



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 67/2021

(Sección 2.<sup>a</sup>)

San Cristóbal de La Laguna, a 18 de febrero de 2021.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santiago del Teide en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) en nombre y representación de (...), titular del local comercial (...), por daños ocasionados como consecuencia de obras en una vía de titularidad municipal (EXP. 15/2021 ID)*\*.

## FUNDAMENTOS

### I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento de Santiago del Teide, tras la presentación de una reclamación de indemnización por daños que se alegan causados como consecuencia de ejecución de obras en una vía de titularidad municipal.

2. Se considera que, de estimarse la reclamación por los daños alegados, la cuantía debería exceder de 6.000 euros, lo que determina la preceptividad de la solicitud de dictamen, según lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) habiendo sido remitida por el Alcalde del Ayuntamiento de Santiago del Teide, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. En el análisis a efectuar resultan de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP); los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante,

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

LRBRL); la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias; y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias.

4. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4.1. En este sentido, se ha de indicar que el reclamante ostenta la condición de interesado, en cuanto titular de un interés legítimo [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) LPACAP], puesto que alega daños sufridos en su esfera jurídica como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento anormal de los servicios públicos de titularidad municipal. En este caso, el reclamante está legitimado activamente porque pretende el resarcimiento de los perjuicios que supuestamente le ha irrogado el deficiente funcionamiento del servicio público de mantenimiento de las vías públicas, que es de titularidad municipal [art. 26.1.a) LRBRL].

4.2. Por otro lado, el Ayuntamiento está legitimado pasivamente porque se imputa la producción del daño al funcionamiento anormal de un servicio público de titularidad municipal ex. art. 25.2, apartados d) y 26.1, apartado a) LRBRL.

5. La reclamación se interpone dentro del plazo de un año establecido por el art. 67 LPACAP, ya que la reclamación se interpone el 27 de noviembre de 2019 respecto de unos daños que continúan produciéndose.

6. En cuanto a los antecedentes de hecho, se deduce del escrito de reclamación que son los siguientes:

Que (...) es titular de un local comercial, denominado (...), que se sitúa en (...), del término municipal de Santiago del Teide, y que en octubre de 2018 se inició la ejecución de obras en la referida vía pública, al parecer por cuenta del Ayuntamiento, las cuales continuaban sin finalizar en el momento de la presentación de la reclamación y que le han causado un grave perjuicio económico y también un daño moral, razón por la que reclama la correspondiente indemnización, que comprenda el lucro cesante padecido por tal causa.

7. El plazo para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses; transcurridos los cuales, si no se notificara al interesado resolución expresa, se produciría silencio en sentido desestimatorio (art. 91.3 LPACAP). En el presente supuesto, se ha superado el indicado plazo de seis meses, no obstante, la Administración está obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa [arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP].

8. Concurren los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio del derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 32 y ss. LRJSP),

habiéndose acreditado la representación legal del reclamante a través de la documentación adjunta.

## II

1. En lo que se refiere al procedimiento, el mismo se inició a través de la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial por parte del representante del interesado el día 27 de noviembre de 2019.

El día 16 de abril de 2020 se dictó el Decreto del Alcalde-Presidente por el que se admitió a trámite la reclamación formulada.

2. El 19 de junio de 2020 se emitió el informe preceptivo del Servicio en los siguientes términos:

*«En el Marco del objetivo de la mejora del espacio turístico de la isla, desde el ÁREA DE TURISMO, INTERNALIZACIÓN Y ACCIÓN EXTERIOR, se está llevando a cabo el proyecto denominado TENERIFE Y EL MAR, enmarcado en el eje 4.6 del Marco Estratégico de Desarrollo Insular (MEDI). Entre las actuaciones estratégicas en los núcleos turísticos de la isla, se encuentra el proyecto denominado MEJORA Y ACONDICIONAMIENTO DE LA CALLE FLOR DE PASCUA Y ALEDAÑOS. FASE I.*

