



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 5 1 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 30 de septiembre de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en representación de (...), (...), (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 408/2021 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, tras la presentación de una reclamación de indemnización por daños ocasionados, presuntamente, como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario de titularidad municipal, cuyas funciones le corresponden en virtud del art. 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

2. La cuantía reclamada asciende a 241.249,57 euros, lo que determina la preceptividad del 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 citado Ayuntamiento de acuerdo con el art. 12.3 LCCC, en relación, el primer precepto, con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. En el análisis a efectuar resultan de aplicación además de la citada LPACAP; los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Sector Público (en adelante, LRJSP); el art. 54 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 (LMC).

4. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4.1. En este sentido, se ha de indicar que los reclamantes, (...), (...), (...) y (...), ostentan la condición de interesados, en cuanto titulares de un interés legítimo [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) LPACAP], puesto que alegan daños sufridos en su esfera moral como consecuencia del fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente, como consecuencia del fallecimiento de aquélla, presuntamente, por culpa del funcionamiento anormal de los servicios públicos de titularidad municipal [arts. 25.2, apartados c) y d) y 26.1.a) LRBRL]. Se aporta, a fin de acreditar la relación de los reclamantes con la finada, el libro de familia y declaración de herederos *ab intestato*. En este caso, por otra parte, actúan mediante la representación debidamente acreditada de (...) (art. 5 LPACAP).

Además, en cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 66/2020, de 3 de marzo:

«4.1.1. Respecto a la posibilidad de reclamación por daños -patrimoniales y extrapatrimoniales- derivados del fallecimiento, se ha de indicar lo siguiente:

La doctrina y la jurisprudencia consideran de forma prácticamente unánime que la muerte en sí misma considerada no se indemniza (a quien la sufre), sino que lo que se indemniza es la pérdida neta que sufren aquellas personas que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (daño patrimonial), así como el dolor, sufrimiento, aflicción, la pérdida de la compañía, de proyectos conjuntos, etc., que produce a los familiares y allegados la muerte de una familiar (daño no patrimonial).

El fallecimiento de una persona da lugar a daños patrimoniales y no patrimoniales, pero no los sufre el que muere, sino los familiares cercanos, de modo que la indemnización no la perciben iure hereditatis, sino iure proprio. Se trata de un criterio generalizado en el Derecho comparado europeo, en el que la privación de la vida, no se considera un daño a efectos de las normas que regulan la responsabilidad y no es indemnizable.

En nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de que el perjudicado por la muerte no es quien muere, sino los parientes allegados, se recoge en el baremo previsto para las indemnizaciones que se deriven de accidentes de tráfico. En consecuencia, la privación de la vida no es indemnizable a quien fallece, y, por tanto, nada se puede transmitir a los herederos del que muere.

La jurisprudencia así lo viene señalando desde hace tiempo. En este sentido, las diversas Salas del Tribunal Supremo consideran hoy que están legitimadas para reclamar por la muerte de una persona quienes resulten personalmente perjudicados por ella, en cuanto dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él, de modo que ejercen un derecho originario y no derivativo. La STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril (RJ 2009/4131) señala lo siguiente: "es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable ex iure proprio, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del de cuius, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos".

4.1.2. Dicho lo anterior, se ha de añadir que, como muy bien señala la sentencia de 2 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.780/2006), " (...) la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como 'iure hereditatis', sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte 'iure proprio', las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien 'vida' sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible 'mortis causa' a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales 'iure hereditatis'" (...).

A la luz de la doctrina anteriormente expuesta, se entiende cumplido el requisito de legitimación activa de (...), (...), (...) y (...) para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños derivados del óbito de su esposa y madre, respectivamente, [art. 4.1.a) LPACAP]. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria. Tal y como se cita en el Dictamen 292/2021, de 24 de mayo, de este Organismo consultivo «sólo podrán reclamar por el daño moral derivado del fallecimiento de (...) aquellos que posean: "vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte producida" (STS, de 4 de noviembre de 1999; STSJ de Navarra n.º 1089/2003, de 17 de octubre de 2003).

