



Sr. Ramos Antón, Presidente
en funciones

Sra. Ares González, Consejera y
Ponente

Sr. S. de Vega, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 11 de febrero de 2019, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de qqqq, S.A.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 19 de enero de 2019 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. yyyy, en nombre y representación, como administrador único, de qqqq, S.A., debido a los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de implantación del servicio público de aparcamiento regulado que tenía concedido en unos terrenos de dominio público municipal.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en esa misma fecha se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 32/2019, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia a la Consejera Sra. Ares González.

Primero.- El 10 de julio de 2018 (fecha de sello de correos) D. yyyy, en nombre y representación, como administrador único, de qqqq, S.A., presenta un



escrito dirigido al Ayuntamiento de xxx1 en el que solicita que, previa la tramitación del oportuno expediente, se proceda a declarar la resolución del contrato de concesión de servicio público de aparcamiento regulado en los terrenos de dominio público municipal, sito en el xxx2, por el canon ofertado de 80.000 euros anuales. El contrato administrativo se formalizó el 11 de noviembre de 2010.

En su escrito expone los hechos que motivan su solicitud.

Señala que, con carácter previo a la realización de los trabajos de acondicionamiento necesarios para la implantación de los sistemas de control de acceso y señalización de las plazas y viales en los aparcamientos existentes en los terrenos del xxx2, supuestamente de dominio público municipal, mediante escrito de 13 de julio de 2011 solicitó al Ayuntamiento licencia de obras para realizar, entre otros trabajos, "corte de carretera o en su defecto hinca, para poder llevar energía desde el aparcamiento 1 al aparcamiento 2". Asimismo se había instalado en el aparcamiento 1 una caseta para uso de los empleados y acopio del material que debía ser utilizado para la efectiva prestación del servicio. El 8 de agosto de 2011 la Teniente de Alcalde del Ayuntamiento, Delegada de Urbanismo, responde a la solicitud teniendo en cuenta lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación, en el sentido de que la obra en cuestión no está sujeta a licencia municipal.

El 17 de agosto solicitó autorización al Servicio Territorial de Fomento de la Junta de Castilla y León en xxx3 para la ejecución de un cruce de calzada en la carreta M-604, con el fin de suministrar una red de comunicación a los dispositivos electrónicos de control de acceso al aparcamiento, en entradas y salidas. El referido Servicio emitió autorización el 5 de septiembre de 2011, que posteriormente revocó mediante escrito de fecha 20 de septiembre, al comprobar que, en virtud de lo dispuesto en la estipulación primera del Convenio de Cooperación suscrito el 3 de abril de 1998 entre las Comunidades de Madrid y Castilla y León, carecía de competencia para emitir dicha autorización.

El 19 de octubre solicitó a la Dirección General de Carreteras de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, actuación en zona de dominio público para la realización de corte a cielo abierto de la carreta xx1, con el fin de suministrar una red de comunicación a los dispositivos electrónicos de control de acceso. Después de varias reuniones,



mantenidas con funcionarios de la citada Dirección General en presencia del Alcalde, no se alcanzó ninguna conclusión a los efectos de poder iniciar el servicio.

El 6 de julio de 2012 remitió un escrito al Ayuntamiento en el que comunicaba que procedería al acondicionamiento del puesto 1 manteniendo clausurado el aparcamiento 2 mientras se obtenían las autorizaciones necesarias para realizar las canalizaciones para su funcionamiento.

El 12 de julio de 2012 la Dirección General de Carreteras de la Comunidad de Madrid remite un escrito al Ayuntamiento en el que comunica la paralización de los trabajos de los aparcamientos, al ser titular de la carretera la Junta de Castilla y León, hasta tanto se tramite el oportuno expediente de autorización. Esta comunicación también fue recibida por los operarios que se encontraban realizando las obras de adecuación dentro del aparcamiento. En el expediente no consta que el Ayuntamiento, a la vista de la paralización de las obras, comunicara a la Junta de Castilla y León, titular de la carretera SG-615, la existencia de la concesión en dichos terrenos del servicio de estacionamiento regulado.