*La ejecución de dichas obras ha sido adjudicada a la empresa (...) y promovida por el Área de Turismo del Cabildo Insular de Tenerife.*

*La Dirección Facultativa de la obra es llevada a cabo por la UTE (...) - (...).*

*El Acta de Comprobación de Replanteo se firmó el pasado 1 de octubre de 2018, teniendo de plazo previsto 11 meses. Con fecha 18 de febrero de 2019, durante la ejecución de la obra, la Dirección Facultativa pone en conocimiento de la Administración contratante los imprevistos y circunstancias sobrevenidas y solicita al Órgano de Contratación, la elaboración de un modificado del proyecto. Estas circunstancias sobrevenidas son:*

*Pluviales: Localización de un canal subterráneo no contemplado en el proyecto que hace requerir un aumento de sección de la tubería prevista y geometría de los pozos de la red y, detección de la necesidad de solventar los problemas de pluviales de la Plaza Buganvilla para el funcionamiento óptimo de las nuevas instalaciones previstas.*

*Saneamiento: Detección de la inexistencia de red separativa (saneamiento/pluviales) para dos edificios anexos a la actuación, y disminución de medición de excavaciones al poder aumentar la pendiente especificada en el proyecto.*

*Baja Tensión: La existencia de canalizaciones de baja tensión en mal estado y con trazados que interfieren en los previstos para las nuevas instalaciones de otros servicios ha generado innumerables inconvenientes detectados en la ejecución de las excavaciones.*

*Papeleras: El modelo de papelera colocado en la Plaza anexa en una reciente actuación difiere del previsto en el proyecto, y resulta ser el modelo que el Ayuntamiento pretende colocar en toda la zona con el objeto de armonizar el mobiliario urbano.*

*Contenedores soterrados: Dadas las dificultades para la disposición de los contenedores de basura soterrados previstos en proyecto, detectadas durante las catas practicadas en obra, se considera inviable técnicamente la disposición de las mismas en las condiciones.*

*Señalización: Se ha detectado la necesidad de ampliar la medición en la señalización, para poder ejecutar la obra en fases, dejando permanentemente el paso a peatones y vehículos.*

*Seguridad y salud: Incrementos de vallados e instalaciones provisionales necesarias para la ejecución de las nuevas unidades de obra.*

*Servicios afectados: En el primer tramo de la obra que se está ejecutando en la calle Poblado Marinero han aparecido una enorme cantidad de servicios existentes no documentados que han provocado un gran impacto negativo en el coste y plazo de la ejecución de las obras.*

*Estación transformadora existente: Se ha comprobado que la actual impermeabilización del cuarto semienterrado en el que se encuentra ubicada la estación transformadora y que se sitúa en un lugar clave de la actuación de las obras (actualmente sobre parte de la misma se encuentra un kiosco de información turística que será retirado por el Ayuntamiento), se encuentra deteriorada, por lo que es necesaria su sustitución. Se trata de una situación sobrevenida y con la que no se contaba en el proyecto de ejecución original.*

*Estas circunstancias, se han puesto de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato, y no pudieron ser previsibles con anterioridad a pesar de la correcta diligencia que ha habido en la redacción del proyecto. Con fecha 22 de febrero de 2019, la Dirección Facultativa entrega al Cabildo Insular de Tenerife el proyecto modificado nº1 de la obra de referencia.*

*Con fecha 5 de abril de 2019 y registro de entrada núm. 2019-003702, el Área de Turismo, Internacionalización y Acción Exterior del Cabildo Insular de Tenerife, solicita al Ayuntamiento la aprobación del modificado nº1 del MEJORA Y ACONDICIONAMIENTO DE LA CALLE FLOR DE PASCUA Y ALEDAÑOS. FASE I redactado por (...) y con una ampliación de plazo de 3 meses. Con fecha 14 de febrero de 2020 se remite al Servicio Técnico del Cabildo Insular de Tenerife, por (...), representante legal de la UTE (...) - (...) la solicitud de inicio de expediente modificado 2 respecto de la obra de referencia, dada la concurrencia de determinadas circunstancias imprevistas, que no pudieron preverse en el inicio de la obra.*

