

Dictamen Núm. 47/2021

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 25 de marzo de 2021, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 22 de diciembre de 2020 -registrada de entrada el día 11 de enero de 2021-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo formulada por, por los daños y perjuicios ocasionados por la contratación de la gestión y explotación, mediante concesión, del Centro de Enseñanza y Producción Audiovisual de Olloniego.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 11 de mayo de 2020, el administrador de una sociedad mercantil presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida al Ayuntamiento de Oviedo- en la que solicita una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la contratación de la gestión y explotación, mediante concesión, del Centro de Enseñanza y Producción Audiovisual de Olloniego, del que es titular el citado Consistorio.

Señala que la mercantil ha desarrollado desde el año de su constitución -1996- "su actividad de producción audiovisual (...) con una presencia fundamental en Asturias, donde ha rodado una gran mayoría de sus producciones, con patrocinio y financiación" de la entidad bancaria que especifica y "del propio Principado de Asturias (...). Debido a sus resultados positivos (...) asume en el año 2007 una importante inversión para la construcción de un centro de producción audiovisual en la localidad de Argame (...), con una legítima expectativa de rentabilidad basada en la actividad y facturación previa y surgimiento de la Televisión Pública Asturiana./ No cabe duda de que cuando se inaugura y pone en marcha la Televisión Pública Asturiana (...) en el año 2006 (...) era un actor fundamental que estaba llamado a concurrir, como productor audiovisual local, a la producción de contenidos de dicha televisión (...). Sin embargo, poco tiempo después de acometer esta inversión, para sorpresa general (...), el Ayuntamiento de Oviedo decide invertir 24.778.962,32 euros en la urbanización de un polígono industrial (...) y construcción de un centro de producción de similares características en Olloniego (...), a escasos 10 km del centro de (...) Argame, y ofrecer su gestión a terceros por medio de licitación pública", reflejando que el concesionario quedaría obligado a la organización, gestión y prestación de actividades de producción audiovisual y enseñanza, incluyendo la búsqueda de posibles usuarios de los platós y la celebración de acuerdos para desarrollar actividades formativas.

Afirma que "existiendo ya un centro de producción y formación audiovisual en Asturias, gestionado por una empresa privada, resulta difícil entender el interés público en la construcción por este Consistorio de dicho centro", y reseña la motivación indicada por el Ayuntamiento "a requerimiento de la Comisión Europea en expediente por supuestas ayudas de Estado ilegales", añadiendo que "la contratación pública ya fue puesta en entredicho por la Asociación de Productoras de Televisión de Asturias, que recurrió la aprobación del pliego y expediente de contratación", y que el "Consistorio en la resolución del recurso en sentido desestimatorio a las pretensiones" de la citada

asociación “justificó el interés público de la contratación precisamente en la obligación impuesta al futuro concesionario de búsqueda de posibles usuarios (...) y, por otro lado, el desarrollo de la actividad de enseñanza”. Señala asimismo que la UTE que concurrió junto con la concesionaria a la licitación ejercitó una “acción de nulidad por irregularidades del procedimiento (...) desestimada por el Ayuntamiento”.

Considera que se ha producido un incumplimiento de las condiciones señaladas en los pliegos por parte de la concesionaria, reiterando que comienza la explotación del “centro aprovechando, desde el primer momento, dicho espacio para producir sus propios contenidos audiovisuales”, cuyas instalaciones describe, “haciendo uso de todas ellas en exclusiva durante años” para “grabar y producir sus propias producciones que, como cualquier productora audiovisual, rentabilizaba en el mercado para su propio beneficio y, en particular, utilizaba dicho espacio para producir los contenidos de la Televisión Pública Asturiana./ Y ello es así porque no existió exigencia ni control del cumplimiento de los pliegos de la contratación por parte del Ayuntamiento de Oviedo, por lo que se prevaleció del uso de un muy generoso espacio a coste cero sin control alguno”, entendiéndose que la ausencia total de control es “por sí sola meritoria de general responsabilidad patrimonial derivada de la indebida gestión de lo público”, pero que “parte de la responsabilidad deriva de la indefinición o mala regulación de las bases de la concesión”, refiriéndose a una situación de “impunidad”.

Desarrolla los incumplimientos de la concesionaria, “a pesar de ser ya bien conocidos por este Consistorio a raíz de la denuncia interpuesta ante el Tribunal de Cuentas y (...) la Comisión Europea por ayuda pública ilegal”, y reproduce una noticia en la que se menciona que es “la principal proveedora de RTPA”. Concreta los mencionados incumplimientos en la falta de efectiva búsqueda de usuarios para el centro por parte de la concesionaria en los términos exigidos por la concesión, a lo que se suma la imposición de “tarifas para el uso (...) muy por encima de mercado, de todo punto inasumibles”, subrayando que “son hasta un 277 % más caras que las solicitadas para el

alquiler de platós por un centro audiovisual en Pozuelo de Alarcón (el municipio con mayor renta per cápita de la Comunidad de Madrid)", y que considera establecidas "con un objetivo disuasorio". A lo anterior añade el "incumplimiento de la impartición de formación audiovisual".