El 4 de mayo de 2017 recibió un escrito de la Dirección General de Carreteras de la Comunidad de Madrid en el que se notificaba que, con motivo de la ejecución de las obras de acondicionamiento de la carretera xx1, tramo xxx2 a xxx3, se precisaba la retirada de la caseta de madera, puesto que no se disponía de autorización para su instalación y, en caso de no hacerlo, se procedería a su demolición o retirada sin que ello comportase el pago de indemnización alguna. El 25 de mayo se comunicó a la Dirección General de Carreteras de la Comunidad de Madrid que la instalación de la caseta formaba parte del equipamiento necesario para el desarrollo del contrato de concesión.

Mediante escrito de 31 de junio, de la Junta de Castilla y León, se requirió la retirada de la caseta al amparo de lo señalado en la Ley 10/1998, de 10 de diciembre, de Carreteras de Castilla y León, y no contar con la autorización del órgano titular de la carretera para ejecutar cualquier tipo de obras e instalaciones fijas o provisionales en las zonas de dominio público.

El Servicio Territorial de Fomento procedió a la retirada de la caseta mediante un contrato menor, adjudicado a la empresa qqqq1, S.A.



El 29 de noviembre el Ayuntamiento comunicó el incumplimiento de la concesión, al acreditarse que no se está realizando la actividad objeto del contrato adjudicado y se requirió a la empresa "para la puesta en marcha inmediata con otorgamiento del Acta entre las partes por término no superior a 10 días, en cuya virtud, de no producirse ésta con sus dos obligaciones, otorgamiento del Acta y puesta en funcionamiento, se incoará el correspondiente expediente de resolución y/o extinción de la concesión".

El 19 de diciembre se dirigió un escrito al Ayuntamiento en el que se le manifestaba la disposición de comenzar el servicio con fecha 21 de diciembre de 2017, dentro del plazo otorgado, y se solicitaba la presencia del Ayuntamiento para el levantamiento del acta de inicio en las instalaciones del aparcamiento.

El 21 de diciembre, a consecuencia de la denuncia formulada por la Dirección General de Carreteras de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid por ocupación indebida del dominio público, se recibieron las siguientes comunicaciones:

- Escrito de 20 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Carreteras de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, dirigido a la Dirección General de Carreteras de la Junta de Castilla y León, para que paralice el uso indebido del dominio público.

- Escrito del Jefe del Servicio Territorial de Fomento de la Junta de Castilla y León en el que se requiere que cesen los trabajos y se restaure la situación anterior, con independencia de la incoación del oportuno expediente sancionador.

En esa misma fecha se acordó la incoación del procedimiento sancionador y el 4 de junio de 2018 se dictó resolución en virtud de la cual se le imponía una multa de 3.000 euros por la realización de instalaciones en dominio público sin contar con la pertinente autorización.

Por todo lo expuesto, la parte interesada solicita que se resuelva el contrato con la indemnización de daños y perjuicios causados al concesionario, quien no ha tenido responsabilidad alguna en la imposibilidad de ejecutar el contrato en sus propios términos, siendo responsable el Ayuntamiento, toda vez que tanto en los pliegos como en el contrato se manifiesta que los terrenos son propiedad del Ayuntamiento, sin hacer ninguna referencia a que dichos terrenos



debían considerarse como elemento funcional de la cartera SG-615, titularidad de la Junta de Castilla y León.

Solicita una indemnización de 255.005,01 euros por los daños emergentes sufridos y de 88.315,40 euros por el lucro cesante, así como la devolución del aval constituido y el pago de la sanción impuesta por importe de 3.000 euros.

Adjunta copias de la Resolución del Delegado Territorial de la Junta de Castilla y León en xxx3, de 4 de junio de 2018, en la que se impone al reclamante, como autor de una infracción grave prevista en el artículo 39.3.a) de la Ley 10/2008, de 9 de diciembre de Carreteras de Castilla y León, la multa de 3.000 euros; del justificante del pago de la multa y de las inversiones realizadas sobre las que ha calculado el daño emergente y el lucro cesante.

Segundo.- Por Decreto de la Alcaldía de 19 de septiembre de 2018 se admite a trámite reclamación de responsabilidad patrimonial y se nombra instructora del procedimiento, lo que se notifica a ésta, al representante de la parte interesada y a la compañía aseguradora del Ayuntamiento.

