

Expediente Núm. 287/2009  
Dictamen Núm. 159/2010

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*  
*Jiménez Blanco, Pilar*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 15 de julio de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 21 de mayo de 2009, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios sufridos en la prestación del contrato de explotación de dos cafeterías en un centro educativo público, como consecuencia de las obras realizadas en el mismo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 20 de abril de 2007, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito dirigido a “la Consejería de Educación y Cultura del Principado de Asturias” en el que expone que, “en calidad de empresario ha venido prestando el servicio de cafetería” en un centro educativo público, “desde el 1 de septiembre de 2001, en virtud de contrato inicial de fecha 31 de agosto de 2001 y sucesivas renovaciones”,

siendo el objeto del contrato la explotación del servicio de dos cafeterías”, situadas en dos dependencias del centro, y “cumpliendo escrupulosamente el pliego de cláusulas administrativas particulares” rector del contrato, “incluyendo el pago del canon establecido”.

Señala que, “con motivo de las obras de remodelación y adecuación del edificio, sufrió diversos traslados de ubicación y modificaciones de las condiciones de trabajo pactadas, sin que formulara reclamación alguna pues comprendía que las obras eran un mal necesario para mejorar las instalaciones” y que, finalmente, todos estos inconvenientes servirían para regentar un espacio que atraería a futuros clientes; pero que una vez acabadas las obras y “mientras se le obligaba a permanecer en un habitáculo del edificio principal que no reúne las mejores condiciones para realizar su labor, a la espera del remate de las obras en la cafetería principal, se encuentra con la desagradable sorpresa que el espacio remodelado es ocupado por una tercera persona, sin recibir explicación alguna”.

Considera que esta situación “no es compatible” con el contenido del contrato suscrito y todavía en vigor, siendo “contrario a derecho tanto el cobro de un canon por la explotación de un espacio del que se ha visto privado injustamente, como los daños y perjuicios que se le han causado, tanto en su vertiente del daño emergente -empleados a su cargo, mercaderías adquiridas y no vendidas, etc.-, como del lucro cesante”, correspondiente a las posibles ventas y ganancias a percibir en el espacio remodelado.

Concluye solicitando que “se dé cumplimiento a los pactos sucritos” y, de no ser esto posible, se “acuerde proceder a la indemnización que corresponda” -que no cuantifica- “por los daños y perjuicios que se le han irrogado”.

**2.** Consta incorporado al expediente un informe suscrito el día 29 de junio de 2007 por el ex Director del centro educativo, remitido al Secretario General Técnico de la Consejería de Educación y Ciencia.

En él se resume la relación del concesionario-reclamante con el centro, significando que “resultó seleccionado en concurso abierto en 2004, en libre

conurrencia". La oferta presentada incluía la cantidad a abonar al centro así como el listado de precios para los alumnos y para el personal del mismo, factor este último determinante para obtener la concesión al considerar preferente, tanto los representantes de la Dirección como los del Consejo Escolar, "mantener unos precios contenidos al alumnado y personal, aparte de la experiencia y buen trato del adjudicatario, que ya llevaba tres cursos (el anterior contrato) a cargo de la cafetería".

Refiere que "el concurso se celebró tal y como se venía haciendo desde el comienzo de las actividades del centro", adaptado a las instrucciones del MEC antes de las transferencias, y tras haber consultado con la Consejería competente "por si había que modificar el procedimiento", a lo que "verbalmente" se respondió que se continuara de igual modo.

Añade que "el contrato se hizo por un año, renovable automáticamente por otros dos (...) y la última prórroga vence el 31 de agosto del presente año, no teniendo ninguna queja de la actuación del concesionario, sino más bien todo lo contrario", ya que "se tuvo que adaptar a las obras" del complejo "sin por ello dejar de prestar servicio, ni de colaborar" con los distintos actos celebrados, y detalla que "en su cometido figuraba la atención a las dos instalaciones, la de la cafetería histórica o central, y la instalada en el antiguo INTRA, sede hoy del IES".

