

Dictamen Núm. 61/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 26 de marzo de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña María Isabel González Cachero votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 30 de septiembre de 2019 -registrada de entrada el día 4 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación formulada por, frente al Ayuntamiento de Castrillón, por los daños y perjuicios que atribuye al incumplimiento de un convenio urbanístico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de abril de 2016, un representante de la mercantil interesada presenta en el registro del Ayuntamiento de Castrillón una “reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de convenio urbanístico” con fundamento en “el artículo 209 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, en cuanto dispone que "los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas", y en "el artículo 225.2 del mismo (...), a cuyo tenor "el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista", invocándose también "los artículos 1091, 1101 y concordantes del Código Civil".

Expone que el día 27 de octubre de 2008 la sociedad y el Ayuntamiento suscribieron un convenio urbanístico "en el ámbito de actuación PB UA2 – Casas del Prado, que comprende la enajenación, mediante permuta, de una parcela municipal". Añade que el proyecto de compensación de la unidad de actuación fue aprobado definitivamente por Resolución de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Castrillón de 29 de mayo de 2008, adjudicando a la empresa "dos parcelas de resultado edificables para uso residencial (parcelas 1 y 3)", con los aprovechamientos construibles que indica. Señala que con posterioridad la sociedad "adquirió al Ayuntamiento (...) la parcela de resultado n.º 5", que agrupó con la parcela n.º 1 para constituir una finca con la superficie y aprovechamiento que detalla. Precisa que las obras de urbanización fueron ejecutadas y "recibidas por el Ayuntamiento con fecha 8 de febrero de 2010", por lo que "ha cumplido la totalidad de las cargas de la urbanización a que estaba obligada, y en consecuencia la sociedad (...) tiene patrimonializado el derecho a la adquisición del aprovechamiento urbanístico que le corresponde en la unidad de actuación".

A continuación transcribe "la cláusula sexta del convenio urbanístico", en la que se dispone que "queda refrendada expresamente la posibilidad de traslado de aprovechamiento entre parcelas de la unidad, característica propia de la edificación abierta de conformidad con lo establecido en el planeamiento", y reseña que "sobre la finca resultante de la agrupación de las parcelas de resultado n.º 1 y 5" la sociedad "fue solicitando y obteniendo" las licencias que enumera, ejecutando las correspondientes obras. Razona que "la edificabilidad consumida total sobre la finca formada por agrupación de las parcelas de

resultado 1 y 5 del proyecto de compensación de la PB UA2 es de 6.006,41 m²”, y que “la edificabilidad total de dicha parcela era de 6.549,91 m² construibles”, por lo que “queda un sobrante de 543,50 m² construibles”. Manifiesta que la sociedad “pretende materializar el citado resto de aprovechamiento sobre la parcela de resultado n.º 3 del mismo proyecto de compensación de la PB UA2 añadiéndolo al aprovechamiento de 2.099,27 m² construibles propio de dicha parcela”, de acuerdo con la cláusula transcrita, pues “se trata de un traslado de aprovechamiento entre parcelas de la misma unidad de actuación”. A tal efecto señala que solicitó “con fecha 9 de diciembre de 2014 condiciones de edificación sobre la parcela de resultado n.º 3”, recibiendo como respuesta un escrito de la Alcaldía “de fecha 22 de octubre de 2015” en el que se advierte que “no cabe la posibilidad de realizar transferencias de aprovechamiento, ni aun dentro de la misma unidad”.

Afirma que “la consecuencia de cuanto se acaba de exponer es la imposibilidad de (...) de materializar el aprovechamiento de 543,50 m² pertenecientes a la unidad PB UA2, que “a fecha octubre del 2015” se cuantifica en doscientos ochenta y cinco mil trescientos diecisiete euros con noventa y tres céntimos (285.317,93 €).

Adjunta diversa documentación relativa a la reclamación formulada entre la que se encuentra el informe de valoración suscrito por un Arquitecto con fecha 20 de noviembre de 2015.

2. El día 12 de julio de 2016, la Jefa de Servicio de la Oficina Técnica emite un informe en el que se ratifica en lo expuesto en el previo de “29 de mayo de 2015” (*sic*) en cuanto a “la imposibilidad de realizar transferencias de aprovechamiento de acuerdo con el Plan General de Ordenación Urbana vigente”, aclarando que “el aprovechamiento que reclama” la interesada “no corresponde al aprovechamiento urbanístico derivado de la ejecución del planeamiento al cual tiene derecho dentro de la unidad de ejecución una vez cumplidos los deberes y las cargas urbanísticas, sino que deriva exclusivamente del convenio suscrito con el Ayuntamiento”.

Añade que la imposibilidad mencionada ya constaba en un informe técnico emitido el 1 de julio de 2010 en relación con una licencia de obras solicitada por la empresa.

Adjunta el informe suscrito el día 21 de mayo de 2015 por la citada responsable, así como su remisión a la empresa.