Alega que este uso por parte de una empresa privada "debía haberse impedido (...) en lugar de consentir esta situación de hecho haciendo omisión (el Ayuntamiento) de su deber de control y vigilancia del cumplimiento de dicha concesión y del interés público de la misma".

Justifica su condición de interesada como empresa del sector "que ha visto durante años cómo una competidora se beneficiaba de un espacio municipal sin ninguna contraprestación en una clara perversión del sentido de una concesión administrativa./ Ocasionando en última instancia la declaración de concurso" de la reclamante "al comprobar cómo todos y cada uno de los contratos de programación de la Televisión Pública Asturiana se los adjudicaba a la `concesionaria´". Expone que la rentabilidad de la inversión en un centro de similares características al municipal por parte de la reclamante "no ha resultado ser la esperable (...) puesto que su presupuesto partía de unas condiciones de mercado en concurrencia competitiva./ Concurrencia competitiva que se ha visto injustamente alterada por la intervención municipal favoreciendo la existencia de un competidor potente y protegido (...). Así lo estimó el Administrador Concursal y lo reflejó (...) en (el) informe presentado en el Juzgado (...) en los autos de concurso voluntario (...), en el que se refiere a la implantación de este competidor como causa de la insolvencia" de la reclamante. Manifiesta que "el daño económico por la diferencia de inversión requerida para el desarrollo de la actividad de producción ha sido analizado" por una empresa auditora, cuyo informe se adjunta, que fija el perjuicio sufrido por la reclamante en 2.428.576,90 euros, a lo que se añadiría "un evidente daño por lucro cesante" que -indica- "habría que calcular partiendo de la facturación" de la concesionaria. Además, habría que tener en cuenta el daño que el concurso causa "a la imagen y buen nombre de la sociedad",

entendiendo que “merecería ser resarcido al constituir una lesión independiente e individualizable (...) por afectar a un bien jurídico diferente”.

Desarrolla varias consideraciones sobre la concesión de servicios, su objeto y finalidad, supuesto en el que “el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios”, poniendo de relieve que “en este caso (...) este riesgo no ha existido”.

Finalmente, justifica el cumplimiento de los requisitos de la acción de responsabilidad patrimonial y fija el *quantum* indemnizatorio en 2.428.576,90 euros por “los daños y perjuicios en competencia por el uso indebido del espacio municipal”, más el lucro cesante, cuyo alcance no puede cuantificar por no disponer de datos para su cálculo, aunque menciona ciertos datos de facturación por las producciones realizadas en Olloniego, y lo cifra con carácter provisional en 1.756.795,47 euros.

Respecto a la actuación de la Administración, enumera los preceptos legales que considera incumplidos por el Ayuntamiento en cuanto a la omisión de sus deberes, con citas jurisprudenciales, y solicita la resolución del contrato y la admisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pidiendo que se requiera a la concesionaria para que aporte una relación de los ingresos derivados de su facturación a la TPA durante la duración de la concesión.

2. El día 10 de junio de 2020, se remite al firmante de la reclamación un requerimiento de subsanación, a fin de que acredite la representación con la que actúa, con expresa advertencia de la obligación de relacionarse con la Administración por medios electrónicos.

3. Con fecha 10 de junio de 2020, una letrada, actuando en representación de la reclamante, presenta electrónicamente la reclamación y la pericial relatadas en el antecedente 1, junto a copia del poder de representación otorgado a su favor por la mercantil.

4. Mediante Resolución del Concejal de Gobierno de Educación, Cultura, Centros Sociales, Salud Pública y Consumo del Ayuntamiento de Oviedo de 25 de junio de 2020 se dispone iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, haciéndose constar la fecha de recepción de la reclamación, la normativa aplicable en la tramitación del procedimiento, el plazo para resolverlo y los efectos del silencio administrativo, nombrándose instructora del mismo y determinándose la notificación de dicha Resolución a la mercantil reclamante.

Consta en el expediente la recepción de la notificación por parte de esta el día 6 de julio de 2020.

5. Notificada la apertura del periodo probatorio por un plazo de 10 días a la interesada y a la correduría de seguros de la Administración, el 4 de agosto de 2020 presenta la primera un escrito de alegaciones que acompaña de cinco documentos, y solicita la práctica de diversas pruebas.

En él afirma que “no hay prescripción alguna” dado que “el daño y consecuente responsabilidad patrimonial se sigue produciendo a día de hoy, al continuar vigente la concesión”, e indica haber alcanzado un acuerdo “con sus acreedores para continuar su actividad (...), siendo un competidor que continúa viéndose perjudicado por el uso abusivo del espacio municipal por la concesionaria”, poniendo de manifiesto que “el pasado mes de septiembre la concesión ha sido sorprendentemente prorrogada por otros cinco años, a pesar de que el uso indebido ya había sido denunciado y anunciado por la mercantil a la que represento sin haber obtenido respuesta (...) por parte del Ayuntamiento”.