Destaca que el concesionario, durante el curso 2003/2004, también se vio afectado por las obras del IES, lo que "le supuso cerrar la cafetería del INTRA", que atendía, asimismo, la sede de la UNED, con "el consiguiente perjuicio económico del que no presentó queja ni valoración".

Relata que en octubre de 2004 recuperó la zona del IES pero ya no pudo "atender a la UNED, al estar separados físicamente, y cerrado el IES en el horario de atención" de esta. Además, durante el curso 2005/2006 "se tuvo que trasladar a una zona provisional, muy inferior en tamaño e instalaciones, para prestar servicio a la Sección de F. P., y en el curso actual al CIFP", al mismo tiempo que atendía a los trabajadores de las obras del complejo, "pero

perdiendo a los visitantes” al haberse suspendido -por razones de seguridad- las visitas al edificio, y a los internos, al no haberlos ya en el centro.

Finaliza el informe aclarando que los datos aportados se refieren a “su etapa de Director, que acabó el 31 de agosto de 2006” y acompaña “una foto con la ubicación de las cafeterías que se citan en el texto”.

A continuación se hallan incorporados al expediente copias de los siguientes documentos: a) Contrato formalizado el día 23 de septiembre de 2004 entre el Director del centro y el reclamante, acompañado del correspondiente anexo de condiciones técnicas particulares y del pliego de cláusulas administrativas particulares rector del mismo. b) Escrito remitido el día 30 de mayo de 2005 por el entonces Director del centro a la Secretaría General Técnica de la Consejería instructora. En él informa que el IES cuenta con cafetería distribuida en dos dependencias, que a efectos concursales se consideró un único servicio; que “tras el concurso público efectuado al concluir el anterior convenio más sus prórrogas, el día 31 de agosto de 2004”, el “titular de la concesión del servicio es (el reclamante)”; que “la adjudicación fue mediante concurso público, con propuestas a 3 empresas y publicación en el tablón de anuncios del centro y en la Asociación de Empresarios de Hostelería” de la localidad; que el “estudio de ofertas y apertura de plicas fue ante la Comisión Económica del Consejo Escolar, actuando este como Mesa de Contratación”; que “el contrato-convenio es desde la fecha 1 de septiembre de 2004 hasta el 31 de agosto de 2005, prorrogable hasta tres anualidades (fin de la prórroga, de haberla, el 31 de agosto de 2007), y que “el grado de satisfacción con el concesionario es correcto, considerando el centro que a fecha 31 de agosto el servicio debe ser prorrogado”.

**3.** Mediante escrito notificado al reclamante el día 8 de octubre de 2007, un Técnico de la Administración del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Educación y Ciencia le comunica la fecha en que su solicitud ha sido recibida en el mencionado Servicio, las normas del

procedimiento con arreglo al cual se tramitará y los efectos del silencio administrativo.

4. Con fecha 3 de octubre de 2007, el Secretario General Técnico de la Consejería instructora remite una copia de la reclamación formulada a su homónimo de la Consejería de Cultura y Turismo, al estar encomendada la explotación del servicio de cafetería del centro a una sociedad adscrita a esa Consejería. Asimismo, le comunica el inicio del procedimiento ante las posibles responsabilidades concurrentes que pudieran derivarse del hecho reclamado.

5. Mediante escrito notificado el día 10 de octubre de 2007, el Jefe del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial (en adelante Servicio instructor) solicita al reclamante que remita valoración del perjuicio económico alegado, tanto en su vertiente de daño emergente como de lucro cesante, y que especifique las fechas y las distintas ubicaciones de las dos cafeterías, antes y después de las obras realizadas en el recinto.

Con idéntica fecha, requiere a la sociedad pública que tiene encomendada la gestión del servicio objeto de la reclamación, a fin que concrete la fecha en la que la empresa inició la explotación de la cafetería situada en el edificio principal y los beneficios obtenidos desde entonces, acreditados mediante las liquidaciones trimestrales y resumen anual de IRPF e IVA.