3. Con fecha 1 de abril de 2019, la Arquitecta Municipal emite un informe en relación con la solicitud formulada por la mercantil el 9 de diciembre de 2014 de "certificado de validez actual y en el futuro de dicha cláusula, es decir, posibilidad de traslado del aprovechamiento entre parcelas dentro de la misma unidad PB UA2, que actualmente es de 543,50 m² construidos". En él concluye que "no cabe la posibilidad de realizar traslados a fecha en que se produce la solicitud (año 2014) entre las parcelas (...), con independencia de que dicha posibilidad esté contemplada con carácter general en el planeamiento bajo las condiciones" que se exponen en el mismo, posibilidad a la que se hace referencia en el convenio.

4. El día 4 de julio de 2019, la Instructora del procedimiento notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia.

Dentro del plazo conferido al efecto, un representante de la mercantil presenta un escueto escrito de alegaciones en el que manifiesta que de lo actuado "resulta el reconocimiento por el Ayuntamiento de Castrillón de la falta definitiva de cumplimiento de lo pactado en la cláusula sexta del convenio", ratificándose en la pretensión resarcitoria inicial.

5. Con fecha 24 de septiembre de 2019, la Secretaria General elabora propuesta de resolución en la que propone razonadamente desestimar la reclamación al considerar "que no existe daño real ni efectivo ni antijurídico, ni se afectan a bienes y derechos del reclamante, ni existe relación de causalidad entre la conducta administrativa y los resultados producidos", así como "remitir al Consejo Consultivo a los efectos oportunos" el expediente.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de septiembre de 2019, 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 Castrillón objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

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

ÚNICA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento en el que se sustancia la reclamación de daños y perjuicios presentada por una empresa constructora para el resarcimiento del quebranto derivado de la negativa municipal a efectuar un traslado de aprovechamiento entre parcelas, que la reclamante entiende procedente en cumplimiento de un convenio urbanístico.

La sociedad aduce que la interpretación municipal del convenio urbanístico suscrito imposibilita la materialización del aprovechamiento de la superficie que indica (543,50 m²) de una de las parcelas que posee en una unidad de ejecución. Solicita la correspondiente indemnización "en concepto de daños y perjuicios por incumplimiento de convenio urbanístico", e invoca al efecto los artículos 209 y 225.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como los artículos 1091 y 1101 del Código Civil. La Administración local, por su parte, ha tramitado la solicitud indemnizatoria de la mercantil como una reclamación de "responsabilidad patrimonial".

Centrado así el fondo del asunto, resulta necesario que este Consejo Consultivo analice, con carácter preliminar, la naturaleza de la reclamación sometida a dictamen y el procedimiento seguido en su tramitación, para poder abordar después el carácter de la consulta formulada y, en definitiva, su propia competencia para pronunciarse sobre ella.

En este sentido, debemos recordar que el Consejo Consultivo es un órgano auxiliar del Principado de Asturias creado directamente por el Estatuto de Autonomía cuya composición y competencias vienen reguladas en la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo.

El artículo 13 de la referida Ley enumera los asuntos o expedientes que, tramitados por “los órganos de la Administración Pública del Principado o las entidades locales radicadas en su territorio”, deben someterse a consulta preceptiva del Consejo Consultivo. Entre ellos, el apartado 1, letra k), del citado artículo, que se invoca al solicitar el dictamen de este Consejo, incluye las reclamaciones “de responsabilidad patrimonial que se formulen contra la Administración del Principado de Asturias o las de las entidades locales de su ámbito territorial a partir de seis mil (6.000) euros o de la cuantía superior que establezcan las leyes”. En idénticos términos se encuentra redactado el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio.

Pues bien, en este contexto, el análisis del asunto sometido a nuestra consideración requiere, en primer lugar, que nos refiramos a la naturaleza del convenio urbanístico suscrito entre las partes, inequívocamente de carácter contractual. Así lo viene reseñando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal y como refleja la Sentencia de 20 de enero de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:274- (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 5.ª) al recordar que “en diferentes ocasiones, y con distintas perspectivas y finalidades, nos hemos pronunciado sobre la naturaleza jurídica de los convenios urbanísticos, considerándolos, siempre, como una figura de carácter contractual, en la que una de las partes intervinientes es una Administración pública -o entidad de ella dependiente- y que se suscribe con la finalidad de intervenir -o de llegar a acuerdos- en relación con el planeamiento urbanístico o con la gestión del mismo”, recogiendo también en este pronunciamiento el principio indemnizatorio derivado del incumplimiento de los convenios con carácter general, así como el plazo para ejercitar la acción resarcitoria en estos supuestos.

En efecto, los convenios no dejan de ser, como los define el propio artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, “acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”. Que se trata de un acuerdo o negocio bilateral ninguna duda cabe y, por ende, tampoco respecto a su naturaleza contractual.