Aporta los siguientes documentos: informe de la trayectoria profesional del administrador único de la mercantil; copia del escrito presentado por este el 24 de abril de 2018 -dirigido a la Sección de Contratación del Ayuntamiento- sobre el incumplimiento de las condiciones de licitación con los perjuicios consiguientes; documento de información pública de la adjudicación realizada el 11 de agosto de 2011, mediante procedimiento negociado con publicidad, del servicio de interconexión de TPA con el centro de enseñanza y producción

audiovisual de Olloniego a Telecable Asturias, S. A. U.; imagen de la web del Centro de Enseñanza y Producción Audiovisual de Olloniego que refleja las tarifas máximas por el uso y alquiler de diferentes instalaciones del centro, y documento de la Oficina Presupuestaria con indicación de las tarifas aprobadas por la Junta de Gobierno Local el 25 de febrero de 2010 por el uso y prestación de diferentes servicios del centro de Olloniego.

6. El día 18 de agosto de 2020, la Instructora del procedimiento acuerda conceder a la concesionaria un plazo de diez días para que formule las alegaciones que estime oportunas en relación con las cuatro pruebas solicitadas por la sociedad reclamante, así como requerir a esta para que justifique la pertinencia de la práctica de tales pruebas en el mismo plazo de diez días.

Consta en el expediente la recepción de las notificaciones remitidas.

7. Con fecha 31 de agosto de 2020, presentan un escrito de alegaciones tanto la concesionaria como la mercantil reclamante.

La primera alega la improcedencia de las pruebas solicitadas por la interesada al entender que “tienen por objeto, en realidad, tratar de acreditar la supuesta existencia de incumplimientos (...) respecto al contrato de concesión”, y pone de manifiesto la falta de legitimación de esta “para denunciar” tales incumplimientos o la falta de justificación de la licitación, a lo que añade la ausencia de justificación por parte de la solicitante de la necesidad de practicar tales pruebas y la remisión periódica al Ayuntamiento por su parte de justificaciones y memorias.

La mercantil reclamante reitera en su escrito la necesidad y pertinencia de las pruebas propuestas.

8. El día 4 de septiembre de 2020, la Instructora del procedimiento acuerda declarar inadmisibles, por innecesarias, las cuatro pruebas consistentes en la documental que debería requerirse a la concesionaria, admitiendo las tres relativas a la aportación al expediente de documentación obrante en el propio

Ayuntamiento de Oviedo, para lo que se otorga un plazo de quince días a la Sección de Contratación.

9. Mediante escrito de 14 de septiembre de 2020, el Secretario del procedimiento comunica el contenido de la anterior Resolución a la reclamante y a la concesionaria.

Asimismo, dicta providencia por la que solicita a la Sección de Contratación del Ayuntamiento de Oviedo que identifique, en el plazo de quince días, a los responsables de la supervisión del contrato para la gestión del centro audiovisual de Olloniego desde el año 2009, acreditando el nombramiento o designación, para que presente los informes anuales de seguimiento de ejecución del contrato y justifique la referencia o parámetros empleados para la fijación de las tarifas de uso de las instalaciones de dicho centro, aprobadas por la Junta de Gobierno Local el 25 de febrero de 2010.

10. El día 21 de septiembre de 2020, la compañía aseguradora de la Administración presenta un escrito en el que solicita que se la tenga por personada como interesada en el procedimiento, dándosele traslado de todas las actuaciones, y acompaña un poder acreditativo de la representación alegada.

11. Mediante escrito de 22 de septiembre de 2020, el Adjunto a la Jefa de Servicio del Área de Interior y Jefa de la Sección de Contratación del Ayuntamiento de Oviedo remite a la Instructora del procedimiento la información requerida.

Sobre los nombramientos de los responsables del contrato, acompaña los acuerdos de la Junta de Gobierno desde la fecha de formalización de aquel y, respecto al seguimiento y ejecución del contrato, refiere que ello "se verifica por el responsable del contrato en cada momento (...), constanding en el Servicio correspondiente (...) toda la documentación contractual presentada por el adjudicatario relativa al seguimiento del citado contrato. Es de destacar que en

el expediente de contratación consta informe resumen emitido por esta parte que suscribe, que en su momento fue designada responsable del contrato, relativo al grado de cumplimiento de obligaciones. Dicho informe fue emitido con ocasión de denuncia interpuesta en su día” por la reclamante. Por último, en cuanto a las tarifas, indica que “la adjudicación del precitado contrato y en su caso, por consiguiente, la aprobación de las tarifas ofertadas, fue objeto de informe previo a su aprobación por el órgano de contratación. Se adjunta informe de Intervención de 28 de enero de 2010”.

El informe de Intervención de 28 de enero de 2010 señala que “el estudio económico presentado cumple las condiciones fijadas en la disposición general 2.^a del pliego regulador del contrato (...). El documento señala previsiones de gasto e ingreso, empleando criterios generalmente admitidos para la evaluación de inversiones. Los conceptos de coste empleados son aparentemente los adecuados para el estudio (...). El estudio abarca 5 años, no logrando al final de ese periodo un beneficio neto de la actividad, si bien la evolución de gastos e ingresos apuntan a un equilibrio posterior. Al no reflejar el estudio una fuente de financiación externa, se asume la financiación con fondos propios de la empresa del déficit previsto en los años iniciales./ No se fija un nivel mínimo de rentabilidad para la actividad./ En conclusión, el estudio presentado justifica unas tarifas máximas que previsiblemente se modularán en función de los niveles de ocupación que se logren en el Centro de Enseñanza y Producción Audiovisual objeto de concesión, cumpliendo lo establecido al respecto en el pliego”.

