

Expediente Núm. 137/2014
Dictamen Núm. 141/2014

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 12 de junio de 2014, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 24 de abril de 2014 -registrada de entrada el día 6 del mes siguiente-, 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 como consecuencia de la instalación de unas máquinas expendedoras cuya contratación fue declarada nula.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 28 de octubre de 2013, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial, frente a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, en la que expone que en el año 2010 le fue adjudicado, “en exclusiva”, el servicio de cafetería de un instituto público de enseñanza secundaria.

Relata que desde el inicio de la prestación del servicio comunicó a la Consejería competente la existencia en el centro escolar de tres máquinas dispensadoras de alimentos y bebida, considerando que la presencia de las mismas suponía una "clara competencia ilegal".

Tramitado el correspondiente procedimiento revisor, en virtud de Resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte de 29 de octubre de 2012 se declaró la nulidad del contrato de servicio de instalación y explotación de dichas máquinas.

Expone que "durante" dos años "se ha visto privado de unas importantes ventas (...) por la clara competencia desleal" que representan las máquinas, y, calculando el "importe real del daño causado" a partir de la comparativa establecida respecto al "aumento del importe o beneficio neto de la venta diaria de la cafetería desde que ya no tiene la competencia desleal de las máquinas", cuantifica las pérdidas en un total de dieciocho mil euros (18.000 €).

Adjunta diversa documentación entre la que se encuentra el registro de ventas e ingresos correspondiente a los años 2010, 2011, 2012 y 2013 y un informe descargado de Internet sobre "la cuenta de resultados de un negocio de hostelería".

2. Mediante oficio de 8 de noviembre de 2013, notificado al letrado designado como representante el 13 del mismo mes, la Instructora del procedimiento le comunica la fecha de recepción de su reclamación en el registro de la Consejería competente para resolver, el plazo máximo de resolución y los efectos del silencio administrativo.

Asimismo, y a "efectos de complementar la documentación obrante en el expediente", le requiere para que presente una copia del documento nacional de identidad del interesado, a lo que da cumplimiento el día 18 de noviembre de 2013.

3. Con fecha 20 de enero de 2014, la Instructora del procedimiento requiere al representante del perjudicado para que subsane y mejore su solicitud,

aportando el "registro de ventas e ingresos correspondiente al último semestre del año 2013" y el "registro de compras y gastos correspondiente a los años 2010-2013", advirtiéndole de que en caso de no atender la petición se le tendrá por desistido de su solicitud.

Consta en el expediente la presentación de la documentación requerida el día 3 de febrero de 2014.

En la misma fecha, la Instructora del procedimiento solicita al Servicio de Contratación de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte una copia de la documentación relativa al contrato del servicio de cafetería y de la declaración de nulidad del contrato de instalación y explotación de máquinas expendedoras, realizándose la correspondiente remisión al día siguiente.

Mediante oficio de 24 de febrero de 2014 la Instructora del procedimiento solicita al Servicio de Contratación nueva documentación sobre ambos expedientes -el de contratación y el de revisión de oficio-, que se le envía el mismo día.

4. Con fecha 13 de marzo de 2014, la Instructora del procedimiento emite un informe en el que afirma que "parece claro que la actuación irregular de la Administración incide, de alguna manera, en la esfera del particular que solicita la indemnización", si bien considera que para que "el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración" se produzca "es necesario, además, que el daño sea antijurídico"; requisito que entiende concurre en este caso.

Señala que, "fijados los hechos y establecidas la existencia de una actividad administrativa y la relación de causalidad entre esta y el daño causado, debe analizarse la procedencia de la indemnización que se solicita por el perjudicado (...), que vendría justificada en base al lucro cesante". Considera que para el cálculo de dicha cuantía no pueden estimarse "estudios generales de mercado, como el aportado por el reclamante, sino datos más objetivos, como los registros de ventas e ingresos del negocio incorporados al expediente". Atendiendo a los mismos, razona la procedencia de la concesión

de una indemnización por importe total de mil ochocientos sesenta y un euros con sesenta y cuatro céntimos (1.861,64 €), que resultan del reconocimiento de 930,82 € “en concepto de lucro cesante” para cada uno de los años -2011 y 2012- en que estuvieron irregularmente instaladas las máquinas.

5. Mediante oficio notificado al representante del perjudicado el 24 de marzo de 2014, la Instructora del procedimiento le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente. Aquel comparece en las dependencias administrativas el 2 de abril de 2014 y obtiene una copia de los documentos que interesa.

El día 4 de abril de 2014, el representante del perjudicado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que rechaza la cuantía indemnizatoria que se propone.