*Dicho informe incluye la descripción de las modificaciones, la valoración aproximada de la repercusión económica y, además, se manifiesta respecto a la existencia de repercusión sobre el plazo de ejecución. Con fecha 6 de abril de 2020, la Dirección Facultativa entrega al*

*Cabildo Insular de Tenerife el proyecto modificado nº2 de la obra de referencia, con una ampliación de plazo de 3 meses.*

*Las obras han estado señalizadas en todo momento para su buen funcionamiento, instalándose marquesinas de acceso, para facilitar el paso a todos los comercios existentes de la zona, durante la ejecución de las obras.*

*Actualmente se siguen ejecutando los trabajos».*

3. Posteriormente, se emitió Propuesta de Resolución de sentido desestimatorio (solo consta la fecha de la copia, no de la firma electrónica de la instructora del expediente) sin haberle otorgado el preceptivo trámite de vista y audiencia al interesado (art. 82 LPACAP).

4. Posteriormente, el día 7 de julio de 2020 se dictó el Decreto del Alcalde-Presidente por el que se resolvió de forma definitiva la reclamación formulada, sin haber solicitado, con carácter previo, el Dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo, contraviniendo así lo establecido en el art. 81.2 LPACAP, que dispone que «*2. Cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.*

*A estos efectos, el órgano instructor, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una propuesta de resolución, que se ajustará a lo previsto en el artículo 91 o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento.*

*El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley», cuestión esta que se desarrollará posteriormente.*

5. Por último, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Decreto del Alcalde-Presidente de 7 de julio de 2020 por el que se desestimó la reclamación formulada, presentado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife, lo que ni obsta, ni condiciona el cumplimiento de la obligación legal de resolver el procedimiento (art. 42.1 LRJAP-PAC), salvo en los

casos en los que hubiera recaído Sentencia, lo que no consta en el presente expediente.

### III

1. En el Dictamen de este Consejo Consultivo 361/2011, de 3 de junio, ante un supuesto en el que como en éste se solicitó el Dictamen de este Consejo Consultivo, indebidamente, después de haber resuelto de forma definitiva el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial se señaló que:

*«Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento precedente, ha de advertirse que no cabe emitir el Dictamen recabado con la finalidad propia del mismo.*

*En efecto, de acuerdo con lo previsto en la LCCC (arts. 11 y 12) y en los preceptos concordantes del Reglamento de organización y funcionamiento de este Organismo, así como en el art. 12 RPRP, el objeto del Dictamen que ha de recabarse necesariamente, como trámite esencial cuya omisión genera invalidez del acto que se dicte sin su cumplimiento en el procedimiento de formulación del mismo, es la Propuesta de Resolución de éste o proyecto del antedicho acto, que ha de tener el contenido previsto en el art. 13.2 RPRP y, por ende, en el art. 89 LRJAP-PAC.*

*En este sentido, la solicitud ha de remitirse una vez culminada la instrucción del procedimiento, incluida la vista y audiencia, y formulada la Propuesta resolutoria con el contenido mencionado, en el que ha de recogerse contestación razonada a las alegaciones de la interesada producidas en tal trámite.*

*Consecuentemente, la Resolución dictada está viciada de invalidez por los motivos expresados, no cabiendo que se dictamine ahora sobre ella salvo para considerarla nula, sin proceder efectuar pronunciamiento alguno sobre su contenido y, en particular, si es o no conforme a Derecho su resuelvo desestimatorio», doctrina que sigue siendo de aplicación en supuestos como éste.*

*Así mismo, en el Dictamen de este Organismo 345/2019, de 7 de octubre, emitido con ocasión de un procedimiento de revisión de oficio relativo a la Resolución definitiva de un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, dictada omitiendo no solo trámites preceptivos, como también ocurre en este caso, sino en el que se produjo la solicitud del Dictamen de este Consejo Consultivo una vez emitida la Propuesta de Resolución y después de resolver el procedimiento de forma definitiva, se manifestó que:*

*«4. No obstante las consideraciones precedentes, y más allá de ellas, se observa sin embargo que la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada por la interesada superaba la cuantía de 6.000 euros, lo que determinaba la preceptividad de solicitud de dictamen del Consejo Consultivo sobre el asunto planteado, sin que la instrucción del*

*procedimiento haya realizado dicho trámite con anterioridad a la emisión de la resolución recurrida.*

*Pues bien, este trámite resulta insoslayable y tiene además carácter esencial, por lo que su omisión sí constituye un defecto de forma determinante de la nulidad de pleno derecho de la resolución cuya revisión ha dado lugar al presente procedimiento.*

*La jurisprudencia tiene asimilado a la ausencia de todo procedimiento, que es la causa de nulidad expresamente prevista en el art. 47.1.e) LPACAP (inobservancia del procedimiento legalmente establecido), la omisión de la práctica de sus trámites esenciales.*

*En otros términos, lisa y llanamente, no hay procedimiento si no se procede a la práctica de sus trámites esenciales. Y esto es lo que ha sucedido en el supuesto sometido a nuestra consideración.*

*La esencialidad del dictamen del órgano consultivo ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por la doctrina consultiva. También, incuestionablemente, por este Consejo Consultivo, por ejemplo, en su Dictamen 539/2011, de 7 de octubre».*

Todo ello es aplicable al presente asunto y, evidentemente, también al referido Decreto del Alcalde-Presidente de 7 de julio de 2020, que adolece de los vicios mencionados

2. No obstante y a los efectos pertinentes debe insistirse en que el trámite de vista y audiencia tiene carácter esencial y ha de realizarse apropiadamente, en sí mismo y en su consecuencia procedural antes señalada, de acuerdo con lo establecido en el art. 82 LPACAP. Sin embargo en el presente expediente se ha omitido tal trámite, debiendo señalarse en relación con esta cuestión que, como hemos dicho en distintas ocasiones (ver por todos los recientes Dictámenes 202/2019, de 23 de mayo; 158/2019, de 29 de abril, 454/2019, de 5 de diciembre y 237/2020, de 11 de junio), en palabras del Tribunal Supremo, «*(...) los vicios de forma adquieran relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite.*

*De la omisión procedural ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses (STS de 11 de noviembre de 2003)».*

Constituyendo tal omisión del trámite de audiencia un defecto de forma cuya consecuencia es irremediablemente la nulidad de lo actuado.

3. Finalmente, además de todo ello, del informe del Servicio parece deducirse que las obras se realizaban por el Cabildo Insular (en cuyo caso tendría que ser llamado al procedimiento) y no por el Ayuntamiento, desconociéndose si el mismo tenía alguna participación en ellas, cuestión esta que puede afectar de forma determinante a la legitimación pasiva del Ayuntamiento.

## CONCLUSIONES

1.- La Resolución dictada por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santiago del Teide presenta los vicios procedimentales expresados, siendo nula por tal motivo (Fundamento III.1).

2.- No cabe, consecuentemente, efectuar pronunciamiento sobre la cuestión resuelta y, por ende, sobre la procedencia del sentido de la resolución de la reclamación presentada (Fundamento III.1).

3.- Se efectúan, a los efectos pertinentes, otras observaciones relevantes para la adecuación de la actuación a efectuar en el Fundamento III.2.

4.- En orden a subsanar los vicios y deficiencias expuestos, ha de recabarse Dictamen sobre la Propuesta de Resolución que se formule por el instructor del procedimiento, con el contenido legal y reglamentariamente debido, resolviéndose posteriormente el procedimiento a la luz del pronunciamiento al respecto de este Organismo, siempre y cuando el Ayuntamiento ostente legitimación pasiva en este supuesto.