12. Con fecha 30 de septiembre de 2020, la Instructora del procedimiento acuerda conceder a la reclamante un plazo de diez días para que examine las pruebas documentales incorporadas al expediente, solicitar al Jefe de la Sección de Educación la emisión de informe preceptivo “como responsable del contrato de gestión y explotación mediante concesión del Centro de Enseñanza y Producción Audiovisual de Olloniego” y “tener por interesada en el procedimiento a la compañía de seguros” del Consistorio.

13. El día 2 de octubre de 2020, el Jefe de la Sección de Educación emite un informe en el que señala que la reclamante “formula distintas peticiones entre las cuales se reclama esencialmente dos cosas, la resolución del contrato y una indemnización por un supuesto daño patrimonial causado por parte del Ayuntamiento de Oviedo”. Tras reseñar que se le solicita informe como “responsable del contrato desde febrero de 2019 y hasta la actualidad”, expone que el “contrato de explotación del centro audiovisual de Olloniego fue licitado en el año 2010”, concurriendo “dos empresas entre las cuales no figuraba la (...) reclamante (...). Al igual que la reclamante tampoco en su día recurrió a través de los mecanismos existentes la licitación del contrato”. Con cita de la normativa aplicable, indica que no constan “incumplimientos en la fecha de emisión del presente informe merecedores de la resolución del contrato”, y añade que “la empresa concesionaria del contrato (...) ha venido presentando de forma periódica la documentación exigida en la cláusula decimotercera del pliego de prescripciones técnicas, memoria de la actividad formativa, contratos de explotación de la instalación, relación de trabajadores, TC1 y TC2, auditorías, etc. Documentación que (...) ha sido comprobada por el personal de Área de Educación sin que se hayan detectado irregularidades en la ejecución del contrato. La última de las comprobaciones realizadas sobre el ejercicio 2019 consta en el expediente electrónico de Educación” que se especifica. Por lo tanto, “reitera que no constan incumplimientos por parte de la empresa y que se realiza de forma rigurosa y periódica un control de la ejecución del contrato por parte del Ayuntamiento. El contrato no impugnado en su día por la reclamante se está desarrollando con las obligaciones y derechos previstos en los pliegos del mismo”. Añade que “la reclamante ni forma parte de la relación jurídica Ayuntamiento de Oviedo-empresa concesionaria, ni existe en el ámbito contractual la acción pública que le permita cuestionar la ejecución del contrato”.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial, indica que “la reclamación y los datos aportados no permiten establecer ni de forma indiciaria, al ser meras

presunciones, la relación existente entre unos daños alegados y la existencia del centro audiovisual de Olloniego, que existe como existen otros centros similares en toda Europa. Por lo tanto, es de destacar que de inicio no existe una relación de causalidad entre unos daños alegados y una actuación de la Administración”.

Finalmente, aprecia prescripción al entender que no “es admisible el argumento de un daño continuado en el tiempo de una empresa en concurso voluntario de acreedores ya desde el año 2015. En este supuesto nos encontramos con un contrato adjudicado en el año 2010 y con un concurso voluntario de acreedores de la empresa alegados por la interesada del año 2015; por lo tanto, llama la atención de forma notable el tiempo transcurrido, diez años, desde la adjudicación del contrato y cinco años desde el concurso voluntario”.

Se incorpora al expediente un informe del Jefe de la Sección de Educación, de 2 de octubre de 2020, sobre la petición de resolución del contrato de concesión en el que se propone “inadmitir la pretensión (...) de resolver el contrato de referencia al no concurrir ni causa de resolución ni contar la reclamante con legitimación para tal pretensión”.

14. Con fecha 2 de octubre de 2020, la reclamante solicita que se le dé traslado de la documentación obrante en el expediente acordando la suspensión del plazo concedido para su examen.

Mediante escrito de 7 de octubre de 2020 se le comunica dicho traslado, y el día 8 la interesada presenta un escrito en el que manifiesta que “no se adjunta nada, sino que se notifica únicamente la carátula en la que se indica” dicha aportación, por lo que solicita el traslado de aquella con suspensión del plazo, petición que reitera el día 14.

Consta en el expediente una notificación, fechada el 19 de octubre de 2020, en que se señala que “se remiten las pruebas documentales obrantes en el expediente con el fin de que pueda examinarlas en el plazo de 10 días”.

15. Con fecha 5 de octubre de 2020, la reclamante formula recurso potestativo de reposición contra la inadmisión de la prueba documental propuesta alegando la necesidad de su incorporación al procedimiento, y pone de relieve que el alcance de la confidencialidad de los datos cuyo conocimiento interesa no justifica la denegación de la prueba.