6. Con fecha 9 de abril de 2014, la Instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en la que se estima parcialmente la reclamación presentada, reiterando los argumentos y la cuantía indemnizatoria señalados en el informe emitido con anterioridad.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de abril de 2014, 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, Cultura y Deporte, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo establecido 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado -adjudicatario del servicio de cafetería de un instituto público de enseñanza secundaria- activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Ahora bien, en cuanto a la acreditación de la representación conferida en el escrito inicial en favor del letrado compareciente durante el procedimiento, este Consejo ha venido pronunciándose de manera constante sobre su carácter esencial, estando obligada la Administración a exigir -y los particulares a efectuar- su acreditación, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la LRJPAC. En el presente supuesto la Instructora del procedimiento únicamente interesa, en el requerimiento de subsanación efectuado tras la presentación de la solicitud, una copia del documento nacional de identidad del reclamante. Dado que la propia Administración no cuestiona la representación alegada procede, en aplicación del principio de eficacia reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución y recogido en el artículo 3 de la LRJPAC, analizar el fondo de la cuestión controvertida. No obstante, si en el pronunciamiento se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración no cabría una estimación de la reclamación sin que esta, por el procedimiento legal oportuno, verifique dicha representación.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 28 de octubre de 2013, habiéndose notificado la Resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte por la que se declara la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación del contrato de servicio de instalación y explotación de máquinas expendedoras en el Instituto de Enseñanza Secundaria de Cangas del Narcea al ahora reclamante el día 2 de noviembre de 2012, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Se ha omitido, no obstante, la emisión de informe por parte del servicio responsable, obrando en el expediente únicamente el elaborado por la propia Instructora del procedimiento, que pertenece al Servicio de Apoyo Técnico de la Consejería. Sin embargo, teniendo en cuenta los datos que constan en aquel, y singularmente la documentación relativa a los expedientes de contratación y de revisión de oficio recabada en el curso de la instrucción, entendemos que una eventual retroacción del procedimiento es innecesaria, pues resulta razonable suponer que de incorporarse al expediente dicho informe no se verían alterados

los elementos de juicio en virtud de los cuales hemos de alcanzar nuestro dictamen.

Igualmente, constatamos una aparente confusión entre los trámites de subsanación y de mejora de la solicitud que da inicio al procedimiento, y por ende de las consecuencias de la falta de atención de los requerimientos en ambos casos. El artículo 71 de la LRJPAC, tras establecer que si la solicitud de iniciación de un procedimiento no reúne los requisitos legalmente exigibles deberá requerirse al interesado para que proceda a su subsanación -con advertencia de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición-, recoge en el apartado 3 que el órgano competente podrá recabar la modificación o mejora "voluntarias" de los términos de la solicitud; trámite al que no cabe anudar una decisión declarando el desistimiento de quien no proceda a la indicada mejora y el consecuente archivo de actuaciones. Cuando la solicitud de inicio no reúna los requisitos legales para su tramitación cabrá apreciar el desistimiento de quien no subsane la deficiencia en el plazo otorgado al efecto con la oportuna advertencia, pero cuando los reúna deberá practicarse la instrucción del procedimiento y proceder a dicho pronunciamiento o decisión final, sin perjuicio de que esta deba ser desestimatoria de la solicitud si adolece de defectos u omisiones y no ha sido voluntariamente mejorada.

Por último, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone 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".

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “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”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por una reclamación de daños que el perjudicado -adjudicatario del servicio de cafetería de un centro escolar- alega le ha causado a su negocio la instalación de unas máquinas expendedoras cuya contratación ha sido declarada nula por la Administración.

A la vista de lo actuado, no ofrece duda la realidad de la irregular actuación administrativa denunciada, que ha originado el correspondiente procedimiento revisor y ha concluido en el sentido expuesto. Igualmente, de acuerdo con la documentación presentada por el interesado, los registros reflejan en su negocio un incremento de las ventas una vez retiradas las máquinas competidoras; dato en el que se basa para alegar la existencia de un perjuicio económico que ha de calificarse como lucro cesante, identificado con el beneficio dejado de percibir mientras estuvieron aquellas en funcionamiento. Dados estos antecedentes y los datos aportados por el reclamante, y aun teniendo en cuenta la interpretación estricta que, según reiterada jurisprudencia y doctrina, preside tanto la apreciación de la realidad de ese beneficio dejado de obtener como su cuantificación concreta, cabe presumir, a los meros efectos de proseguir con el análisis de la pretensión indemnizatoria, la efectividad de algunos de los perjuicios alegados.

Con carácter preliminar, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la LRJPAC, debemos recordar que la mera "anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización". Efectivamente, la aparición de un daño con ocasión de una actuación administrativa no implica que deba ser necesariamente indemnizado, sino que para ello es preciso determinar si aquel se produce como consecuencia del funcionamiento del servicio público en una relación de causa a efecto y sin intervención de elementos extraños que puedan influir alterando el nexo causal, y si es antijurídico. En particular, hemos de examinar si existe una relación de causalidad inmediata y eficaz, jurídicamente relevante, entre la declaración de nulidad de la contratación de las máquinas y los daños alegados.