6. Mediante escrito presentado en una oficina de correos el día 23 de octubre de 2007, el Vicepresidente del Consejo de Administración de la empresa que explota el servicio hostelero señala en respuesta a lo requerido que “por Resolución de 11 de octubre de 2006, de la Consejería de Cultura, Comunicación Social y Turismo (BOPA de 13 de noviembre de 2006), se encomienda a esta sociedad la ‘gestión, explotación, administración, mantenimiento, conservación y vigilancia’ de la cafetería general” del centro y desde entonces, en cumplimiento de la obligación impuesta en la misma, “viene

explotando la cafetería referenciada”. Entiende que “ninguna responsabilidad” les alcanza acerca de los hechos de los que se les da traslado y, respecto a la petición de información, estima que “debería hacerse a través de la Consejería de Cultura y Turismo, ya que de hacerlo de otro modo estaríamos vulnerando la resolución por la que se otorga a esta sociedad la encomienda de gestión”.

**7.** Con fecha 24 de octubre de 2007, el reclamante presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que responde “que la documentación requerida no ha podido ser recopilada por encontrarse en poder de diferentes asesores”, por lo que solicita se le conceda “una ampliación del plazo acordado en la anterior comunicación, con el objeto de facilitar el estudio económico administrativo de las causas y circunstancias que han llevado a la pérdida de trescientos sesenta mil euros (360.000 €) y, en su día, se acuerde proceder a la indemnización que corresponda por los daños y perjuicio que se le han irrogado”.

**8.** El día 30 de octubre de 2007, el Jefe del Servicio instructor solicita a la Agencia para el Desarrollo de Proyectos Culturales de la Consejería de Cultura y Turismo, la emisión de un informe en el que queden determinados la fecha concreta en la que la empresa encomendada inició la explotación de la cafetería situada en el edificio principal y los beneficios obtenidos desde entonces, acreditados mediante las liquidaciones trimestrales y resumen anual de IRPF e IVA.

**9.** Mediante escrito notificado el día 21 de noviembre de 2007, el Jefe del Servicio instructor comunica al reclamante la denegación de la ampliación del plazo para presentar la información y documentos requeridos, “puesto que la petición efectuada tiene entrada en (el) registro de esta Administración el día 24 de octubre de 2007, es decir, transcurrido el plazo de diez días establecidos, que se iniciaba el 11 de octubre y finalizaba el día 23 de octubre”. No obstante esto, le indica que “podrá aportar los documentos en cualquier fase del

procedimiento anterior a la propuesta de resolución dictada por este órgano competente”.

**10.** Con fecha 21 de noviembre de 2007, la Jefa de la Unidad de Apoyo Administrativo de la Agencia para el Desarrollo de Proyectos Culturales, adscrita a la Consejería de Cultura y Turismo, informa que la sociedad pública tiene encomendada la gestión de la cafetería general del recinto “por Resolución de 11 de octubre de 2006, de la Consejería de Cultura, Comunicación Social y Turismo (BOPA n.º 262, de 13 de noviembre de 2006)”. Respecto a los datos correspondientes a los beneficios obtenidos desde la ocupación de la cafetería, responde que deberán ser solicitados a la sociedad gestora.

**11.** El día 17 de enero de 2008, el Jefe del Servicio instructor reitera la petición de informe girada el día 30 de octubre del año anterior a la Agencia para el Desarrollo de Proyectos Culturales, en virtud del principio de lealtad institucional y visto que es el órgano de relación entre la sociedad gestora y la Administración del Principado de Asturias al que procede dirigirse, conforme a lo establecido en el Resuelto segundo de la Resolución de 11 de octubre de 2006, de encomienda de gestión, antes citada.

Se solicita, igualmente, la remisión de copia de la memoria de gestión, cuentas generales y balance de la mencionada sociedad, correspondientes a los ejercicios 2006 y 2007.

