



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 5 0 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 13 de abril de 2023.

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 tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), actuando en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 123/2023 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 que se alegan causados por el 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, que asciende a 82.865,13 euros, 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), en relación 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) habiendo sido remitida por el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, 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 Sector Público (LRJSP), el art. 54 LRBRL, la

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias, 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 Municipios de Canarias.

4. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4.1. En este sentido, se ha de indicar que la reclamante ostenta la condición de interesada, en cuanto titular de un interés legítimo [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) de la LPACAP], puesto que alega daños sufridos en su esfera jurídica como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento anormal de los servicios públicos de titularidad municipal [arts. 25.2, apartados c) y d) y 26.1.a) de la LRBRL], si bien en este procedimiento actúa mediante representación debidamente acreditada en el expediente (art. 5.1 LPACAP).

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 arts. 25.2, apartados c) y d) y 26.1, apartado a) de la LRBRL.

4.3. En el presente supuesto se encuentra, asimismo, legitimada pasivamente la entidad mercantil (...), en su calidad de adjudicataria del contrato de «*Construcción y urbanización de 115 viviendas de reposición en el grupo Ntra. Señora de Candelaria*»; y a cuya defectuosa prestación imputa la reclamante los daños producidos en su establecimiento.

A la vista de lo anteriormente expuesto, 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 (LCSP).

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), trámite que se ha cumplimentado en el presente expediente.

5. El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en el interesado, de acuerdo con lo prescrito en el art. 32.2 LRJSP.

6. El procedimiento se inició dentro del plazo de un año desde la producción del daño, tal y como exige el art. 67.1 LPACAP, pues la reclamación se presentó el 2 de mayo de 2019 respecto de unos daños que se consideran continuados y que se iniciaron en el año 2015.

7. Ha de advertirse que el expediente objeto del presente dictamen trae causa del que dio lugar al Dictamen 116/2021, de 11 de marzo de 2021, que concluía que la Propuesta de Resolución no se ajustaba a Derecho procediendo la retroacción del procedimiento, conforme a su Fundamento IV, donde señalábamos:

«1. Analizado el expediente que nos ocupa y a la vista de la documentación incorporada al mismo, este Consejo considera que nos encontramos ante un procedimiento incompleto, siendo en puridad inexistente su instrucción.»

Así, en primer lugar, no se ha recabado informe del Servicio al que se atribuye por la reclamante la presunta lesión indemnizable.

La preceptividad de este informe deriva del art. 81.1 LPACAP, el cual señala que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de diez días el plazo para su emisión. En el expediente no consta informe del Servicio del Ayuntamiento responsable del mismo, que deberá recabarse.

Por otro lado, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada por la interesada, puesto que el órgano instructor considera que no se ha probado la existencia de relación de causalidad entre las obras municipales y los daños reclamados, tanto porque no se ha acreditado el propio hecho lesivo, como la existencia de un daño antijurídico, sin embargo, no se ha abierto trámite probatorio para poder llegar a dicha conclusión. 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 daño, sin que se haya concedido a la interesada el preceptivo trámite al efecto, causándole, 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 concurren, 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 la interesada pueda aportar y practicar las pruebas que a su derecho convengan.

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

En tal sentido, resulta aplicable, de conformidad con lo señalado en el art. 32.9 LRJSP, el art. 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual impone 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, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación del contratista, entonces éste será el obligado a resarcirlo en virtud del art. 214 TRLCSP.

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».

II

En lo que respecta al hecho lesivo, viene dado, según los términos de la reclamación, por los siguientes hechos:

«Primero.- A finales del año 2015 comenzaron a realizarse unas obras para la construcción de un edificio de 115 viviendas de reposición de Nuestra Señora de Candelaria en la Calle (...), estando el negocio (...) presente con anterioridad al inicio de las obras en la calle adyacente. Estas obras son promovidas por el Excelentísimo Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife. (...)

Segundo.- Que con anterioridad a la realización de las obras, la (...) se encontraba rodeada de unas circunstancias óptimas para el desarrollo de su negocio, gozando de buena visibilidad a pie de calle, buen acceso público y la disponibilidad de un aparcamiento delante del local que permitía y facilitaba el trasiego de los clientes. Circunstancias que evidentemente se tuvieron en cuenta a la hora de la creación del negocio, ya que el aparcamiento existía con anterioridad a la instalación de la farmacia, y nada hacía pensar que su desaparición fuese posible. (...)

Tercero.- Con el comienzo de la realización de las obras a finales del año 2015 la (...) se ha visto muy perjudicada, tanto desde el punto de vista económico como material.