16. El día 22 de octubre de 2020, la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que solicita el traslado de “la documental íntegra aprobada y acordada en Resolución de 25 de septiembre y, de no existir o no constar en el Consistorio (...), la estimación del recurso de reposición”. Reitera que “no ha habido supervisión del contrato” y que se ha producido un “incumplimiento” de los pliegos.

17. Con fecha 12 de noviembre de 2020, la Instructora del procedimiento acuerda inadmitir el recurso de reposición presentado, conceder a los interesados un plazo de quince días para formular alegaciones y “ampliar el plazo de resolución del presente procedimiento en tres meses”, constanding en el expediente su notificación a aquellos.

18. El día 16 de noviembre de 2020, la reclamante solicita una copia del informe emitido por el Jefe de la Sección de Educación, así como “justificación documental del cumplimiento de la concesionaria de su obligación de presentar cuentas anuales debidamente auditadas dentro de los seis primeros meses de cada anualidad natural”.

19. Con fecha 1 de diciembre de 2020, la interesada presenta un nuevo escrito de alegaciones en el que reitera que no se le “ha dado traslado de la justificación (...) del cumplimiento por parte de la concesionaria de las obligaciones de presentación documental periódicas y contenidas en los pliegos”, y destaca que “ni el Ayuntamiento ni el Jefe de la Sección de Educación (...) han justificado ni un solo informe anual de cumplimiento del

contrato ni una sola actuación supervisora o de control del contrato durante los 10 años de concesión, más que el elaborado (...) el 15-11-2018 en respuesta a un escrito presentado por esta parte”.

Mantiene el incumplimiento de los pliegos por parte de la adjudicataria, e indica que “la instrucción (...) no ha servido para clarificar ninguna de las oscuridades de la contratación en cuestión (...). En definitiva, seguimos sin saber a qué se dedica la concesionaria en el uso de un espacio público en virtud de concesión, más allá de a sus propias producciones para beneficio particular. Recordemos que se trata de un espacio municipal de unos 10.000 metros cuadrados en los que la concesionaria desarrolla su actividad desde el año 2010 (...), ahorrándose los costes de inversión y obteniendo un claro beneficio frente a terceros competidores a costa del erario público”, y niega que exista dificultad para impartir formación por falta de alumnado. Alega además que, habiéndose producido la adjudicación el 24 de marzo de 2010, “parece que durante los dos primeros años de concesión directamente no existió responsable de la correcta ejecución del contrato”, reiterando lo alegado respecto a las tarifas aplicadas en el centro audiovisual de Olloniego.

Respecto a la legitimación de la reclamante, manifiesta ostentar un “indudable interés en el procedimiento y derecho a promover el mismo como principal perjudicada de este uso indebido de espacio municipal”, mencionando un “interés legítimo en el cumplimiento o incumplimiento del contrato de concesión”. Cita al efecto varias sentencias, abordándose en una del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 19 de julio de 2018 el concepto de legitimación en el caso de las concesiones, en que se presta un servicio público en sustitución de la Administración, afirmándose en el fallo que “la concesión, por su propia naturaleza, es un monopolio en la prestación de un servicio público que afecta a todos y cada uno de sus usuarios, y el interés en el funcionamiento de dicho servicio, prestado a través de la concesión, es un interés real de dichos usuarios, tal y como resulta de los principios característicos del concepto de servicio público: de una parte, el principio de mutabilidad como consecuencia del predominio del interés público sobre el

privado y, de otra parte, el principio de igualdad de los usuarios que les dota de una especial legitimación en lo que es el control de la actividad prestacional”.

Finalmente, reitera la concurrencia de los requisitos para exigir responsabilidad patrimonial por la actuación del Ayuntamiento, mencionando que la concesionaria “ha sido la que ha producido casi en régimen de monopolio las producciones para la Televisión Pública Asturiana” con uso de las instalaciones municipales, la identidad de objetos entre ambas mercantiles y la previa situación de la reclamante, concluyendo que se le ha causado un perjuicio económico cuantificable, reproduciendo lo señalado en la pericial presentada inicialmente.

Acompaña diversas noticias de la prensa asturiana y el informe provisional de la Administración Concursal.

20. El día 3 de diciembre de 2020, se incorpora al expediente un escrito de la compañía aseguradora de la Administración en el que se señala que el Ayuntamiento ha declarado la falta de constancia de “incumplimientos del contrato por parte de la empresa adjudicataria y este se está desarrollando con las obligaciones y derechos previstos en los pliegos”, siendo necesaria la declaración de incumplimiento para que pueda “sostenerse la existencia de daño” o la competencia desleal, “no constando que (esta) se haya declarado por los tribunales de justicia”.