**12.** Con fecha 20 de febrero de 2008, el reclamante presenta copia de los siguientes documentos: a) Informe de valoración económica suscrito por una economista del Ilustre Colegio de Economistas de Asturias a petición del interesado, a fin de evaluar el perjuicio económico tanto en su vertiente de daño emergente como de lucro cesante sufrido, debido a las obras realizadas en los edificios del centro en los que este prestaba el servicio de cafetería. La cuantificación total del perjuicio económico asciende a cuatrocientos seis mil setecientos dieciocho euros con veintisiete céntimos (406.718,27 €), desglosada

en los siguientes conceptos: pérdida de rentas por disminución de ventas, 51.625,45 €; coste laboral, 4.900 €; efecto impositivo, 2.712,76 €; pérdidas de renta por no ventas a trabajadores de la obra, 201.258,08 €, y pérdidas de rentas por aumento de alumnos en el curso 2006/2007, 146.221,98 €.

b) Documentación fiscal relativa a los ejercicios 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, consistente en modelos trimestrales de IVA (modelo 300/311), resumen anual de IVA (modelo 390), modelos trimestrales de IRPF y declaración anual de IRPF, no adjuntando en este caso la del ejercicio 2007 "por no haberse devengado el periodo de liquidación del mismo".

**13.** El día 16 de mayo de 2008, se comunica a la correduría de seguros la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta y se remite documentación relativa al procedimiento que dio origen.

Con posterioridad, la correduría de seguros informa que la compañía aseguradora "no puede hacerse cargo de las consecuencias económicas, dado que el siniestro está excluido de cobertura".

**14.** Mediante escrito de 28 de mayo de 2008, el Secretario General Técnico de la Consejería instructora, ante las posibles responsabilidades concurrentes en la producción del daño alegado, adjunta copia de la reclamación y comunica a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Cultura y Turismo los reiterados e infructuosos requerimientos efectuados por el Servicio instructor tanto a la sociedad que tiene encomendada la gestión del servicio de cafetería objeto de la reclamación, como a la Agencia para el Desarrollo de Proyectos Culturales, solicitando una serie de datos que se consideran relevantes a los efectos de valorar los daños y perjuicios económicos reclamados.

**15.** Con fecha 5 de junio de 2008, el Secretario General Técnico de la Consejería instructora insta a la Agencia para el Desarrollo de Proyectos Culturales para que remita informe y documentación acreditativa sobre los extremos insistentemente requeridos.

**16.** El día 24 de julio de 2008 tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito firmado por el Director-Gerente de la sociedad que tiene encomendada la gestión, explotación, administración, mantenimiento, conservación y vigilancia de la cafetería general del centro, mediante el cual informa que “la explotación se inició con fecha 11 de octubre de 2006”, tal como recoge la Resolución de la Consejería de Cultura, Comunicación Social y Turismo, de idéntica fecha.

Aclara asimismo que, dado que esa sociedad no se dedica en exclusiva a la gestión de la mencionada cafetería, las liquidaciones trimestrales y resúmenes anuales requeridos para acreditar los beneficios obtenidos por esa gestión “no reflejan tal información sino que identifica el volumen total de operaciones por todas las unidades de negocio de la sociedad”, y adjunta la cuenta de resultados analítica de la cafetería, donde se recogen todas las partidas de gastos e ingresos obtenidos por la gestión de la misma durante un ejercicio completo (año 2007), cuyo saldo es -24.110,95 €.

Por último, considera que “no es información útil para la resolución del presente expediente de responsabilidad patrimonial” la referente a la memoria de gestión, cuentas generales y balance de la sociedad puesto que no reflejan el detalle de la actividad de la cafetería del centro, sino la imagen fiel del patrimonio, situación financiera y resultados de sus operaciones durante el ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 2007 para el total de las actividades y unidades de negocio gestionadas por la sociedad.

**17.** Con fecha 4 de agosto de 2008, el Jefe del Servicio instructor emite un informe en el que parte del hecho de que, a la fecha de finalización del primer contrato, el 31 de agosto de 2004, “la situación invocada por el reclamante era conocida por este”, puesto que “las obras de remodelación del edificio habían comenzado, por lo que pudo denunciar el contrato o solicitar su modificación, en lugar de aceptar la prórroga del mismo”; añade que el empresario decidió mantenerse en la explotación del negocio y suscribió un nuevo contrato, por lo