Cuarto.- La desaparición del aparcamiento público ha conllevado la pérdida de una gran cantidad de flujo de clientes para la (...) que con anterioridad al inicio de los trabajos, disponía de un aparcamiento en el cual dejar su vehículo para poder acudir a la farmacia, viendo mermada su facturación desde el primer momento por el comienzo de las obras en el año 2016. (...)

Como se puede apreciar, hay un descenso considerable en la facturación en todo el año, que se acentúa hacia finales del año 2018. En el año 2018, respecto del año anterior, la venta de mercancías cae en 51.848,05 €, cerrando los cuatro últimos meses del año con una pérdida de 56.381,83 €.

En el año 2019, aún por concluir, las pérdidas registradas en la actualidad ascienden a 10.124,88 €.

Quinto.- Las distintas fases de la ejecución de la obra se han ido dilatando en el tiempo, agravando aun más los perjuicios económicos sufridos por la (...) y extendiendo su duración. A esto se le agrega que con los distintos niveles de desarrollo de las obras se han ido añadiendo otros impedimentos que antes facilitaban el acceso a la farmacia. Se han cortado las vías adyacentes, que facilitaban el acceso con vehículos.

Además, se han colocado vallas sobre la acera, haciendo casi intransitable el paso de vehículos o a pie, en una calle en la que se ha señalado el acceso exclusivo para vecinos, lo

que impide acceder a los clientes, habituales o potenciales. También ha afectado a la excelente visibilidad de la que antes gozaba el negocio, que ahora ha desaparecido junto a los distintos accesos. (...)

Los factores mencionados: accesibilidad con vehículo, accesibilidad a pie, visibilidad del negocio, desaparición de aparcamientos, dilatación en el tiempo de las obras, todo ello ha generado grandes pérdidas al negocio que son efectivas, evaluables económicamente e individualizadas. Siendo todo ello imputable a la administración, concretamente al Excelentísimo Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, como promotor de las obras.

(...)

Sexto. La (...) dispone de un aparcamiento reservado para uso exclusivo de los clientes que medía 7 metros de longitud.

Para la adquisición de esta plaza de aparcamiento situado en el lateral de la (...), este negocio ha tenido que abonar la licencia y los posteriores pagos periódicos para contar con el servicio para los clientes. El viernes 18 de enero de 2019 se notifica al personal de la farmacia el cierre de la vía donde se encontraba la plaza para clientes, y el aparcamiento tuvo que ser desplazado provisionalmente al n.º 8 de la C/(...), pintar la nueva plaza para clientes se pospuso hasta el 4 de febrero de 2019, donde persiste en la actualidad, la nueva plaza no llega a los 4 metros de longitud. (...)

Esta plaza de aparcamiento, además de haber sido desplazada, ha sido utilizada de manera indiscriminada por los trabajadores de la obra, los cuales han usado sin autorización el aparcamiento exclusivo de los clientes de la farmacia. (...)

Séptimo.- No solo se ha visto afectado el negocio por la pérdida de clientes de los que ya disponía y de los potenciales. También sus dotaciones materiales han sido mermadas por las vibraciones procedentes de las excavaciones y perforaciones que realiza la maquinaria.

Con anterioridad al comienzo de las obras, la (...) disponía, al igual que todos los negocios de su ámbito, de una máquina especializada que ayuda en la realización de las labores del día a día.

Las vibraciones imputables a las máquinas excavadoras y perforadoras han provocado grandes daños a la misma, extremo que podemos acreditar con la aportación de los distintos vídeos en los que se percibe la vibración en la propia máquina que en muchas ocasiones ha dejado de operar con arreglo a su normal funcionamiento (se ha quedado “colgada”) debiéndose reiniciar de manera manual y siendo cada vez más lenta y menos apta para su cometido. (...)

La máquina Rowa Vmax consiste en un robot con brazo mecánico diseñado específicamente para su tarea, resulta vital para la actividad de la farmacia y se ocupa de la distribución y gestión de los fármacos, realizando un informe que debe detallar los medicamentos que se dispensan a los clientes. Además, se encarga de aplicar medidas

antirrobo y de realiza labores de inventario, se trata de un ingenio sofisticado y preciso. (...)
».

Por todo lo expuesto los daños se cuantifican de la siguiente manera:

«1º. Facturación: Disminución de importe 82.865,13 € (imputables 72.204,80 € al año 2018 con respecto al anterior. 10.660,63 € imputables al año 2019) en concepto de lucro cesante. Se puede corroborar con la contabilidad de tales ejercicios, incorporada a este escrito (...) . Queda pendiente de cuantificar debido a que la obra no ha concluido y los daños son continuados.

2º. La inoperatividad del robot de farmacia Rowa Vmax. a causa de las vibraciones emitidas por la maquinaria de la obra, cuyo valor y daños están aún por cuantificarse.

