Dictamen Núm. 174/2023

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de julio de 2023, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

"El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 9 de mayo de 2023 -registrada de entrada dos días después-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gozón formulada por ……, titular de una concesión municipal, por los perjuicios económicos derivados de la anulación de la prórroga de la ocupación de una plaza de emergencia social en una residencia de ancianos.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 16 de noviembre de 2022, la mercantil interesada presenta en el Registro Electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de una actuación administrativa declarada nula judicialmente.

Expone que el 8 de febrero de 2006 suscribió con el Ayuntamiento de Gozón "un contrato, a través del que se documentó la concesión demanial del

suelo municipal destinado a equipamiento en la parcela dotacional A2 del Plan Parcial de la Vallina, con destino a un conjunto de área residencial-asistencial de la tercera edad (residencia geriátrica) en Luanco", cuya cláusula cuarta dispone que "se establece concierto con los servicios municipales de reserva de dos plazas residenciales gratuitas para cubrir las urgencias sociales". Añade que "por Decreto de la Alcaldía de (…) 20 de julio de 2009 se aprobaron las bases reguladoras para el acceso a esas 2 plazas de emergencia social en el centro gerontológico" del que es titular, al "amparo de la normativa vigente en aquel momento", disponiéndose en ellas que "las plazas de emergencia social podrán ser ocupadas por un plazo máximo de dos meses prorrogable otro mes más si así lo contempla la Comisión de Valoración".

Señala que "el día 28 de marzo de 2019 se dicta por la Alcaldía del Ayuntamiento de Gozón (...) decreto, previo informe emitido por el Trabajador Social y reunión de la Comisión de Valoración, e invocándose expresamente la cláusula cuarta del contrato que suscribió esta mercantil con el Ayuntamiento de Gozón, así como las bases reguladoras" antes reseñadas, resolviendo "declarar la situación de urgencia social a favor" de un usuario, acordándose "asignarle una plaza de emergencia por tres meses desde la fecha de ingreso en el Centro Geriátrico Luanco". Pese a haber advertido el centro la inminencia de la superación de ese plazo a efectos de desocupar la plaza, el Ayuntamiento dicta dos resoluciones de prórroga que extienden la estancia, primero, un mes, y, luego, "hasta que se resuelva la solicitud de plaza residencial" en el organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias. Esta última resolución, de fecha 26 de julio de 2019, fue recurrida judicialmente por la mercantil, declarándose su nulidad por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Oviedo, en la que se transcribe el pronunciamiento confirmado de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de noviembre de 2021, "notificada a las partes en fecha 25 de noviembre" de 2021.

Solicita una indemnización por importe de diecisiete mil seiscientos setenta euros con veintidós céntimos (17.670,22 €).

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Aporta diversa documentación entre la que se encuentra aquella en la que sustenta su pretensión (contrato, bases reguladoras y sentencias citadas), así como un informe pericial suscrito el 9 de noviembre de 2022 por dos economistas en el que se cuantifica el "importe de la estimación del coste de la estancia" del usuario afectado "entre el 29 de junio de 2019 y el 27 de enero de 2021".

2. El día 8 de mayo de 2023, una Educadora Social del Centro de Servicios Sociales de Gozón y una Técnica de Administración General emiten "informe de Servicios Sociales" que incluye una "valoración técnica relativa a las plazas residenciales gratuitas para cubrir las urgencias sociales del municipio".

En él se resume el proceso de intervención en el ámbito de servicios sociales con la familia del usuario (fallecido en el mes de marzo de 2023), explicándose que el 5 de agosto de 2020, mientras el residente permanecía ingresado, "consta informe social del trabajador social proponiendo la revocación de la plaza" ocupada en virtud de las prórrogas, informe que "no se traslada a la Comisión de Valoración", y que desde el organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias se informa, en el mes de enero de 2023, "que el 23-12-2020 le adjudicaron plaza en la residencia ……", detectándose en las "gestiones realizadas ese día que dicha comunicación no llegó a la residencia". Aclaran también que en ese momento "la hija del titular (…) nos traslada que no es hasta el 27 de enero de 2021" cuando, por resolución de Dependencia de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, pasa a ocupar plaza residencial pública en el mismo centro geriátrico", emitiendo informe la Educadora Social el 10 de febrero de 2021 "relativo a las gestiones y finalización de la ocupación de la plaza residencial municipal por causa de urgencia social de este beneficiario". Añaden que de los contactos mantenidos con el organismo autónomo se desprende que existió una concesión de plaza residencial anulada por falta de respuesta de la familia en el mes de febrero de 2020.