Respecto al concurso de acreedores de la reclamante, alega que no mantiene un nexo de causalidad con la concesión del Ayuntamiento, indicando que “el riesgo empresarial (...) es exclusivo de la actividad privada de la sociedad reclamante y nada impedía que hubiera podido ofertar sus servicios fuera del Principado de Asturias al que, libre y voluntariamente, ha limitado el ejercicio de su actividad”, subrayando que la acción estaba prescrita en el momento de ejercitarla dado que -“según sostiene” la interesada- “esa competencia desleal produjo que entrara en concurso de acreedores en el año 2015, por lo que (...) es palmario que a partir de ese momento (...) se había situado en situación de insolvencia como consecuencia de la competencia

desleal derivada del incumplimiento de la concesión consentida por el Ayuntamiento”.

21. El día 14 de diciembre de 2020, la Instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio por inexistencia de nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos.

Sobre la prescripción de la acción, señala que “en todos los escritos presentados (...) se hace referencia a dos hechos diferentes y que la reclamante considera que le han causado daños: uno es el relativo a la propia construcción del centro audiovisual en el Polígono Industrial de Olloniego y la consiguiente adjudicación (...) del contrato de concesión de la explotación del centro, incluyendo la inexistencia de interés público alguno justificativo de ambos, y el otro es el incumplimiento de las condiciones del contrato por parte del concesionario y la falta de control y exigencia al mismo por parte del Ayuntamiento de Oviedo./ Pues bien, la adjudicación del contrato de referencia se efectuó mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de febrero de 2010, por lo que resulta evidente que el plazo de un año ha transcurrido sobradamente. (La) reclamante alega de forma reiterada que el objeto del contrato era coincidente con la actividad mercantil realizada por (ella) y que además su centro de producción se hallaba a una distancia de menos de 3 kilómetros del centro audiovisual de Olloniego. Es decir, que los efectos lesivos o dañosos de los acuerdos municipales citados” por la interesada, “en ese concreto aspecto, eran ya conocidos. Por ello, y siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre la *actio nata*, si el plazo de prescripción anual comenzó en el momento en el que se adoptaron los acuerdos municipales indicados, no cabe plantear diez años después reclamación fundada en esas cuestiones./ No cabe decir lo mismo sobre el segundo de los hechos lesivos alegados, puesto que el incumplimiento por parte de la concesionaria de las condiciones del contrato y la falta de control municipal del mismo, tratándose de un contrato aún en vigor (en la actualidad se encuentra en la primera prórroga de cinco años de duración, hasta el 17 de marzo de 2025), puede

considerarse un daño continuado susceptible de ser reclamado en este momento (...). También sorprende (...) la entrada de la empresa (...) en concurso voluntario de acreedores (...) en el año 2015” y que no sea “hasta cinco años después cuando se presenta la solicitud de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial”.

Añade que “lo que en realidad está cuestionando” la interesada “son los acuerdos municipales adoptados en otro expediente, en concreto en el del contrato de concesión (...), en el que por parte de (la reclamante) se vienen presentando escritos y reclamaciones diversas. La última de ellas fue la petición formulada el 12 de mayo de 2020 de resolución del contrato de concesión (...), inadmitida mediante acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 1 de octubre de 2020 por entender que no concurría causa de resolución ni contaba la reclamante con legitimación para tal pretensión”.

Examinando los requisitos de la responsabilidad patrimonial señala, respecto al daño, que a la luz de los distintos escritos presentados “se colige que son tres los daños alegados: la construcción y adjudicación del Centro de Enseñanza y Producción Audiovisual de Olloniego y las tarifas de uso fijadas, la falta de control del contrato de concesión por parte del Ayuntamiento y, por último, la contratación de programas en exclusiva por parte de la Televisión Pública Asturiana con la (concesionaria) en vez de con la reclamante”. Concluye que el primero de ellos no puede considerarse indemnizable “por prescripción de la acción para instar la incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y el otro porque aunque se define como un lucro cesante en realidad el daño no resulta evaluable económicamente, pues constituye una expectativa de negocio posible, insegura y dudosa./ En cuanto al daño que se alega como derivado de la inacción del Ayuntamiento de Oviedo u omisión en el debido control del cumplimiento de la concesión, es el único que sí resulta evaluable económicamente y en el que se entiende que al ser continuado en el tiempo, puesto que el contrato aún está en vigor, no ha prescrito el derecho a reclamar”. Tras analizar la existencia de nexo causal respecto a este último, aprecia que “la situación económica o el resultado de explotación de una

sociedad privada no guarda relación alguna con el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

22. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de diciembre de 2020 el Primer Teniente de Alcalde solicita, por delegación, al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo 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:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite 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 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Ayuntamiento de Oviedo está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación. Si bien en la propuesta de resolución se alude a que uno de los daños reclamados consiste en “la

contratación de programas en exclusiva por parte de la Televisión Pública Asturiana con la empresa (concesionaria) en vez de con la reclamante”, debe entenderse que ese perjuicio se reclama aquí en cuanto que deriva de la ventaja competitiva de la concesionaria, que se achaca a la actuación del Ayuntamiento.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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

Sin embargo, 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

CUARTA.- 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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la

Ley". 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 34 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".

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), dispone que "Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa".

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 concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) que la acción se ejercite en plazo; b) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; c) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento

normal o anormal de los servicios públicos; y d) que no sea producto de fuerza mayor.

QUINTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los perjuicios sufridos a consecuencia de la actuación del Ayuntamiento de Oviedo en la contratación de la gestión y explotación, mediante concesión, del Centro de Enseñanza y Producción Audiovisual de Olloniego, del que es titular el citado Consistorio, en cuanto que situó a la reclamante en una posición de desventaja competitiva en el mercado.

El primero de los requisitos que han de concurrir para que la reclamación prospere es, tal como se razona en la consideración anterior, el ejercicio de la acción en plazo. Al respecto, el artículo 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta por medios electrónicos el día 10 de junio de 2020, fecha que debemos considerar en aplicación de lo dispuesto en el artículo 68.4 de la LPAC.

Ante todo, ha de repararse en que la reclamación se formula ante una expectativa frustrada en el año 2010, al concretarse la concesión de un centro de enseñanza y producción audiovisual o, a lo sumo, cuando se desestiman los recursos interpuestos por otras entidades frente a la concesión. En este escenario, aduce la interesada la quiebra de una “legítima expectativa de rentabilidad basada en la actividad y facturación previa y surgimiento de la Televisión Pública Asturiana” en el año 2006, pues entonces “era un actor fundamental que estaba llamado a concurrir (...) a la producción de contenidos de dicha televisión”, y “poco tiempo después (...), para sorpresa general (...), el Ayuntamiento de Oviedo decide invertir (...) en la (...) construcción de un centro de producción de similares características (...) a escasos 10 km (...) y ofrecer su gestión a terceros por medio de licitación pública”. Reseña también la reclamante que la concesionaria comienza la explotación del centro “aprovechando, desde el primer momento”, dicho espacio para producir sus

propios contenidos audiovisuales, y aplicando unas tarifas “disuasorias” por el uso y prestación de diferentes servicios, si bien son las aprobadas por la Junta de Gobierno Local en 2010 tras informe de la Intervención. Alude así a una conducta de la concesionaria que la propia reclamante residencia ya en los primeros tiempos de la relación concesional, e incluso apunta a un vicio originario al concretar que “parte de la responsabilidad deriva de la indefinición o mala regulación de las bases de la concesión”. Argumenta que “ha visto durante años cómo una competidora se beneficiaba de un espacio municipal sin ninguna contraprestación en una clara perversión del sentido de una concesión administrativa”, y culmina su relato del daño emergente con una referencia al concurso voluntario de acreedores solicitado por la perjudicada en 2015. Invoca al respecto el informe que el Administrador Concursal presentó entonces en el Juzgado “en el que se refiere a la implantación de este competidor como causa de la insolvencia”.

Entremezcla, en suma, dos causas de pedir: una referenciada en la presunta irregularidad de la concesión otorgada en 2010 y otra en los abusos de la concesionaria que -ante la pasividad del Ayuntamiento- abocaron a la quiebra de la mercantil reclamante en 2015. Pero no se atisba desde entonces un escenario distinto al ya conocido y denunciado sin éxito por la interesada. Las vicisitudes posteriores, incluida la situación de la empresa tras alcanzar un acuerdo con los acreedores en el seno del concurso, son solo reflejo de la misma desventaja competitiva previsible desde el año 2010 y plenamente objetivada en 2015. De hecho, cuando en el año 2018 -igualmente determinante de la extemporaneidad de la reclamación- la reclamante denuncia los incumplimientos de la concesionaria tampoco se aprecia que se trate de ninguna situación distinta a la manifestada con anterioridad.

En este contexto, la propuesta de resolución salva de la prescripción el “lucro cesante” invocado por la interesada y los perjuicios que se anudan a “la inacción del Ayuntamiento de Oviedo u omisión en el debido control del cumplimiento de la concesión”.

Sin embargo, la reclamación del *lucrum cessans* -aunque se cuantifique por referencia a la facturación de la concesionaria- no puede postergarse sin fundamento por la perjudicada cuando ya conoce la situación de desventaja llamada a perpetuarse mientras se extienda la concesión. La circunstancia -accesoria- de que se valore artificiosamente por referencia a los beneficios de la adjudicataria de una licitación a la que no concurrió y contra la que no reaccionó no oscurece el hecho de que la ganancia dejada de percibir pueda evaluarse bajo otros parámetros, y podría haberse cuantificado en el momento mismo en el que se manifiesta el daño emergente, siendo idéntica la causa de uno y otro. En efecto, la merma en las ganancias es el resultado del mismo déficit competitivo que aboca a la insolvencia de la reclamante, y naturalmente se mantiene mientras subsista esa situación. Basta advertir -de seguirse aquí otro criterio- lo irracional y abusivo que significaría diferir en el tiempo la reclamación entregando los plazos a la interesada, que vendría a demandar un resarcimiento equivalente a la suma de los beneficios de la concesionaria hasta el año 2020 o, de admitirse tal proceder, acaso hasta el término de la relación concesional.