Al tratarse de un daño moral en los sentimientos, se hace necesario poner un límite a la condición de legitimado. Es obligado establecer un orden de preferencia excluyente, siguiendo un orden lógico de afinidad con la fallecida, de forma que sean los más inmediatos los que, en su caso, reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma natural, a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. El Tribunal Supremo, en algunos casos se refiere a "parientes más allegados". Según la jurisprudencia, puede establecerse un orden de preferencia:

1.- Los miembros de la familia nuclear, que en este caso se desconocen, si bien parece desprenderse de la reclamación que (...) estaba casada y tenía un hijo, que no se identifican (¿?). El dolor de la familia nuclear, es decir, marido e hijos, se presume, no requiere prueba (STS de 15 de abril de 1988). No obstante, estos, los más allegados, no formulan reclamación en este caso.

2.- Para el resto de los parientes no existe presunción, requiriéndose la acreditación de alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: Que pertenezcan de hecho a la familia nuclear por convivir con ella, o bien se demuestren fuertes e importantes vínculos afectivos, asimilándose a los que normalmente se dan entre los miembros de la familia central.

En síntesis, la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar, al viudo o viuda, junto a los hijos del fallecido y en segundo término a sus padres si la víctima está soltera (STS de 2 de julio de 1979; STS de 14 de diciembre de 1996). Finalmente, los hermanos también estarían legitimados en defecto de otros familiares más allegados (los ya expuestos) (STS de 4 de julio de 2005), debiendo probar en su caso la vinculación afectiva entre ellos, su dependencia económica o su convivencia en el núcleo familiar».

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 c) y d) y art. 26.1, apartado a) LRBR.

Asimismo, es parte en el procedimiento, al amparo del art. 32.9 LRJSP, la (...), que ejecutó las obras de la zona en la que se produjeron los hechos por los que se reclama. A la vista de ello, resulta oportuno traer a colación la doctrina sentada por este Consejo Consultivo respecto a la responsabilidad por daños causados en ejecución de contratos administrativos, regulada actualmente en el art. 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

En relación con dicha responsabilidad por daños causados a particulares cuando el servicio es prestado por una entidad contratista de la Administración, este

Organismo Consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente (Dictámenes 270/2019, de 11 de julio, y 202/2020, de 3 de junio, entre otros):

«Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Administración municipal, como titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Se encuentra también pasivamente legitimada la entidad (...), en su calidad de concesionaria del servicio municipal (...). Consta en el expediente la fecha de adjudicación de este contrato el 29 de julio de 2002. Las sucesivas normas reguladoras de los contratos administrativos han mantenido una regulación similar en lo que se refiere a la responsabilidad de los contratistas por los daños causados a terceros como consecuencia de la ejecución de tales contratos arts. 97.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; 214 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; art. 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, si bien, obviamente y por razones temporales, ésta última Ley no resulta aplicable en el presente asunto. La concreta legislación aplicable vendrá determinada por la fecha de adjudicación del contrato a (...), si bien, como se ha dicho, no difieren en su regulación material sobre este extremo.

Los citados artículos de la legislación de contratos están en relación con los dos últimos párrafos del art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y con el art. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que atribuyen en exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, incluso cuando a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, o estos o la Administración cuenten con un seguro de responsabilidad, en cuyo caso la aseguradora está también legitimada pasivamente ante dicho orden jurisdiccional.

Según los referidos artículos de la legislación de contratos, la responsabilidad del contratista ante los particulares es una responsabilidad directa. La Administración no responde por los daños causados por su contratista ni mancomunada, ni solidaria, ni subsidiariamente. Por esta razón, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista y las aseguradoras de una y otro, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación del contratista, entonces éste será el obligado a resarcirlo. La

entidad contratista y, en su caso, las aseguradoras ostentan por tanto la cualidad de interesadas según el art. 4.1.b) LPACAP. Así lo ha razonado este Consejo Consultivo en varios de sus Dictámenes, entre los que cabe citar el 554/2011, de 18 de octubre de 2011; 93/2013, de 21 de marzo de 2013; 132/2013, de 18 de abril de 2013; y 91/2015, de 19 de marzo; 291/2015, de 29 de julio y 41/2017, de 8 de febrero. Por esta razón la Administración ha de llamar al procedimiento administrativo al contratista y, en su caso, a su aseguradora, lo que se ha llevado a efecto en el presente caso en relación con la concesionaria del servicio».

Así pues, tanto la legislación vigente en materia de contratación pública, como las pretéritas regulaciones relativas a la responsabilidad por daños causados en ejecución de un contrato administrativo, imponen al contratista la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, en cuyo caso será ésta la responsable.

Por esta razón, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista, que ostenta la condición de interesado a tenor del art. 4.1, letra b) LPACAP, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación del contratista, entonces éste será el obligado a resarcirlo de acuerdo con la legislación reguladora de la contratación pública.

En definitiva, el procedimiento para las reclamaciones por daños causados por contratistas de la Administración es el regulado en la LPACAP cuando el perjudicado reclama a ésta el resarcimiento; y en ellos está legitimada pasivamente la empresa contratista, puesto que tiene la cualidad de interesada según el citado art. 4.1, letra b) LPACAP. De esta manera, resulta necesario que se le comunique la tramitación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial a los efectos de que pueda personarse en el mismo, proponer las pruebas y realizar las alegaciones que estime oportunas en defensa de sus derechos e intereses legítimos (v. Dictamen 362/2020, de 1 de octubre).

Pues bien, en el presente supuesto, consta acreditado que la entidad mercantil (...), ha sido llamada al procedimiento administrativo en su condición de interesada ex art. art. 4.1, letra b) LPACAP.

4.3. Por lo demás, se ha de recordar que, como repetidamente ha razonado este Consejo Consultivo (Dictamen 99/2017, de 23 de marzo, 166/2019, de 9 de mayo de 2019, y 214/2019, de 6 de junio, entre otros), el que la Administración mantenga

relación contractual con una compañía de seguros, no significa que ésta sea parte en el procedimiento, puesto que la Administración responde directamente frente a los ciudadanos de su actuación, sin perjuicio de que a la aseguradora se le pidan los informes que considere precisos la Administración para la determinación y valoración del daño.

5. El daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario. Por lo que, al amparo de lo establecido en el art. 107 LMC, la competencia para resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial le corresponde al Sr. Alcalde.

6. La reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo legalmente establecido en el art. 67.1, párrafo segundo LPACAP. En este sentido, el evento dañoso se produce el día 11 de diciembre de 2018 y el escrito de reclamación se interpone el día 5 de diciembre de 2019, por lo que se entiende que la reclamación ha sido interpuesta en plazo.

II

El procedimiento se inició con el escrito de reclamación de los interesados presentado el día 5 de diciembre de 2019 mediante el que indica:

«El pasado 11 de diciembre de 2018, sobre las 15 horas del citado día, (...), cónyuge y madre de los reclamantes, sufre una caída casual en la vía pública calle (...) de esa localidad, al bajar del vehículo familiar, (...), pierde el equilibrio al tropezar con el bordillo de la acera que no presentaba el mantenimiento adeudado (sic) para el tránsito viario (...).

Que la Sra. (...), sufre la referida caída al tratar de acceder a su domicilio sito en la vía pública indicada, C/(...); siendo asistida por dos trabajadores de la empresa (...); a través de un recurso de soporte vital básico, informándose por los mismos, que (...) se encuentra "afectada tras caída en la vía, refiere traumatismo en la cadera izquierda".

(...)

Presenta un diagnóstico de "fractura de cadera izquierda" siendo ingresada para intervención quirúrgica programada para el día 17 de diciembre de 2018, siendo lo cierto que en la noche del 16 de diciembre la paciente presenta cuadro de dificultad respiratoria brusca, procediéndose el día 17 de diciembre a nueva valoración por el Servicio de Cardiología, programándose una nueva fecha de intervención para el día 20 de diciembre.

A las 4:00 a.m. del día 18 de diciembre de 2018 la Sra. (...) es atendida por el médico de guardia por cuadro de apnea; y en el momento de la exploración a las 4:05 a.m. presenta "ausencia de reflejos oculomotores y corneal, ausencia de pulso y ECG plano";

estableciéndose la hora del fallecimiento a las 4:05 horas del citado día 18 de diciembre de 2018».