Tercero.- Por Decreto de la Alcaldía, de 10 de octubre, se corrigen dos errores materiales de los que adolecía el Decreto por el que se admite a trámite la reclamación.

Cuarto.- El 18 de octubre la Secretaría del Ayuntamiento emite informe sobre la responsabilidad patrimonial en el que se concluye que "El interesado pretende hacer valer que el hecho causante del daño, es la imposibilidad de implantación del servicio, porque el Servicio Territorial de Fomento de la Junta de Castilla y León en resolución sancionadora de fecha 04 de junio de 2018, advierte que las obras que se pretenden ejecutar No son autorizables, cuestión que a pesar de que es muy discutible, no se va a valorar en el presente expediente.

»Sin embargo, el hecho que inicialmente imposibilita al interesado la prestación del servicio es la revocación de la autorización de las obras para la implantación del mismo, que se dicta con fecha 20 de septiembre de 2011. Es a partir de esa fecha cuando se produce el hecho causante de presunto daño, y no *a posteriori* como se pretende hacer valer.



»La actuación del Ayuntamiento del xxx1, no provoca en ningún caso daño o perjuicio alguno al interesado, puesto que no existe ninguna anomalía que dé lugar a pensar que se ha producido un daño -evaluado económicamente- consecuencia del contrato celebrado por éste Ayuntamiento y la mercantil 'qqqq, S.A.'. No se aprecia inicialmente existencia de nexo causal, máxime cuando no sólo no ha habido inicialmente imposibilidad de prestación del servicio, dado que SI se autorizaron inicialmente las obras que 'qqqq, S.A.' precisaba ejecutar para la gestión del mismo.

»En todo caso, de existir responsabilidad patrimonial de la administración, habría que acudir a la gestión de las administraciones que concurren en el expediente, tanto Comunidad de Madrid como Junta de Castilla y León, y definir si la actuación que han llevado a cabo, ha sido realmente bajo el ámbito de sus competencias, y de ser así, si dicha gestión fue correcta. Es muy importante destacar que, existe imputación de responsabilidad patrimonial en sentido estricto en la revisión de actos declarativos de derechos.

»Por todo cuanto antecede, no se aprecia responsabilidad patrimonial directa por parte de éste Ayuntamiento, sin perjuicio de la que pueda concurrir en la actuación de las distintas administraciones intervinientes en el expediente y de su plazo de prescripción”.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia al interesado, éste no presenta alegaciones.

Sexto.- El 28 de diciembre de 2018 la compañía aseguradora del Ayuntamiento emite informe en el que señala que “De conformidad con el ámbito temporal de la póliza cabe indicar que los hechos de los que la reclamación trae causa son muy anteriores al inicio de la vigencia de la misma.

»A mayor abundamiento cabe indicar también que de conformidad con lo estipulado en la exclusión 5.1.14 estaría igualmente excluida de cobertura cualquier responsabilidad contractual”.

Séptimo.- El 3 de enero de 2019 el Servicio Jurídico emite informe en el que hace suyas las conclusiones del informe de la Secretaría del Ayuntamiento.

Octavo.- El 11 de enero de 2019 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación planteada al considerar que la inexecución del



servicio se debe la injerencia de la Junta de Castilla y León y a la inactividad acreditada del adjudicatario del servicio.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Única.- El asunto sometido a consulta versa sobre la solicitud de resolución del contrato administrativo de concesión del servicio de aparcamiento público regulado en los terrenos de dominio público municipal sitios en el xxx2, suscrito con fecha 11 de noviembre de 2010, entre el Ayuntamiento de xxx1 y D. yyyy, en nombre y representación de qqqq, S.A., por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos pactados por causa imputable a la Administración contratante, así como la devolución de la garantía y la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la empresa contratista como consecuencia de la referida resolución del contrato.

El Ayuntamiento no ha tramitado el procedimiento de resolución del contrato, sino que ha tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial centrándose en la procedencia o no de indemnizar al reclamante por los daños y perjuicios irrogados al no poder ejecutar el servicio, por lo que la primera cuestión que debe abordarse es la relativa a la idoneidad del procedimiento seguido en el supuesto objeto de dictamen.