3º. Traslado de la plaza reservada para clientes de la farmacia a una ubicación más alejada y que resulta ocupada por el personal de la obra y también vallada contra los intereses de la farmacia y sin su consentimiento. Se trata de una plaza que implica el abono de cuotas periódicas y que se pone a disposición de los clientes de la farmacia. El alcance de estos daños queda pendiente de cuantificar.

4º. Con arreglo al artículo 34.2 de la Ley 40/2015, en relación con el artículo 26 de la LGT, le será de aplicación a estos daños que aún no se han cuantificado definitivamente, una indemnización que se calculará teniendo en cuenta el interés legal del dinero vigente incrementado en un 25%».

Finalmente, se señala que «Todos estos perjuicios se ven agravados por las dilaciones en la construcción, que tenía previsto un periodo de duración de 16 meses desde su inicio (que tuvo lugar a finales del año 2015), aún en la actualidad no se ha terminado la obra en cuestión ni se sabe con certeza cuando finalizará».

III

1. 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 plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP. 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].

2. En lo que se refiere al procedimiento que nos ocupa, el mismo se inició a través de la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial por parte

del representante de la interesada el día 2 de mayo de 2019, constando posteriormente las siguientes actuaciones:

- Con fecha 6 de mayo de 2019 se presenta nuevo escrito por la interesada aportando prueba videográfica con la que se pretende justificar los hechos objeto de reclamación.

- Nuevamente, el 9 de mayo de 2019, se aportan nuevas alegaciones en la que pone de manifiesto el carácter continuado del daño (se aporta documentación gráfica y videográfica).

- El 20 de junio de 2019 se presenta nuevo escrito de alegaciones en el que ponen de manifiesto que el perjuicio ocasionado persiste, dado que, pese a que se ha instalado el vado el 9 de mayo, éste no es del mismo tamaño que el original que era de 7 metros, sino que se señaló uno de 5 metros. Se rectifica finalmente el día 24 de mayo y se colocó la señal vertical el día 12 de junio.

- El 3 de octubre de 2019, se presentan nuevas alegaciones en las que se expone que las obras continúan y se mantiene cortado el acceso rodado por la calle (...) a fecha 20 de septiembre de 2019.

- El 15 de noviembre de 2019 se presenta recurso potestativo de reposición por la reclamante como consecuencia del silencio administrativo desestimatorio, que no consta haya sido resuelto.

- El 5 de diciembre de 2019 por el Sr. Concejal Delegado en materia de Patrimonio se dicta providencia de inicio del expediente que nos ocupa y se insta a la interesada a aportar diversa documentación, de lo que recibe notificación la reclamante el 23 de diciembre de 2019.

- En fechas 3 y 8 de enero de 2020 se presenta documentación acreditando la titularidad de la farmacia de la reclamante, así como la representación con la que actúa.

- El día 3 de junio de 2020, se presenta un nuevo escrito por la reclamante en el que reitera los términos de la reclamación inicial y aporta informe técnico sobre los daños.

- El 12 de enero de 2021 se formula Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación formulada.

- El 11 de marzo de 2021 se emite por este Consejo Consultivo Dictamen 116/2021, en el que se concluye la disconformidad a Derecho de la Propuesta de

Resolución, debiendo retrotraerse el procedimiento en los términos señalados en aquél.

- Tras otorgarse preceptivo trámite de audiencia a la mercantil (...), ésta presenta escrito de alegaciones el 25 de abril de 2022.

- Sin que conste fecha, se formula nuevamente Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación formulada.

IV

1. Analizado el expediente que nos ocupa y a la vista de la documentación incorporada al mismo, este Consejo considera que la Administración no ha cumplimentado los trámites que dieron lugar a la retroacción del procedimiento.

Así, en primer lugar, sigue sin recabarse el informe del Servicio al que se atribuye por la reclamante la presunta lesión indemnizable, alegando para ello la Propuesta de Resolución, que *«no se da la falta de informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable. Este informe consta en el expediente con fecha 12 de enero de 2021, pues el Servicio instructor del expediente (Servicio de Patrimonio) es el mismo responsable de las obras de las 115 viviendas. Es por ello que, por el principio de acumulación de actos del artículo 57 de la LPACAP, se debe entender que el informe-propuesta de resolución contiene el informe del art. 81.1 de la LPACAP solicitado por el Consejo Consultivo, no siendo necesario emitir dos informes separados»*.