Se solicita una indemnización que se cuantifica en 241.249,57 euros.

Junto con la reclamación se aporta: copia de poder para pleitos, copia de Acta y Declaración de herederos *ab intestato*, copia de informe de asistencia de recursos de soporte vital básico de (...), informe clínico de alta del Servicio de Traumatología, informe preliminar de autopsia e informe pericial emitido por el Ingeniero de Edificación, Colegiado n.º 3.640, de fecha 25 de septiembre de 2019 que incorpora fotografías del estado de la vía en la que se produjo la caída.

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento constan en el expediente los siguientes trámites:

- El 8 de enero de 2020, se remite informe de la (...), en el que, tras exponerse que se realizó visita de inspección el 9 de diciembre en la calle (...), se concluye:

«• La calle tiene una longitud aproximada de 250 mts, sentido único de circulación, aceras a ambos lados de unos 2,50-3,00 mts de ancho y zona de aparcamiento en línea sólo permitido en un margen (lado izquierdo sentido avance vehículos), estando el otro margen prohibido mediante señal vertical y señalizado horizontalmente con pintura amarilla prohibiendo su aparcamiento. El ancho de la calzada es de unos 5-6 mts. (...).

• La acera izquierda - en el sentido de la marcha de vehículos - se encuentra en un estado óptimo, habiendo sufrido el paso del tiempo (la urbanización se construyó a inicios de los años ochenta), pudiéndose comprobar que hay diferentes tipos de pavimento provocado por la instalación de diversas redes de servicios públicos y empresas privadas (...).

• Se han realizado 24 incidencias y un zafarrancho en dicha calle, desglosándose en 15 actuaciones en diversas zonas de pavimentos de losetas y alcorques, y 9 incidencias de asfalto (se adjunta listado de incidencias llevadas a cabo en la calle a lo largo del contrato, todas ellas finalizadas y comprobadas).

• El Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz no ha comunicado ninguna incidencia referida a bordillos en el nº3 de dicha calle y por tanto la necesidad de reparación de la vía en ese punto. Ni en fechas anteriores a diciembre de 2018.

• Los días 18 y 19 de noviembre de 2018 se realizó un zafarrancho, coordinado con los diversos servicios públicos y técnicos del servicio, en la calle (...), calle (...) y calle (...) (se adjunta plano de la actuación realizada a cabo). En dicha actuación de duración dos días, se llevaron a cabo labores de inspección y reparación de vías por parte de (...), (...), (...), (...), etc, con apoyo de la policía local en labores de retirada de vehículos que entorpecieran las

labores de reparación de incidencias. Se dio VºBº por parte de servicios públicos de las actuaciones realizadas.

• En la visita de inspección de fecha 9 de diciembre de 2019 se pudo observar como un bordillo situado en las proximidades del nº3 de la citada calle se encuentra en mal estado por lo que se realizan las labores pertinentes para su sustitución (fotografías 6 y 7).

Por todo lo anteriormente expuesto la UTE declina cualquier responsabilidad que se le intente imputar por el siniestro de referencia».

- Con fecha 24 de enero de 2020, se emite informe por parte de la Sección de Mantenimiento de la Ciudad, en el que se expone:

«Realizada visita de inspección el día 20 de enero de 2010 (sic, debe ser 2020) en la C/ (...) en relación a la reclamación patrimonial presentada por (...), se comprueba que el bordillo, al que hace referencia en la reclamación como motivo de la caída, ha sido sustituido y estando el mismo en buen estado sin presentar deficiencias.

En el año 2018 por parte de Servicios Públicos se han detectado y resuelto por parte de la UTE de Mantenimiento de Vías en la C/ (...) las siguientes incidencias:

153120, 153787, 153788, 153789, 154790, 154791, 158817, 159250, 160605, 160826, 162618, 162619, 162620, 162621, 162624, 162625, 162756.

Se adjuntan fotografías de la inspección realizada».

- Tras haberse solicitado atestado a la Policía Local respecto a los hechos por los que se reclama, el 5 de febrero de 2020 se remite por parte de aquella oficio del subcomisario en el que informa que no consta parte de servicio alguno sobre el incidente descrito por los reclamantes.