En este sentido conviene recordar que el artículo 106.2 de la Constitución establece que "Los particulares, en los términos establecidos por 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".

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución Española que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las bases régimen jurídico de las Administraciones Públicas, así como al amparo



de lo previsto en el artículo 149.1.13.^a, relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y del artículo 149.1.14.^a, relativo a la Hacienda Pública general.

Asimismo debe tenerse en cuenta lo que el Consejo de Estado, en su Memoria correspondiente al año 2005, ha manifestado respecto al artículo 106.2 de la Constitución: "Tal precepto supone la constitucionalización del derecho de los particulares a obtener la reparación de las lesiones consiguientes al funcionamiento de los servicios públicos. Mas si bien la formulación constitucional tiene un amplio y eficaz ámbito de cobertura, no pretende reducir a una unidad, en su determinación, procedimiento, alcance y efectos la diversidad de supuestos indemnizatorios existentes en el ordenamiento, particularmente los que figuran y actúan en el seno de concretas relaciones jurídicas que articulan los términos de una sujeción especial del particular (sea estatutaria, contractual, concesional, expropiatoria o de otra índole).

»No son pocos los expedientes en los que se plantea la cuestión de discernir si los daños y perjuicios alegados por los particulares pueden ser o no enjuiciados en un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración, con base en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, por consiguiente, la de determinar cuál es la vía a través de la cual debe sustanciarse una concreta petición de indemnización.

»En este sentido, el Consejo de Estado desea recordar la doctrina que ha venido manteniendo este Consejo de Estado en numerosos dictámenes de 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 procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico. Ello es así porque, tratándose de daños y perjuicios susceptibles de consideración a través de una vía específica, es en el marco de esa vía, y no en las disposiciones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en general, donde deberán examinarse las reclamaciones formuladas por los interesados. Tal es la doctrina general que ha venido configurando sobre la materia el Consejo de Estado en casos de daños producidos en el seno de una relación contractual o concesional, en el ámbito de una relación expropiatoria, o también en el seno de una relación de servicios profesionales".



(En la misma línea pueden consultarse los Dictámenes de este Alto Órgano Consultivo 2863/2003, y los que en éste se citan).

Por otra parte, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en su artículo 191.3 establece que "No obstante lo anterior, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación:

»a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

»b) Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

»c) Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma".

De acuerdo con lo establecido en el punto 2 de la disposición transitoria primera de la citada Ley, referente a los procedimientos iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, "Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior".

El contrato se formalizó el 11 de noviembre de 2010, por lo que, de acuerdo con el punto 2 de la disposición transitoria primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, "Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior".



Por lo tanto resulta de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), cuyo artículo 207 dispone que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca.

El artículo 109.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, regula el procedimiento para la resolución de los contratos en los siguientes términos: "La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

»a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

»b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

»c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

»d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista".

Así mismo, el artículo 195.1 de la LCSP señala que en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista y será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

El artículo 208 de la LCSP regula los efectos de la resolución y en cuanto a la indemnización y devolución del aval establece:



“2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.

»3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

»4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con la normativa vigente en el momento de la adjudicación del contrato y a tenor del contenido de la solicitud formulada por el contratista, el Ayuntamiento debería haber iniciado un procedimiento de resolución del contrato en el que analizara las causas de la posible resolución y, consecuentemente, sus efectos, ya que cuando la indemnización reclamada por los daños y perjuicios sufridos por la imposibilidad de ejecutar la prestación objeto del contrato se produce en el seno de una relación contractual es en esta sede donde deben ventilarse las diferencias existentes, y no acudir, por el contrario, al instituto de la responsabilidad patrimonial.

Por lo tanto, debe tramitarse el procedimiento adecuado y resolverse de acuerdo con las disposiciones de aplicación al contrato de que se trata, razón por la que, en este momento, no procede la emisión de dictamen.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:



No procede emitir dictamen en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. yyyy, en nombre y representación, como administrador único, de qqqq, S.A., debido a los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de implantación del servicio público de aparcamiento regulado que tenía concedido en unos terrenos de dominio público municipal.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.

En Zamora, en fecha al margen
DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE