Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 6 7 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 31 de julio de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 413/2024 ID)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria el 27 de junio de 2024, con entrada en este Consejo Consultivo el 1 de julio de 2024, tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a dicha Administración municipal incoado en virtud de reclamación formulada por (...) por los daños que se dicen causados por el funcionamiento del servicio público viario, de titularidad municipal, cuyas funciones corresponden al citado Ayuntamiento en virtud del art. 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL).

2. El interesado cuantifica la indemnización que solicita en la cantidad de 11.506,79 euros, cuantía que determina el carácter preceptivo del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Sra. Alcaldesa para solicitarlo, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

---

[*] **Ponente: Sr. Pérez Hernández.**

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada resultan de aplicación la citada LPACAP; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en lo sucesivo LRBRL; la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias (LMC).

4. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar del interesado, al haber sufrido en su esfera personal y patrimonial el daño por el que reclama, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32.1 LRJSP. Por lo tanto, tiene legitimación activa para presentar la reclamación e iniciar este procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 4.1.a) LPACAP.

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) LRBRL.

En el presente procedimiento aparecen otros posibles interesados como legitimados pasivos, además del Ayuntamiento, como es la empresa adjudicataria del servicio de mantenimiento de la vía. Sin embargo, no consta en el expediente que la citada empresa haya sido llamada al procedimiento como parte interesada, a fin de efectuar las alegaciones y proponer las pruebas que estimara pertinentes. Se cita expresamente, en la misma Propuesta de Resolución, a la entidad «*(...)/(...) UTE*».

Se encuentra legitimada pasivamente la referida entidad, en su calidad de adjudicataria del contrato de mantenimiento a cuya defectuosa prestación se imputan los daños producidos al reclamante.

Por ello, sobre esta cuestión 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 (...) . 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.

De esta manera, resulta necesario que se le comunique al contratista 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 (véase, entre otros, el Dictamen 362/2020, de 1 de octubre), lo cual no se ha producido en este caso.

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. En cuanto al requisito temporal para el ejercicio de la acción, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación.

De conformidad con el art. 67 LPACAP, en el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo de un año empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el presente caso, se presenta la reclamación el día 23 de noviembre de 2023, en relación con los daños físicos producidos por una caída que según se dice tuvo lugar el día 26 de enero de 2023, por lo que es evidente que la reclamación presentada está dentro del plazo legal de un año.

7. Además, la lesión o daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario, por lo que corresponde a la Alcaldesa la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial conforme dispone el art. 107 LMC que ha delegado (art. 40 LMC) en el Concejal de Gobierno, en virtud del Decreto de la Alcaldía número 28121/2023, de 12 de julio, por el que se establecen los ámbitos materiales, sectores funcionales y la estructura organizativa del Área de Gobierno de Presidencia, Hacienda, Modernización y Recursos Humanos.

8. 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 caso, 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].

II

El reclamante promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de que le sea reconocido el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el deficiente funcionamiento del servicio municipal de conservación y mantenimiento de las vías públicas.

A este respecto, el interesado en su escrito de reclamación expone:

«Siendo el día veintiséis de enero del año 2023, al bajar de la guagua en la parada de la calle (...), dirigiéndome hacia el paso de peatones de dicha zona, sufro una fuerte caída a consecuencia de dos pequeños socavones que hay en el pavimento de la vía quedando tendido sin posibilidad de incorporación, auxiliándome las personas que estaban en el lugar, llamando estas al 112 emergencias, llegando al lugar una ambulancia del servicio canario de salud, atendiéndome y derivándome al hospital universitario insular, por la lesión que presentaba el pie, con el diagnostico de fractura de peroné, siendo necesario una férula de inmovilización durante el periodo de un mes y medio aproximadamente, rehabilitación de mes y medio con un periodo de incapacidad laboral de seis meses.

Por ser una obligación del ayuntamiento el mantenimiento de las vias, a fin de evitar daños como los producidos que es objeto de esta reclamación.

Se aporta en documentación adjunta, datos de los testigos, pruebas fotográficas, informes de valoración médica y rehabilitación de las lesiones sufridas».

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial han sido los siguientes:

1. Con fecha 23 de noviembre de 2023 se presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por (...) frente al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en la que, como ya se ha indicado anteriormente, el interesado solicita el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la caída que sufrió el día 26 de

enero de 2023, cuando al bajarse de la guagua en la parada de la calle (...) y dirigirse al paso de peatones próximo, sufrió una caída, a causa, según refiere, de dos socavones que existían en el pavimento, sufriendo una fractura de peroné, por lo que reclama el abono de una indemnización por importe de 11.506,79 €.

Junto con dicha reclamación aporta valoración económica de la lesión, documentación clínica y fotografías el día de la caída.

2. Con fecha 27 de noviembre de 2023 se comunica a la Compañía Aseguradora municipal la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

3. Con fecha 18 de enero de 2024 se notifica al interesado la admisión a trámite y el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y se le requiere para que, en un plazo de diez días hábiles, aporte la siguiente documentación: Identificación exacta del lugar donde ocurrieron los hechos.

Así como la proposición de prueba con indicación de los medios probatorios de los que pretenda valerse.

4. El 1 de febrero de 2024 el interesado presenta los documentos requeridos, aportando imágenes del lugar exacto de la caída, partes médicos de baja y alta del proceso de IT.

5. El 14 de febrero de 2024 se solicita informe técnico sobre los hechos objeto de la reclamación a la Sección de Vías y Obras, el cual es emitido con fecha 19 de abril de 2024 (folios 56- 60) y en el que se hace constar:

«Girada visita de inspección el día 3 de abril de 2024 al lugar indicado (calle (...) (Parada de Guaguas final sentido sur) relativo a, CAÍDA EN ASFALTO; se observa la existencia de baches que podrían coincidir con los descritos en la reclamación. Se trata de un bache de 22 a 25 cm de diámetro y entre 2-3 cm de profundidad, situado a 2,50 m del paso de peatones existente, dentro de una zona excluida del tráfico (Isleta). Se desconoce el motivo del deterioro que ha originado el bache puesto que el estado general de la vía en ese entorno es bueno, no existiendo signos de desgaste superficial del asfalto. Consultada la base de datos de mantenimiento obrante en esta Sección de Vías y Obras, se observa que existen partes de trabajo de actuación correctiva en el entorno de la zona objeto de la reclamación. A la vista de la existencia de estos baches, ese mismo día se da parte de la incidencia a la empresa adjudicataria del mantenimiento para que realice lo trabajos necesarios par su reparación. Los baches fueron reparados el día 4 de abril de 2024. Se adjunta parte de actuación correctiva.

Consultado a la administración de esta Sección, no hay conocimiento de este incidente. Por otro lado, si existe demandas o solicitudes de reparación de desperfectos (baches) en calzada en esta zona».

6. Instruido el expediente, e inmediatamente antes de dictar Propuesta de Resolución, se le notifica al reclamante la apertura del trámite de audiencia acordado con fecha 26 de abril de 2024; facilitándole una relación de los documentos obrantes en el procedimiento, y se le concede un plazo de diez días para que formulara alegaciones y presentara cuantos documentos y justificaciones estimara pertinentes.

7. El 6 de junio de 2024 el interesado presenta escrito de alegaciones en el que solicita aclaración de uno de los puntos contenidos en el informe técnico de la Sección de vías y obras, que se requiera a la compañía aseguradora informe de valoración económica del daño y aporta los datos identificativos de los testigos del día del incidente que fueron mencionados en el escrito inicial pero no aportados. Propone dos testigos presenciales de los hechos.

Además, solicita sean aclaradas las informaciones sobre la existencia de reclamaciones de reparación de los baches existentes con anterioridad al incidente por el que reclama, las cuales se hacen constar en el Informe de la Sección de Vías y Obras y se aluden también en el cuerpo de la propia Propuesta de Resolución.

8. Con fecha 17 de junio de 2024 se formula Propuesta de Resolución en cuya virtud se acuerda desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta, por considerar que no ha quedado probada la realidad de los hechos ni la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público viario y la lesión producida.

En la propuesta se señala que *«En el presente expediente, no consta testigos ni informes policiales, aún cuando en la comunicación inicial del expediente se le indica al reclamante la aportación o proposición de medios de prueba, por lo que no ha quedado suficientemente acreditada la realidad de los hechos.*

Si bien, inicialmente el reclamante indicó la presencia de dos testigos sin identificación de los mismos, finalmente en las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia, procede a indicar como testigos a (...), hermana del interesado, y a (...), que figura, en el informe médico inicial de la Mutua (...), como cuñado del reclamante, vínculos de parentesco que desvirtúan el carácter objetivo de la prueba testifical».

La desestimación se fundamenta, por tanto en que no han quedado suficientemente acreditados los hechos alegados, porque *no existen testigos objetivos presenciales de los hechos ni consta aviso policial,* y por otra parte *el informe técnico indica que, ante el conocimiento reciente del bache, se ha procedido a su reparación inmediata en abril de 2024, por la empresa (...)/(...) U.T.E, encontrándose dicho desperfecto en una zona de asfalto no destinada a la circulación de peatones, y existiendo un paso de peatones a unos dos metros por el que pudo acceder el reclamante, es por lo que ha de concluirse que no ha quedado suficientemente acreditada la realidad de los hechos ni, cuanto menos, la relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento normal o anormal de servicio municipal viario.*

IV

1. Desde el punto de vista procedimental se advierten defectos en la tramitación del procedimiento cuya omisión puede generar efectiva indefensión a los interesados, y por tanto, procede la retroacción del procedimiento a efectos de que se practiquen los trámites omitidos.

Por un lado, no se ha llamado al procedimiento a la empresa con quien la Corporación tiene concertado el servicio de mantenimiento de las vías públicas y por tanto, del lugar donde ocurrió el suceso, como se ha señalado en el apartado 4 del Fundamento I.

La responsabilidad por daños causados por los concesionarios o contratistas de la Administración se encuentra regulada 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.