Al respecto, la Consejería instructora formula una propuesta parcialmente estimatoria al considerar que “parece claro que la actuación irregular de la Administración incide, de alguna manera, en la esfera del particular que solicita la indemnización”, y que “en el año 2013, sin máquinas expendedoras, se produce un aumento de los beneficios en la cafetería; por tanto, podríamos concluir que esta diferencia prueba que la existencia de las máquinas expendedoras ha producido un lucro cesante en el reclamante”, si bien difiere del cálculo en el que este cifra el daño producido.

En suma, aunque la Instructora del procedimiento reconoce que “son muchos los factores que influyen en la marcha de los negocios”, lo que se refleja en los diferentes resultados que arrojan entre sí los datos correspondientes a los años 2011 y 2012 -periodos ambos en los que las máquinas coexistían con el negocio del reclamante-, la propuesta de resolución equipara la constatación de un incremento puntual del beneficio anual con la existencia de lucro cesante respecto a los ejercicios anteriores, y, sin otro razonamiento, presume la existencia de nexo causal entre ese supuesto perjuicio y una actuación irregular de la Administración apreciada de oficio.

Al respecto, debemos recordar que el reconocimiento de la responsabilidad exige de forma ineludible la concurrencia de una relación de causalidad directa, única y exclusiva entre el funcionamiento del servicio público y la producción del daño; nexo causal cuyo examen obliga a analizar, en el presente supuesto, la posible vinculación entre la declaración administrativa de nulidad y las superiores ventas y beneficio obtenidos en el año 2013, y consideradas tanto por el interesado como por la Administración como acreditativas del lucro cesante producido.

Para ello hay que partir del hecho de que la imputación del reclamante se centra, de forma concreta y exclusiva, en que los beneficios dejados de obtener estarían asociados a la “competencia desleal” que suponían las máquinas expendedoras; situación denunciada ante la Administración y que esta habría reconocido al declarar la nulidad de los actos por los que se convino su instalación. En efecto, tal y como señala el interesado en su solicitud al

transcribir el escrito presentado en el mes de noviembre de 2010 para poner en conocimiento de la Consejería los hechos, las máquinas “contienen todo tipo de productos típicos de las mismas (...), en clara competencia con los que son objeto del servicio” que se me ha “adjudicado en exclusiva”, y añade que “ha perdido”, como “mínimo, lo que vendían las máquinas retiradas”; cifra de la que no se dispone.

Semejante argumentación descansa sobre la hipótesis de que la revisión de oficio se funda en el reconocimiento por parte de la Administración de que la actividad anulada se debía a que alteraba ilegalmente las condiciones de mercado en que operaba el reclamante. Sin embargo, dicha tesis es por completo ajena al contenido de la Resolución, de 29 de octubre de 2012, por la que se declara la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación del contrato de servicio de instalación y explotación de máquinas expendedoras, puesto que en ella se consigna como causa de la misma el supuesto establecido en el apartado e) del artículo 62.1 de la LRJPAC; esto es, la concurrencia del vicio de nulidad radical consistente en haberse dictado el acto “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. Por tanto, no ofrece duda que la causa declarada de la nulidad no guarda relación alguna con una supuesta “competencia desleal” en la que funda el reclamante el daño alegado, consistente en una disminución temporal de las ventas probado por el incremento del beneficio durante el periodo posterior a la retirada de las máquinas.

En efecto, ni la “competencia desleal” ni la alteración de un pretendido régimen de “exclusividad” en la prestación del servicio constituyen el motivo de la declaración de nulidad; sin perjuicio, además, de que, como destaca la propia Administración (pese al sentido de la propuesta de resolución y su afirmación de la existencia de nexo causal), “no se aporta prueba alguna sobre la exclusividad de la adjudicación”, ya que “analizando tanto las prescripciones técnicas (...) como el pliego de cláusulas administrativas particulares, nada” se apunta en ellos en relación “a dicha exclusividad”.

En definitiva, no puede entenderse acreditada la concurrencia de una relación de causalidad directa y exclusiva entre la diferencia de ingresos existentes en los dos ejercicios en que convivieron ambos servicios -aun interpretada como un perjuicio económico neto para el reclamante- y la declaración de nulidad del contrato que amparaba la instalación de unas máquinas expendedoras en el ámbito físico en el que desarrollaba su actividad mercantil. La ausencia de este requisito esencial excluye que el daño alegado por el interesado sea indemnizable, por lo que debe desestimarse la reclamación formulada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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.