Una vez que se constata la naturaleza contractual de los mismos debemos determinar, a efectos de conocer el régimen jurídico aplicable al convenio, de qué categoría concreta se trata. Y a este respecto cabe entender, como hacen la doctrina y la jurisprudencia y se deduce de la propia normativa, que es asimilable a un contrato administrativo especial (artículos 19 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre; 19 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y 25 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre). Basta observar que dentro de su contenido obligacional se incluyen cuestiones que suponen la materialización de potestades administrativas -en este caso, relativas al ámbito urbanístico y, por tanto, dentro del giro o tráfico administrativo-, o que satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración, sin que tenga expresamente atribuido el carácter de contrato privado; se trata, al fin y al cabo, de un instrumento más a través del cual la Administración ejercita sus potestades o prerrogativas administrativas.

En consecuencia esta categoría de convenios se rige, en primer lugar, por su propia normativa urbanística lo que, en el caso examinado, significa acudir al Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril, en particular a su artículo 214, que establece que los “convenios urbanísticos se regirán por este Texto Refundido y sus disposiciones de desarrollo y, de forma supletoria, por las normas y principios generales del Derecho Administrativo y, en su defecto, del

Derecho Civil". Ninguna duda cabe, pues, de su carácter administrativo, que se deduce igualmente de otras previsiones contenidas en los artículos 210 y siguientes de esta norma, y de su consecuente sometimiento al Derecho Administrativo. En segundo término, completaría su marco jurídico la normativa de contratos, en este caso, la vigente en el momento de suscribirse el convenio -es decir, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dado que este se celebró en 2008-, y su normativa de desarrollo. Por último, se aplicarían supletoriamente las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado. Así se infiere también de lo previsto expresamente en el artículo 527.2 del Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 278/2007, de 4 de diciembre, cuando determina que "Los Convenios urbanísticos tienen naturaleza y carácter jurídico-administrativo y las cuestiones relativas a su cumplimiento, interpretación, efectos y extinción son competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo".

No obstante, por lo que se refiere a la cuestión de la responsabilidad derivada del posible incumplimiento del convenio objeto de dictamen, a falta en su texto de una previsión al respecto (lo que permite inferir que nada consigna sobre este extremo), resulta que la normativa urbanística autonómica indicada nada establece acerca de la naturaleza (contractual o patrimonial) de la responsabilidad exigible por incumplimiento del mismo, a diferencia de lo previsto en otras normas autonómicas como sucede, por ejemplo, con el artículo 263 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

En este contexto, y a pesar de que el cauce procedimental seguido por los asuntos que dan origen a cierta jurisprudencia pueda suscitar confusión, la naturaleza contractual de los convenios determina, a nuestro juicio, que sea de idéntica índole e igualmente inequívoca la responsabilidad derivada de su incumplimiento; esto es, una responsabilidad de naturaleza contractual y no extracontractual.

Ello implica 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 comercial de la Administración, no se rige por el régimen general de 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”).

Finalmente, hemos de advertir que el artículo 191 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, introduce como novedad -letra c) del apartado 3- 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 en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros”; cuantía que podrá rebajarse por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma. Sin embargo, tal previsión no estaba en vigor en la fecha de presentación de la presente reclamación -27 de abril de 2016- (y tampoco en la de celebración del convenio, 27 de octubre de 2008), por lo que no resulta ahora de aplicación de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria primera de la vigente LCSP. Esto es, ni el artículo 211 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, ni el artículo 195 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, contemplaban este supuesto dentro de los sometidos a dictamen de los órganos consultivos.

Para la concreción de la ley aplicable *ratione temporis*, este Consejo viene reiterando en los supuestos de resolución contractual (por todos, Dictamen Núm. 33/2019) que “debemos distinguir entre las normas que determinan el procedimiento a seguir, que disciplina la normativa vigente al momento de inicio del expediente (...), y las que establecen las causas de resolución, que no pueden ser otras que las que imperan en el instante de la adjudicación”. Aplicando esta doctrina -derecho intertemporal común en el campo administrativo, a tenor de lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-, se observa que la norma vigente a la fecha de incoación del procedimiento de reclamación -27 de abril de 2016, y por tanto aplicable al mismo- es el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que -como se ha indicado- no incluye la responsabilidad

contractual entre los supuestos en los que debe emitir dictamen este órgano consultivo.

A la vista de ello entendemos que no procede emitir el dictamen solicitado, toda vez que no siendo procedente un procedimiento de responsabilidad patrimonial este Consejo Consultivo no resulta competente para pronunciarse sobre el fondo de la reclamación planteada, pues esta, a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, no se encuentra entre las materias sometidas a dictamen preceptivo, ni siquiera a través de la cláusula residual relativa a su exigencia por "precepto expreso de una ley".

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede resolver el procedimiento iniciado por con arreglo a lo dispuesto para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración pública."

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE CASTRILLÓN.