que “sólo serían indemnizables, en su caso, a título de daños y perjuicios los invocados a partir de la fecha de inicio del segundo contrato (1 de septiembre de 2004)”. Ante la alegación del reclamante de que la obra pública llevada a cabo en el recinto le ha producido daños y perjuicios, que refiere y cuantifica como lucro cesante y daño emergente, afirma que en el curso 2004/2005 “el servicio se prestó en las instalaciones y en los términos pactados en el contrato”; en el curso 2005/2006 se produjo “el traslado de la cafetería principal a una nueva ubicación en un lugar próximo del edificio” pero de menores dimensiones, sin que durante la realización de las obras dejaran de funcionar las dos dependencias destinadas a prestar el servicio de cafetería; el lugar habilitado surge por la necesidad de adecuarse a las obras que, por su naturaleza, “conllevan una serie de alteraciones e incomodidades que no tiene el deber jurídico de soportar el interesado y que pueden dar lugar a un deber de resarcimiento”. Respecto a la cuantía indemnizatoria solicitada, señala que los perjuicios invocados por el reclamante no pueden ser “objeto de resarcimiento por faltar el requisito de la efectividad del daño, al no ser susceptible de indemnización la mera expectativa de derechos”.

Añade que “tampoco resulta imputable a esta Administración educativa el hecho que durante el curso escolar 2006/2007, coincidente con el último año de vigencia del contrato, el servicio de gestión y explotación del emplazamiento de la cafetería principal” haya sido adjudicado y prestado por una empresa pública desde el 11 de octubre de 2006, dado que la Consejería instructora “no resultó el órgano de contratación” pues, en este caso, el servicio va destinado al público en general que acude al centro, “a diferencia del servicio de cafetería prestado por el reclamante que debía dar cobertura exclusivamente a la comunidad educativa”.

Manifiesta que, “ante la dificultad de calcular exactamente el ‘quantum’ indemnizatorio con que se debe resarcir al reclamante los efectos inherentes a las citadas obras en relación al negocio de cafetería, hay que determinar la indemnización, a falta de otro criterio razonable y objetivo”, considerando el alegado “perjuicio económico derivado del efecto impositivo”, que asciende por

este concepto a 2.712,76 €, lo que determina que se informe favorablemente, en parte, la petición del demandante en esa cuantía.

Finalmente, no considera necesaria la apertura de periodo probatorio, si bien se acuerda dar audiencia a los interesados, con carácter previo a la redacción de la propuesta de resolución.

**18.** El día 20 de agosto de 2008, se notifica al reclamante la apertura del trámite de audiencia, poniéndole de manifiesto el expediente durante un plazo de diez días, a fin de que pueda examinarlo, formular alegaciones y presentar las justificaciones que estime pertinentes. A estos efectos, se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el mismo y el informe del Servicio instructor de 4 de agosto de 2008.

**19.** Con fecha 29 de agosto de 2008, el reclamante presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que expone que “las obras efectuadas por la Administración provocaron una extrema reducción de la actividad laboral” por él desarrollada, lo que le supuso una notable disminución en sus ingresos, que representan su medio de vida.

Añade que “si como consecuencia de las obras se hubiera sufrido un perjuicio soportable en interés del bien público (...), no hubieran puesto objeciones ni reclamaciones”. Sin embargo, se les “ubica sin retorno en un habitáculo que no reúne las condiciones adecuadas y con unas dimensiones muy inferiores, no a las inicialmente pactadas, sino inferiores a las que racionalmente son necesarias para el desarrollo del servicio de cafetería”, e incluso, “intentando desarrollar el trabajo en esta nueva ubicación, que recuerda más bien a una zona de castigo, sin ninguna explicación y con absoluto incumplimiento del contrato que tenía suscrito con la Administración (no expiraba hasta el 31 de agosto de 2007), se da la desagradable sorpresa de que el espacio remodelado es ocupado por una tercera persona, para el periodo 2006/2007”. Por ello, entiende que “la Administración ha causado un notable perjuicio a un particular”.

Refiere que la propia Administración reconoce el “perjuicio económico causado definiéndolo como efectos inherentes” a las obras y argumentando que, “ante la dificultad de calcular el ‘quantum’ indemnizatorio, tendrá en cuenta como criterio razonable y objetivo, el ‘perjuicio económico derivado del efecto impositivo’ que asciende a la cantidad de dos mil setecientos doce euros con setenta y seis céntimos (2.712,76 €)”, según el informe de valoración económica por él aportado.

Discrepa a continuación del criterio argüido por la Administración, pues razona que “no sólo el daño emergente derivado del tipo impositivo es un daño efectivo, evaluable e individualizado, sino que el lucro cesante calculado cumple igualmente esos requisitos legales”, ya que “su cálculo responde a criterios racionales y se ha efectuado aplicando la normativa contable y fiscal”, teniendo en cuenta “valores tan objetivos como los datos del Instituto Nacional de Estadística así como la propia depreciación del dinero”.

Considera, por tanto, que “el cambio de prestar un servicio en condiciones óptimas, en unas instalaciones y en una ubicación adecuada para cumplir tanto con las obligaciones del servicio concertado, como con unos objetivos profesionales, a verse imposibilitado para desarrollar lo que venía siendo su actividad profesional, sí es un daño efectivo y cuantificable, no sólo en el daño emergente sino también en el lucro cesante, que es sin duda un daño efectivo aunque no se haya materializado”.

Solicita, por último, que se resuelva el procedimiento estimando la totalidad de la indemnización reclamada, que asciende a la cantidad de 406.718,27 €.

**20.** El día 12 de enero de 2009, el Jefe del Servicio instructor elabora propuesta de resolución estimando en parte la reclamación formulada, fijando la indemnización en la cuantía de 2.712,76 €, por los daños y perjuicios derivados de la prestación del contrato de explotación de las cafeterías del centro educativo, “al resultar acreditada la existencia de relación de causalidad entre el

funcionamiento del servicio público y los daños alegados”, y reiterando en ella los argumentos recogidos en su informe de 4 de agosto de 2008.

Asimismo, y con la misma fecha, propone “autorizar, disponer un gasto, estimar en parte la petición de responsabilidad patrimonial y el reconocimiento de la obligación de pago por un importe de dos mil setecientos doce euros con setenta y seis céntimos (2.712,76 €)”, a favor del reclamante, con cargo a la aplicación presupuestaria que cita.

**21.** Con fecha 9 de febrero de 2009, la Interventora Delegada de la Intervención General emite un informe de fiscalización previa, con nota de reparos, donde indica que la aplicación presupuestaria a la que se imputa el gasto “no es correcta ya que no se trata de un accidente escolar” y que, examinado el expediente, “se concluye que la cantidad reclamada se deriva de una relación contractual”, a la que no cabe calificar como responsabilidad patrimonial, pues se trataría “de una indemnización que trae su causa en un contrato firmado y se debe tratar como tal”.

**22.** El día 25 de febrero de 2009, el Secretario General Técnico de la Consejería instructora, solicita informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias “en relación a la incidencia surgida durante la ejecución del contrato de servicio de cafetería” ubicada en el centro educativo, y acompaña a la petición “informe y copia del expediente administrativo, que permitan una mejor comprensión del asunto planteado”.

**23.** Mediante escrito de 18 de marzo de 2009, el Jefe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias remite, en relación a lo interesado, un informe elaborado por un Letrado de ese Servicio.

En él se advierte que la reclamación de indemnización planteada por el reclamante “no puede ser considerada como una incidencia en la ejecución de un contrato motivada por diferencias en la interpretación de lo convenido (...), ni tampoco como algo derivado de la necesidad de modificación de las

condiciones contractuales". Sin perjuicio de lo anterior -continúa- y, ante la nulidad manifiesta de los contratos celebrados por el interesado" con el centro educativo, "no parece en absoluto descabellada la tramitación del expediente inicialmente adoptada por la Consejería de Educación, como si de una responsabilidad patrimonial ordinaria se tratase, puesto que tampoco podemos hablar en puridad de una responsabilidad contractual faltando el presupuesto de hecho principal para su origen".

Señala que "no parece necesario que el tema sometido a consideración sea objeto de informe por este Servicio, al no hallarnos ante un pliego de cláusulas administrativas, un modificado en sentido estricto, o una resolución de contrato y no existir una norma jurídica que obligue expresamente a la evacuación del informe", por lo que concluye "se entiende no procedente la emisión de informe respecto a la propuesta de estimación de la petición de indemnización de daños y perjuicios" formulada por el reclamante.