- El 26 de febrero de 2020 los reclamantes, a efectos de mejora de la solicitud, aportan: plano de ubicación del lugar del incidente y acompañan nuevamente el informe pericial de fecha 25 de septiembre de 2019.

- El 6 de marzo de 2020 se notifica a los reclamantes la incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial y se les requiere para que aporten determinada documentación.

- Con fecha 16 de abril de 2020, se solicita informe de valoración a la aseguradora municipal, que emite informe provisional el 16 de octubre de 2020 cifrando la misma en la cuantía de 430 euros, correspondiente a 8 días de perjuicio personal básico.

- El 13 de julio de 2020 se notifica a los interesados la apertura de trámite de audiencia, presentando escrito de alegaciones el 28 de julio de 2020.

- Con fechas 24 de noviembre de 2020 y 13 de enero de 2021, a petición de la aseguradora, se requirió a los reclamantes, a efectos de valoración definitiva, la siguiente documentación: Informe completo de la autopsia de la Sra. (...); condiciones familiares completas de la Sra. (...) (años de convivencia con marido, edad de los hijos, hermanos, allegados, nietos (...)); las circunstancias personales y económicas del cónyuge sobreviviente (no se indica los años de convivencia con la fallecida, ni tampoco se aporta información económica para calcular el lucro cesante); las circunstancias personales y económicas de los herederos (hijos) necesarias para conocer si convivían o no con la fallecida, así como su información económica para calcular el lucro cesante.

- Con fechas 2 de diciembre de 2020, 26 de enero y 5 de febrero de 2021, los reclamantes, en respuesta de los requerimientos anteriores, aportan la siguiente documentación: informe de autopsia de la Sra. (...), certificado de matrimonio, DNI de los reclamantes, acta de notoriedad, certificado de convivencia, diversos recibos bancarios y certificación de retenciones de la pensión de jubilación del Sr. (...) del ejercicio 2019, expedida por la Seguridad Social.

- Con fechas 9 de febrero, 2 de marzo y 24 de mayo de 2021 se reitera a la aseguradora municipal la petición de valoración definitiva de los daños reclamados, que se emite el 11 de junio de 2021, con el siguiente contenido:

«Importe total de 130.000 euros lo que le correspondería al cónyuge sobreviviente y a los hijos de la fallecida. Este importe se desglosaría en:

-Cónyuge viudo. Importe a percibir: 70.000 euros

-Hijos de la fallecida: percibiría cada uno de ellos el importe de 20.000 euros. Importe total de los hijos = 60.000 euros»

Asimismo, se añade: *«Revisado el Índice de Documentos que aporta el asegurado y que nos hace llegar en correo de fecha 2/2/2021 y salvo error u omisión por nuestra parte sólo observamos como "novedad" el reconocimiento que le hacen al cónyuge superviviente de obtención de prestación pública de pensión.*

Entendemos que este hecho no variaría la valoración que ya le habíamos remitido habida cuenta que en la nueva documentación nada se indica de las circunstancias del resto de herederos (ya sus circunstancias las habíamos tenido en cuenta a la hora de elaborar la valoración provisional)».

- El 10 de junio de 2021 se notifica la interposición de Recurso Contencioso-Administrativo, ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 3 de Santa Cruz de Tenerife, por desestimación presunta de la reclamación que nos ocupa, que se admitió a trámite y se le asignó el número de Procedimiento Ordinario 552/2021.