Respecto a "valoración técnica", se indica que "ni el contrato suscrito ni el acuerdo de Pleno establecen ningún tipo de límite temporal a la reserva de dos

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

plazas residenciales gratuitas para cubrir urgencias sociales del municipio", y consideran que "cuando la resolución de 2009 habla de temporalización (…) se está refiriendo a plazas de emergencia social derivadas de las plazas destinadas al concierto" con el organismo autónomo, y expresan que la sentencia dictada en primera instancia yerra al aludir, en su fundamento de derecho cuarto, a la temporalidad de las plazas de urgencia reservadas. Distinguen, por último, entre plazas de "emergencia social" y de "urgencia social".

3. Con idéntica fecha, el Instructor del procedimiento emite informe-propuesta de resolución en el que consigna que "no se ha evacuado trámite de audiencia ya que, de acuerdo con el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, cual es este caso".

Recuerda que la anulación de actos o resoluciones no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización, citando diversa jurisprudencia al respecto conforme a la cual considera que el "margen de razonabilidad" admitía la decisión municipal, habiéndose aplicado "conceptos jurídicos indeterminados". Asimismo, y en cuanto a la efectividad del daño, razona que, aun cuando "la ocupación por el Ayuntamiento de una plaza de urgencia social pudiera suponerle a la empresa contratista alguna pérdida coyuntural de ingresos (…), no puede aceptarse que el valor de esos potenciales perjuicios alcance el importe señalado" por la reclamante, pues "dicha cuantificación se asienta sobre conjeturas o puras expectativas de negocio", destacando la "reserva gratuita que ostenta el Ayuntamiento por el contrato suscrito".

Sentado lo anterior, expone como "cuestión previa" *(sic)* la "improcedencia de canalizar este tipo de reivindicaciones de índole contractual a través del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración", dado el vínculo contractual existente entre la entidad local y la concesionaria, lo que le lleva a afirmar que la empresa ha encauzado "erróneamente" su solicitud "a través de un procedimiento equivocado".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

4. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de mayo de 2023, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gozón objeto del expediente núm. ……, adjuntando a tal fin una copia del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

ÚNICA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento en el que se sustancia la reclamación de daños y perjuicios presentada por la titular de la concesión administrativa de suelo municipal destinado a la edificación de un geriátrico, para el resarcimiento del quebranto derivado de la decisión relativa a la ocupación de una plaza en el mismo, objeto de concierto con los servicios sociales del Ayuntamiento.

La interesada aduce que la prórroga de la ocupación de una plaza de emergencia social asignada a un usuario, anulada judicialmente, le ha ocasionado un perjuicio económico, y la Administración local ha tramitado la solicitud indemnizatoria de la mercantil como una reclamación de "responsabilidad patrimonial". No obstante, la propuesta de resolución pone de relieve como "cuestión previa" -pese a no haber sido planteada con antelación- la existencia de una relación contractual entre las partes, por lo que la reclamación debió haberse "canalizado" a través del procedimiento de responsabilidad contractual establecido en la Ley de Contratos del Sector Público, invocando al efecto el artículo 97 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. En particular, expresa que "es notorio que en el caso suscitado las exigencias indemnizatorias formuladas por la empresa reclamante están íntimamente ligadas a comportamientos atribuidos a la entidad

local contratante en los que iría ínsita alguna inobservancia más o menos explícita de las obligaciones contractuales impuestas al Ayuntamiento por el clausulado de los pliegos rectores del contrato o por la normativa aplicable a la específica modalidad concernida".

Pese a suscitar tal observación, lo cierto es que la solicitud formulada por el Alcalde en relación con la consulta sometida a nuestra consideración se circunscribe a adjuntar el expediente "seguido a instancia de la mercantil (…) para la emisión de dictamen". Por su parte, el Decreto de la Alcaldía de 9 de mayo de 2023, por el que se acuerda la remisión del expediente a este órgano, invoca el artículo 18.1.k) de su Reglamento, relativo a las "Reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen contra la Administración autonómica o las Administraciones de las entidades locales radicadas en el territorio del Principado de Asturias".