A diferencia de lo que sostiene la Propuesta de Resolución, en ningún caso *«se debe entender»* que el informe-propuesta de resolución puede suplir o sustituir al informe del Servicio, puesto que se trata de informes distintos y de finalidad diversa. La preceptividad del informe del Servicio deriva del art. 81.1 LPACAP, el cual señala que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable. Este informe debe venir referido a los hechos alegados en la reclamación de responsabilidad patrimonial y contener las circunstancias del elemento causante de la lesión, estado en el que se encontraba en el momento de producirse el hecho dañoso, estado actual, y en su caso relación de causalidad. Además, el informe del Servicio se ha de emitir con carácter previo al trámite de audiencia, pues debe ser puesto en conocimiento de los interesados a los efectos de que estos, en el referido trámite de audiencia, puedan formular las alegaciones y aportar los documentos y justificaciones que estimen convenientes para la defensa

de sus derechos e intereses legítimos, de hecho, la omisión del informe del Servicio, o la emisión del mismo sin darle trámite de audiencia sobre su contenido a la persona reclamante es causa de nulidad, y en consecuencia de retroacción de las actuaciones, por omisión de trámites esenciales del procedimiento que causan indefensión. Pero, es más, conforme al art. 80.3 LPACAP en los procedimientos de responsabilidad patrimonial no se podrá resolver el procedimiento hasta tanto no se haya emitido el preceptivo informe del servicio, pudiendo acordarse la suspensión del procedimiento en los términos establecidos en el art. 22.1.d) LPACAP.

De otro lado, el informe-propuesta de resolución es un trámite totalmente distinto al informe del servicio y que no puede equipararse a este, ni aun invocando el principio de acumulación de actos, y ello, porque tal informe-propuesta únicamente se encuentra previsto en el art. 81.2 LPACAP para aquellos procedimientos de responsabilidad patrimonial respecto de los cuales sea preceptivo la emisión de dictamen por el Consejo Consultivo (aquellos cuya cuantía sea superior a seis mil euros) a los únicos efectos de que este Organismo consultivo pueda dictaminar sobre el mismo. A sensu contrario, tal como se advierte de la regulación del procedimiento administrativo establecida en la LPACAP, cuando no sea preceptiva la emisión de este Dictamen no procederá la formulación de la propuesta de resolución, sino que directamente se dictará la resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Por los motivos expuestos este Consejo Consultivo no puede admitir, bajo ningún concepto, la omisión del preceptivo informe del servicio, el cual debe ser puesto en conocimiento de la reclamante con carácter previo al trámite de audiencia.

Asimismo, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada por la interesada, al considerar el órgano instructor que no se ha probado la existencia de relación de causalidad entre las obras municipales y los daños reclamados, tanto porque no se ha acreditado el propio hecho lesivo, como la existencia de un daño antijurídico, sin embargo, tal como consta en el expediente, no se ha abierto el pertinente trámite probatorio para poder llegar a dicha conclusión.

En este sentido, la Propuesta de Resolución entiende que *«el mencionado trámite es, por lo tanto, un trámite discrecional para la Administración que se da cuando existen dudas sobre los hechos alegados y cuando la naturaleza del procedimiento o los interesados lo exijan»*. Tampoco puede compartir este Consejo Consultivo la interpretación de la norma efectuada por la Administración, y ello porque el art. 77.2 LPACAP dispone que *«cuando la Administración no tenga por*

ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes», esto es, conforme a lo prescrito por este precepto, la posibilidad de abrir el periodo de prueba no queda al arbitrio del instructor, como una facultad discrecional del mismo, cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados, como sucede en el presente expediente en el que se niega, no sólo la existencia de relación de causalidad, sino incluso la propia existencia del daño, sino que, por el contrario, le obliga a la apertura de un periodo de prueba. A estos efectos, la norma está ordenando la realización de una actividad al emplear el verbo “acordará”, no dice “podrá acordar”, en cuyo caso sí se podría entender que la decisión queda en manos del instructor, pero no ese no es el caso, toda vez que la norma al utilizar la expresión «acordará» está imponiendo al instructor la obligación de abrir un período de prueba.

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 daño, sin que se haya concedido a la interesada el preceptivo trámite al efecto, causándole, 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 la interesada pueda aportar y practicar las pruebas que a su derecho convengan.

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

2. Por todo lo anteriormente expuesto, procede retrotraer las actuaciones a los efectos de que, por parte del órgano instructor, se proceda a tramitar en debida forma el correspondiente procedimiento administrativo, con estricta observancia de las garantías y trámites esenciales del procedimiento legalmente establecido, especialmente en lo que se refiere a la emisión del informe del servicio (art. 81.1 LPACAP) y a los trámites de prueba y audiencia (arts. 77 y 82 LPACAP), que se deberán conceder tanto al reclamante como a la entidad contratista. Una vez concluida la referida tramitación, y formulada una nueva Propuesta de Resolución, en la que se responda, en su caso, a las alegaciones que se formulen (arts. 88 y 91 LPACAP), esta habrá de ser elevada a este Consejo Consultivo a los efectos de emitir su dictamen preceptivo en los términos del art. 11.1.D.e) LCCC en relación con el art. 81.2 LPACAP.

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.