**24.** Con fecha 28 de abril de 2009, la Jefa del Servicio instructor elabora una nueva propuesta de resolución estimando en parte la reclamación formulada, en la cuantía de 2.712,76 €, por los daños y perjuicios derivados de la prestación del contrato de explotación de las cafeterías del centro educativo, "al resultar acreditada la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados", y reiterando en ella los argumentos recogidos en la anteriormente formulada el día 12 de enero de 2009.

Con idéntica fecha, propone, asimismo, "autorizar, disponer un gasto, estimar en parte la petición de responsabilidad patrimonial y el reconocimiento de la obligación de pago por un importe de dos mil setecientos doce euros con setenta y seis céntimos (2.712,76 €)", a favor del reclamante, con cargo a una nueva aplicación presupuestaria aperturada en materia de responsabilidad patrimonial.

El día 12 de mayo de 2009, la Interventora Delegada emite el correspondiente informe de fiscalización previa de conformidad

**25.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 21 de mayo de 2009, registrado de entrada el día 26 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm. .... de la Consejería de Educación y Ciencia, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

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

**ÚNICA.-** Sometido a consulta un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, este Consejo Consultivo debe de emitir su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

No obstante, dadas las características del supuesto sometido a nuestro juicio, hemos de pronunciarnos con carácter previo sobre nuestra propia competencia para emitir el dictamen solicitado.

La reclamación que origina el presente procedimiento se dirige contra la Consejería de Educación y Cultura, atribuyendo a esta el incumplimiento de las condiciones establecidas en un contrato de explotación del servicio de cafetería, que comprendía dos dependencias situadas en dos edificios de un complejo educativo cultural, como consecuencia de la ocupación, después de una serie de obras, de uno de estos espacios, ya remodelado, por un tercero. El objeto

principal de su reclamación es exigir el cumplimiento de “los pactos suscritos en su día, en vigor al día de hoy” incluidos en el mencionado contrato y, subsidiariamente, una indemnización por los daños y perjuicios que se le han irrogado.

Tal reclamación, formulada en los términos antedichos, nos sitúa en el ámbito de la responsabilidad contractual de la Administración y no, como resulta de la petición del dictamen a este Consejo, de la responsabilidad patrimonial. Resulta necesario, por tanto, a la vista de las alegaciones formuladas, analizar la posible naturaleza jurídica y la vigencia del contrato celebrado entre el reclamante y la administración.

Obra en el expediente remitido un documento firmado por el Director de un Instituto de Educación Secundaria y el interesado, de fecha 23 de septiembre de 2004, en el que consta que este “asume la obligación de prestar el servicio de cafetería” y se fija el canon anual que el adjudicatario deberá abonar; que ambas partes convienen que mediante dicho escrito “se formaliza el contrato de prestación de este servicio” y que el mismo “se prestará con arreglo a las estipulaciones que se contienen en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que figuran como anexo a este contrato”. La duración de las obligaciones asumidas se establece por el periodo 1 de septiembre de 2004 a 31 de agosto de 2005, pudiendo prorrogarse tácitamente por periodos anuales hasta un máximo de tres años. Se menciona en la reclamación un contrato anterior, suscrito con el mismo adjudicatario, por el periodo 1 septiembre de 2001 a 31 agosto 2004, de cuya existencia sólo se tiene constancia por referencias indirectas.

La norma vigente en materia de contratación pública, en el momento de suscripción de aquellos contratos, resultaba ser el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Dicho texto señala que son contratos administrativos (artículo 5.2) los siguientes: “a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los

de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos./ b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley". En el apartado 3 se refiere a la naturaleza jurídica del resto de los contratos señalando que: "los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos".

En la práctica, las características singulares de cada contrato hacen que no sea siempre fácil deslindar el contrato privado y el público, habiéndose desarrollado un importante cuerpo de jurisprudencia a fin de establecer criterios clarificadores, ya que no es la naturaleza administrativa del órgano la que determina necesariamente la naturaleza del contrato, como tampoco lo es que tal pacto se prepare y adjudique en todo caso conforme a las normas administrativas que lo regulan, pues estas rigen para contratos administrativos y también para contratos privados concertados por órganos administrativos. La jurisprudencia ha subrayado que el carácter administrativo de un contrato sólo puede deducirse de un análisis sustantivo del mismo, de tal modo que los términos utilizados e incluso la declaración de sometimiento al derecho privado son irrelevantes.