Sentado lo anterior, resulta además que la Administración instructora ha decidido omitir el trámite de audiencia del procedimiento de responsabilidad patrimonial instruido, con expresa fundamentación en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), afirmando que "en este caso" no son tenidos en cuenta "en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado".

Cierta (y llamativamente) la propuesta de resolución incurre en abierta contradicción con el informe emitido por el Servicio competente, pues mientras que la primera defiende la actuación administrativa cuestionada al considerarla incluida dentro del margen de tolerancia establecido como parámetro de valoración en los supuestos de anulación judicial (con expresa referencia a la concurrencia de "conceptos jurídicos indeterminados"), el segundo sostiene "diferencias conceptuales claras" entre las nociones de "urgencia social" y de "emergencia social", claves para delimitar la aplicación de la temporalización establecida en las bases reguladoras del acceso a las plazas. Tal divergencia obliga a recordar que, como venimos señalando de forma reiterada (por todos, Dictamen Núm. 133/2023), la finalidad de la instrucción no es otra que la de

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

proporcionar al órgano competente para resolver los elementos de juicio imprescindibles para dictar una resolución acertada, debiendo darse cumplimiento a lo establecido en el artículo 75 de la LPAC, a cuyo tenor "Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio y a través de medios electrónicos, por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos". Así, la tramitación debe integrar la aportación de elementos de decisión, tanto por el propio órgano instructor -de acuerdo con los principios de impulso de oficio e inquisitivo- como por otros órganos administrativos, mediante la incorporación de informes, preceptivos o necesarios, todo ello sin perjuicio de la actividad probatoria que corresponde desplegar a la interesada, sobre quien pesa la carga de la prueba, de modo que al término de la instrucción estén claros tanto los hechos y las circunstancias en las que se produjo el daño que da lugar a la reclamación como los fundamentos con arreglo a los cuales habrá de pronunciarse la resolución.

En el supuesto que nos ocupa, la evidente discrepancia concurrente permitiría aventurar que, dado que la propuesta de resolución no se basa en informes que sustenten técnicamente su sentido, la sustracción de estos del conocimiento de la reclamante debido a la omisión del trámite de audiencia matizaría la indefensión producida. Pero el contenido de aquélla y el giro que asume al considerar, como "cuestión previa" planteada por la Administración en ese momento (inmediatamente anterior a la finalización del procedimiento), la inadecuación del cauce instruido sí conduce a concluir la necesidad de conferir trámite de audiencia a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 82 de la LPAC. En este sentido, la atribución por parte del instructor a la reclamante en exclusiva de la iniciativa obvia que la solicitud formulada no impedía su adecuada "canalización" una vez recibida, efectuándosele a aquélla la oportuna advertencia, habiendo optado la Administración municipal, en cambio, por la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Al respecto, este Consejo ya ha tenido ocasión de manifestar (entre otros, Dictamen Núm. 209/2020) que la omisión o defectuosa práctica del trámite de audiencia constituye un defecto esencial que, en el caso que nos ocupa, impide cualquier consideración sobre el fondo del asunto. La jurisprudencia viene señalando reiteradamente que el trámite de audiencia no es de mera solemnidad, ni rito formalista, y sí medida práctica al servicio de un concreto objetivo, como es el de posibilitar a los afectados en el expediente el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en la defensa de su derecho, quedando así supeditada la nulidad de las actuaciones a que su omisión puede dar lugar a la indefensión para la parte (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1990 -ECLI:ES:TS:1990:11745-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª).

Y, efectivamente, entiende este Consejo Consultivo que en el presente supuesto se causa indefensión a la reclamante, privándole de esta forma, no solo de su acceso al informe del Servicio afectado, sino del conocimiento de la posición de la Administración respecto a la procedencia de la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial como una reclamación de responsabilidad contractual; planteamiento que debió formularse con anterioridad a la propuesta de resolución.