Por otro lado, la pretendida pasividad del Ayuntamiento no puede disociarse del mismo escenario que -conocido desde 2010- deriva en el año 2015 en el concurso de acreedores de la reclamante. Al igual que razonamos en torno al lucro cesante, tampoco cabe posponer arbitrariamente la reclamación fundada en supuestas omisiones del Consistorio de su deber de vigilancia y supervisión de la concesión. Si el daño que a ellas se asocia es la inutilidad de las inversiones realizadas ya se puso de manifiesto años atrás y si se trata de ganancias dejadas de obtener ha de reiterarse lo expuesto en la consideración anterior.

También se articula, como "lesión independiente e individualizable", el daño que el concurso causa "a la imagen y buen nombre de la sociedad". Con esta construcción -anudada a una realidad que se evidencia en 2015- la interesada confirma, de nuevo, la extemporaneidad de su pretensión resarcitoria.

En definitiva, se estima que la reclamación presentada en 2020 está incurso en prescripción, sin que deba confundirse la eventual anulación de una decisión administrativa o el hipotético reconocimiento conforme a Derecho de una conducta contraria a la libre competencia -que abrirían el plazo para reclamar por los subsiguientes daños- con la reclamación fundada en un estado de cosas conocido desde 2010 y que provocó la insolvencia de la reclamante ya en 2015.

Desechada la pretensión por extemporaneidad, ha de advertirse asimismo que el cauce de la responsabilidad patrimonial no es el adecuado para enjuiciar supuestas infracciones de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que cuentan con sus específicos procedimientos. El Consejo de Estado viene reiterando (por todos, Dictamen 658/2019) que el procedimiento de responsabilidad patrimonial no es un instrumento adecuado para constatar y declarar, de forma autónoma, la existencia de un ilícito administrativo, pues “no es posible pretender que, a través de expedientes dedicados a dilucidar responsabilidades patrimoniales, se lleve a cabo, sin las debidas garantías de los afectados, un juicio inquisitorio sobre las conductas o actuaciones desarrolladas en el seno de las Administraciones públicas. Tampoco puede, en consecuencia, reconocerse una indemnización por el supuesto perjuicio causado por tal conducta ilícita cuando la existencia de esta no ha sido formalmente declarada”. En efecto, del fondo de la reclamación ahora deducida se desprende que la perjudicada imputa al Ayuntamiento una conducta proscrita por la mencionada Ley de Defensa de la Competencia, que sanciona tanto las prácticas colusorias como el abuso de posición dominante y los actos de competencia desleal que afecten al interés público, reservándose para las acciones *inter privatos* los que no incidan significativamente en el interés general. Sin necesidad de aproximarnos a un concreto tipo infractor, se concluye que un expediente de responsabilidad patrimonial no es el lugar adecuado para enjuiciar la aplicación de la normativa de la competencia o la comisión de una infracción por la concesionaria amparada o indebidamente tolerada por el Ayuntamiento. En tanto no se ha constatado esa infracción

-cuya denuncia está en manos de la reclamante- no cabe suplantar los procedimientos dirigidos a ese fin ni anticipar su resultado.

Por otra parte, se observa que el lucro cesante que aquí se reclama no integra un daño efectivo. El perjuicio resarcible es el actual y real, lo que excluye que puedan ser indemnizados los daños eventuales, futuros, hipotéticos o que estén desprovistos de la mínima certidumbre. Como excepción, podrán ser indemnizados los daños de futuro acaecimiento únicamente cuando los mismos sean, como viene señalando reiteradamente el Tribunal Supremo, “de producción indudable y necesaria, por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo, y no, por el contrario, cuando se trata de acontecimientos autónomos con simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción, dado su carácter contingente y aleatorio, que es lo que sucede generalmente con las simples expectativas” (por todas, Sentencia de 2 de enero de 1990 -ECLI:ES:TS:1990:15510-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). En el presente caso podría sostenerse que el daño que se ha producido es la insolvencia de la empresa -después de una inversión-, pero ese daño no incluye la pérdida de los beneficios que teóricamente hubiese recibido la entidad en el supuesto de no haber mediado la concesión municipal.

De entenderse que lo denunciado es la tolerancia hacia los incumplimientos de la concesionaria, la pretensión habría de rechazarse también por su déficit probatorio, ya que no se acreditan tales incumplimientos ni su incidencia sobre la posición de la reclamante, cuyo menoscabo se asocia al hecho mismo de la concesión y no a un ejercicio abusivo.

Por último se advierte que no estamos ante un daño antijurídico, sino ante la materialización del riesgo empresarial. Ausente cualquier decisión que, a través del cauce establecido por el legislador, constata una restricción ilícita a la libre competencia o una actuación irregular del Ayuntamiento, se concluye que la mercantil perjudicada debe soportar las consecuencias desfavorables del funcionamiento del mercado. La reclamante incide en que la iniciativa municipal “fue puesta en entredicho por la Asociación de Productoras de Televisión de Asturias, que recurrió la aprobación del pliego y expediente de contratación”,

advirtiéndose que las pretensiones de los recurrentes fueron desestimadas, sin que quien se aquietó o vio rechazada su pretensión anulatoria pueda ahora invocar la antijuridicidad de una concesión regularmente constituida.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.