida el día 28 de diciembre de 2006, cuando se llevó a cabo la adjudicación de la concesión demanial, queda por determinar la naturaleza de esa relación, en tanto la misma nos ilustrará sobre la vía procedimental adecuada para hacer efectivo el resarcimiento del hipotético daño, sin que quepa analizar la procedencia de la indemnización, por exceder del objeto del presente voto particular.

Aún cuando la naturaleza jurídica y por extensión el régimen jurídico aplicable a las concesiones demaniales ha suscitado un tradicional debate en la doctrina española, dicha polémica no parece haber afectado a la regulación formal de la materia, y así el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio, somete a los dictados de la técnica contractual la constitución de las concesiones demaniales. Su artículo 78 dispone:

“Estarán sujetos a concesión administrativa:

a) El uso privativo de bienes de dominio público.

b) El uso anormal de los mismos.

2. Las concesiones se otorgarán previa licitación, con arreglo a los artículos siguientes y a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales.”

En la misma línea el Tribunal Supremo se manifiesta a favor del carácter contractual de la concesión demanial en sentencias de 24 de febrero de 1994 (RJ 1994/1186), de 17 de julio de 1995 (RJ 1995/6166) y los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León (sentencia de 2 de febrero de 2007 JUR 2007/127358) y de Andalucía (sentencia de 30 de junio de 2004 RJCA 2005/48). La primera de las sentencias citadas, resulta altamente clarificadora en el caso debatido, por cuanto no solo arroja luz sobre la controvertida naturaleza de la concesión demanial, sino que además pone de manifiesto el rechazo del Alto Tribunal a la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada para resarcirse de un daño por haberse producido éste en el seno de una relación contractual dotada de una vía de resarcimiento específico para hacer efectivo el principio de indemnidad. Así, se manifiesta el Tribunal Supremo: “*Los daños y perjuicios sufridos por la entidad actora lo fueron en una relación concesional (es decir, contractual), y, en consecuencia, no son aplicables las normas que regulan la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración [artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (RCL 1957\1058, 1178 y NDL 25852) -a la razón vigente- y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954\1848 y NDL 12531)], sino las reglas específicas derivadas del acto concesional y las generales de la materia sobre que versa la concesión, en este caso, las relativas al régimen de aguas.*”

- Además de lo argumentado, la voluntad inequívoca de las partes, con el valor de interpretación que a dicha voluntad confiere el artículo 1281 del Código Civil, calificando como contrato la relación jurídica establecida

para otorgar un uso privativo de un bien de dominio público, se viene a sumar a los argumentos anteriormente citados en favor de la naturaleza contractual de la concesión demanial.

Así, en concreto en el pliego de cláusulas administrativas particulares se utiliza la expresión contrato en diversas ocasiones. En las cláusulas 22 y 23 se refieren a la cesión del contrato y a la subcontratación, respectivamente, y en la cláusula 26 se realiza una remisión expresa al procedimiento establecido en la LCAP para la resolución de la concesión, siendo especialmente clarificador lo dispuesto en la cláusula 38 relativa a los Tribunales competentes y prerrogativas de la Administración, cuando señala que *“Este contrato tiene carácter administrativo (...)”*.

Por lo anteriormente argumentado, y frente a la opinión de la mayoría, a mi juicio, el expediente debió ser devuelto, dado que la acción ejercitada no constituía una acción de responsabilidad patrimonial, y por tanto extracontractual de la Administración, sino una acción de responsabilidad contractual, respecto de la que no es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el artículo 13.1 de su Ley reguladora 6/2007 de 21 de diciembre».

Madrid, 14 de abril de 2010