Ello no obsta la consideración de que, siguiendo el criterio expresado en el Dictamen Núm. 61/2020, quepa valorar la idoneidad de la vía ejercida, concluyendo eventualmente su improcedencia, pues cabe efectivamente apreciar como entonces, en consideración plenamente aplicable al caso que nos ocupa, "que no nos hallamos ante una reclamación de responsabilidad presentada en el ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido al particular a ser resarcido de toda lesión que sufra en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. A juicio de este Consejo, la petición indemnizatoria aquí examinada nace en el marco de una relación jurídica singular, toda vez que se funda en el incumplimiento de una obligación contractual, de modo que el daño invocado por la mercantil, vinculado a la actividad negocial de la Administración, no se rige por el régimen general de

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento de un servicio público, en los términos establecidos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público./ Al respecto, ya en el Dictamen Núm. 199/2019 reflejamos la doctrina del Consejo de Estado en la materia, plasmada, entre otros, en los Dictámenes 1578/2001 y 2703/2004, siendo ahora de interés recordar que `el mecanismo resarcitorio que prevén los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 -referencia que ahora ha de entenderse realizada al artículo 32 de la Ley 40/2015- puede tener su origen en cualquier tipo de actividad administrativa (actividades administrativas formales, actividades materiales e incluso la inactividad administrativa), con la única excepción de la actividad contractual de la Administración. La responsabilidad que eventualmente pudiera surgir para la Administración en el seno de una relación contractual en la que sea parte podría ser exigida por la vía jurisdiccional correspondiente (contencioso-administrativa o civil, según la naturaleza del contrato en cuestión), pero no mediante el mencionado mecanismo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992´. Y el procedimiento a seguir en estas reclamaciones `contractuales´ de daños, tal y como viene señalando el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 710/2019), es el establecido en el artículo 97 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 (resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos, que es el aplicable `con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos´)".

No obstante, una eventual conclusión acerca de la improcedencia de la vía elegida por ambas partes para dirimir la petición indemnizatoria sustanciada llevaría aparejada la aplicación de la limitación por razón de la cuantía establecida en el artículo 191 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuyo apartado 3, letra c), restringe la preceptividad del "dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma" en el caso de "Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta

pudiera haber incurrido" a aquellos supuestos en los que "las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros". En consecuencia, y siendo aplicable tal previsión en la fecha de presentación de esta reclamación -16 de noviembre de 2022- (aunque no en la de suscripción del contrato, en el año 2008), no cabría someter la reclamación de responsabilidad contractual a la consideración de este órgano por razón de la cuantía solicitada, que asciende a 17.670,22 €.

En todo caso, una adecuada ponderación de los elementos de juicio concurrentes que permita alcanzar convicción acerca de la procedencia de la vía aplicable para la resolución de la solicitud requiere disponer de toda la documentación relevante, y centrado el fondo del asunto en la vulneración de las obligaciones contractuales de las partes resulta necesario disponer del pliego de cláusulas administrativas particulares; en este sentido, la propia propuesta de resolución se refiere al "clausulado de los pliegos rectores del contrato" como fuente de las obligaciones que atañen a las partes, origen en definitiva de la controversia. Al respecto, observamos que si bien el contrato de concesión administrativa de suelo municipal contempla en su cláusula cuarta el "concierto con los Servicios Sociales municipales de reserva de dos plazas residenciales gratuitas para cubrir las urgencias sociales del municipio", lo cierto es que la temporalización cuestionada se contiene en las "Bases reguladoras para el acceso a las plazas de residencia en el centro gerontológico" aprobadas por Decreto de la Alcaldía de 20 de julio de 2009; documento que, si bien presenta valor interpretativo, no reúne en sentido estricto la condición de contractual de conformidad con lo establecido en la actualidad en el artículo 35.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que exige como "Contenido mínimo del contrato", en su apartado e), "La enumeración de los documentos que integran el contrato", disponiendo el apartado 2 del mismo artículo que "El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos".

No obstante el carácter preliminar del análisis de la naturaleza de la reclamación, tal y como efectuamos en el citado Dictamen Núm. 61/2020, en

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

este caso razones de eficacia aconsejan no aplazar la celebración del trámite de audiencia correspondiente al procedimiento instruido pues, en caso de concluir la adecuación de la vía instada por la empresa y tramitada por el Ayuntamiento, no ofrece duda la procedencia de su realización.

En consecuencia, consideramos necesaria la retroacción del procedimiento para la celebración del trámite de audiencia e incorporación al mismo de los pliegos del contrato, documentación esta última que permitirá valorar adecuadamente las estipulaciones que vinculan contractualmente a las partes.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

En mérito a lo expuesto, este Consejo entiende que no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar cuanto queda expuesto en el cuerpo del presente dictamen."

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a ……

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE GOZÓN.