En el caso concreto que nos ocupa, y tras analizar el contrato y sus pliegos, detectamos varias contradicciones al respecto que impiden, sobre esta base, pronunciarse sobre su naturaleza jurídica. No obstante, en supuestos similares al que se analiza, este Consejo Consultivo consideró que tales contratos tenían carácter administrativo y no privado. Así lo afirmamos en nuestro Dictamen Núm. 178/2006, en un supuesto de explotación de bar-cafetería en un Aulario de la Universidad de Oviedo; así también en el Dictamen Núm. 20/2006, dado que consideramos un contrato de gestión de servicio público, la explotación de un bar-cafetería sito en una Estación de Autobuses. A tenor de todo lo expuesto, entiende este Consejo Consultivo que, en el supuesto que analizamos, nos hallamos ante un contrato administrativo.

Ahora bien, admitida por ambas partes la existencia de un contrato de explotación de la cafetería, la reclamación presentada por el contratista se tramita por la Administración instructora por el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Para la Administración, el dato definitivo que justificaría la tramitación de la reclamación por esta vía, a la luz de la última propuesta de resolución formulada por el instructor, sería la nulidad de pleno derecho de los contratos invocados, en cuanto "actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia -art. 62.1.b) de la Ley 30/1992- y dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido -art. 62.1.e) de la citada Ley-". Con este fundamento, considera el Servicio instructor, apoyándose en el Informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, que los contratos se tendrán por inexistentes y por ello el procedimiento seguido es el de la responsabilidad contractual ordinaria, y no el de la responsabilidad contractual.

No cabe, sin embargo, compartir tal conclusión. Del estudio de la documentación que obra en el expediente resulta acreditado que la Administración no ha incoado ningún procedimiento para declarar la nulidad de los contratos conforme al artículo 64 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni de oficio ni a instancia del interesado. Ante la inexistencia de un acuerdo de declaración de nulidad, se

mantiene la presunción de validez de la relación contractual. Por ello, sin entrar a pronunciarnos sobre la existencia o no de la concurrencia de posibles causas de nulidad, cuestión ajena al ámbito de este dictamen, lo que cabe constatar con la documentación remitida es que hubo no sólo una inequívoca declaración de voluntad mutua para la explotación del servicio de cafetería del centro educativo cultural, sino también una ejecución efectiva del mismo, pues parece ser que durante años, incluso acudiendo a sucesivas prórrogas, se intercambiaron las prestaciones convenidas. Resulta por ello difícilmente justificable que la Administración, concedora de los servicios prestados por el reclamante y receptora de los cánones correspondientes, pretenda ahora dar por inexistente el contrato, vulnerando la buena fe del adjudicatario. Pero es que incluso, acordada la nulidad, conforme al procedimiento legalmente establecido, de la citada relación contractual, también será el régimen legal específico sobre contratación el que determinará las consecuencias que para las partes de tal nulidad pudieran derivarse.

En estos casos, es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo, que “los daños y perjuicios han de reclamarse por las vías de resarcimiento que específicamente estén establecidas. La existencia de estas desplaza como procedimiento adecuado al más general de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” (Dictámenes 153/2006 y 110/2007). En definitiva, no cabe reconducir a la responsabilidad patrimonial el análisis de los daños y perjuicios imputados en este supuesto a la Administración autonómica, dado que tienen su origen en una relación jurídica específica que cuenta con un régimen propio de resarcimiento y, en consecuencia, debe aplicarse con carácter preferente dicha vía.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias considera que no procede la emisión del dictamen solicitado a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias

1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, dado que la solicitud presentada por ..... no se corresponde con una responsabilidad patrimonial de carácter genérico, residual o subsidiaria, sin perjuicio del resto de las consideraciones vertidas en el cuerpo de este Dictamen.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.