- Tras emitirse Informe Propuesta de Resolución que es informado favorablemente por el Servicio Jurídico el 13 de julio de 2021, se dicta Propuesta de Resolución en forma de Propuesta de Decreto, de sentido desestimatorio, que es remitida a este Consejo para la emisión del preceptivo dictamen.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de los interesados por entender que no concurre nexo de causalidad entre el daño por el que se reclama y el funcionamiento de la Administración, además de mostrar dudas razonables acerca de la veracidad de los hechos por los que se reclama, sin embargo, a pesar de reprocharse en la Propuesta de Resolución la ausencia de prueba de tales hechos por partes de los reclamantes, lo cierto es que la Administración no ha abierto trámite probatorio para poder llegar a dicha conclusión conforme al art. 77.2 LPACAP, cuando le era exigible por cuanto no ha tenido por ciertos los hechos alegados por los interesados. En consecuencia, es necesario retrotraer las actuaciones y acordar la apertura del trámite probatorio, pues se funda ante todo la Propuesta de Resolución en la falta de prueba del mecanismo lesivo, sin que se haya concedido a los interesados el preceptivo trámite al efecto, causándoles, pues, una evidente indefensión. En este sentido, tal y como señaláramos en nuestro Dictamen 220/2020, de 3 de junio de 2020, *«la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1997, que recogiendo las SSTC 43/1989 (EDJ 1989/1852), 101/1990 (EDJ 1990/5855), 6/1992 (EDJ 1992/270) y 105/95 (EDJ 1995/3109), aclara que para que pueda apreciarse una posible indefensión contraria al art. 24.1 CE (EDL 1978/3879), es necesario que esta sea material y no meramente formal, lo que implica que el pretendido defecto haya supuesto un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa y que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del interesado; no procediendo, en ningún caso, la retroacción de las actuaciones cuando el resultado del litigio hubiera permanecido inalterable de no haberse producido la omisión denunciada; de semejante tenor la STS 11 de noviembre de 2000, que apunta que para dar lugar a la nulidad de las actuaciones es necesario que concurran, por una parte, unos claros y manifiestos defectos de forma, y por otra que estos defectos hayan causado indefensión a quien denuncia el defecto; añadiendo que se precisa, además, que no haya sido posible denunciarlos antes*

de recaer sentencia o resolución que pongan fin al proceso, y que estas no sean susceptibles de recurso.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008 estableció que “La efectividad de la indefensión requiere la concurrencia de determinados requisitos, y así: Que el análisis de la indefensión se realice siempre en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso (STC 145/1986, de 24 de noviembre (EDJ 1986/145)); que se produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional [SSTC 186/1998 (EDJ 1998/30678), 145/1990 (EDJ 1990/8850), 230/1992 (EDJ 1992/12339), 106/1993 (EDJ 1993/2815), 185/1994 (EDJ 1994/14449), 1/1996 (EDJ 1996/15), 89/1997 (EDJ 1997/2615), entre otras muchas], y que ese menoscabo esté en relación con la infracción de normas procesales y no responda a otras causas y que la indefensión no haya sido provocada por la parte que la invoca [STC 57/1984, de 8 de mayo (EDJ 1984/57)], bien a través de un comportamiento negligente o doloso (SSTC 9/1981 (EDJ 1981/9), 1/1983 (EDJ 1983/1), 22/1987 (EDJ 1987/22), 36/1987 (EDJ 1987/36), 72/1988 y 205/1988), bien por su actuación errónea (STC 152/1985, de 5 de noviembre (EDJ 1985/126)], o bien por una conducta de ocultamiento en aquellos supuestos en los que el motivo invocado para instar la nulidad se funda en la falta de emplazamiento, incluso en el caso de que la misma la hubiese provocado la imprecisa técnica en la utilización de los medios procesales previstos por el ordenamiento (STC 109/1985, de 8 de noviembre”», doctrina que resulta aplicable al presente asunto y que determina la necesidad de retrotraer las actuaciones y abrir periodo probatorio a fin de que los interesados puedan aportar y practicar las pruebas que a su derecho convengan.

Por último, habrá de otorgarse el preceptivo trámite de vista y audiencia a los interesados, así como, a la empresa contratista que, a la vista del preceptivo informe del Servicio, ha realizado las obras que supuestamente produjeron el daño objeto del presente procedimiento de responsabilidad.

Después de realizar tales actuaciones se emitirá una nueva Propuesta de Resolución, que será objeto del preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

2. Por todo lo expuesto, no es posible entrar a conocer del fondo del asunto, no siendo conforme a Derecho la Propuesta de Resolución por falta de la adecuada instrucción del procedimiento, procediendo la retroacción del mismo a fin de realizar los trámites señalados en el apartado anterior del presente Dictamen.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, no se considera conforme a Derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones en los términos que se indican en el Fundamento IV del presente Dictamen.