La legislación vigente en materia de contratación pública 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 la concesionaria o contratista, que ostenta la condición de interesada en el procedimiento [art. 4.1, letra b) LPACAP], porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de aquélla,

entonces ésta será la obligada 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 (Dictamen 31/2022, de 20 de enero). Esta doctrina es plenamente aplicable al presente asunto.

En el presente supuesto, la entidad mercantil no ha sido llamada al procedimiento administrativo, dándole traslado de todas las actuaciones practicadas y brindándole la posibilidad de formular alegaciones y o proponer los medios de prueba que estimara convenientes.

Por otro lado, en cuanto a la fase probatoria, en relación a la práctica de prueba, el interesado en su escrito inicial de reclamación si bien señala que aporta los datos de los testigos, no llega a aportarlos efectivamente. Es en el escrito de alegaciones efectuadas en el trámite de audiencia, cuando identifica a los testigos que propone y aporta sus datos para su correcta citación.

La Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada por el interesado, puesto que el órgano instructor considera que no han quedado suficientemente acreditados los hechos alegados, sin embargo, no se ha abierto trámite probatorio para poder llegar a dicha conclusión, tal como preceptúa el art. 77 LPACAP, máxime cuando el interesado solicita la citación de los testigos presenciales de los hechos, cuyos datos personales aporta. 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 de los hechos, sin que se haya concedido al interesado el preceptivo trámite al efecto, causándole, pues, una evidente indefensión.

El órgano instructor en la propuesta de resolución inadmite los testigos propuestos por el vínculo de parentesco con el interesado, lo que a su juicio desvirtúa el carácter objetivo de su declaración. Dicha inadmisión no se considera ajustada a Derecho por los siguientes motivos:

La prueba en el procedimiento administrativo se regula en los arts. 77 y 78 LPACAP, de este modo el art. 77.1 dispone: *«Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».*

El apartado tercero de dicho precepto legal establece que «el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada».

Por su parte, la LEC en las disposiciones generales relativas a la prueba dispone en el art. 283 sobre la impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria que:

«1. No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente.

2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

3. Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley».

El art. 360 LEC señala «Las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio».

Y en cuanto a la valoración de las declaraciones de testigos el art. 376 LEC dispone: «Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado».

El art. 77.2 LPACAP prevé la apertura del período de prueba a instancia del instructor del procedimiento, cuando por la Administración no se tengan por ciertos los hechos alegados por los interesados o cuando la naturaleza del procedimiento lo exija. Con independencia de que los interesados se sumen o no a esta tarea, la Administración viene obligada a practicar las pruebas consideradas necesarias, no sólo ante la inseguridad sobre la certeza de los datos y hechos obrantes en el expediente, sino incluso ante los alegados por los interesados antes de la iniciación de esta fase procedimental.

Conforme al art. 77.3 LPACAP el órgano instructor sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias. Estos términos guardan relación con la impertinencia e inutilidad de la prueba por no guardar relación con lo que es el objeto del procedimiento, o por no contribuir a esclarecer los hechos controvertidos según criterios razonables y de seguridad. En modo alguno el vínculo de consanguinidad o parentesco del testigo con el interesado puede ser motivo para inadmitir una prueba, sin perjuicio de la valoración que se haga de su declaración teniendo en cuenta tales circunstancias. Si fueron testigos presenciales de los hechos controvertidos, es una prueba pertinente y útil para el esclarecimiento de los hechos, y por ello debe ser admitida, y cuestión distinta es la valoración que se haga de sus declaraciones que según el art. 376 LEC se hará conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración las circunstancias que en ellos concurran, entre las que podrán encontrase las relaciones de parentesco por consanguinidad o afinidad.

De este modo, la LEC contempla en el art. 377 como causa de tacha del testigo, ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado; ahora bien, la tacha a un testigo no impide que éste declare en el procedimiento e incluso que su testimonio sea tenido en cuenta por el Tribunal, pues lo que se pretende destacar es la falta de imparcialidad pero eso no impide que la prueba se practique.

Se ha producido, así, la infracción del derecho de defensa por no practicarse la prueba propuesta, motivando tal denegación en que la misma no tendría criterios de objetividad por la propia naturaleza de los testigos propuestos y por su relación personal con el reclamante, justificando, por tanto, la denegación de la prueba en criterios relacionados con el estudio de la valoración de la declaración testifical, desde una perspectiva *ex ante,* es decir, antes de que la declaración se produzca se prejuzga que la misma carece de la debida objetividad e imparcialidad, pero no sobre la base de su utilidad o procedencia en relación con los hechos discutidos.

Por ello, es obligado retrotraer las actuaciones para practicar las dos pruebas testificales propuestas por el interesado, pues no se justifica por la Administración que las dos declaraciones testificales propuestas no sean pertinentes, ya que resultan del todo necesarias desde el mismo momento en que la Corporación niega la realidad del hecho lesivo y, evidentemente, el que no se permita realizar la prueba implica que se desconocerá la relación que guardan los testigos con los hechos, sin perjuicio

de la relación de parentesco que tengan con el interesado, lo que será tenido en cuenta en el momento de la valoración de la prueba.

En este sentido, tal y como señaláramos, entre otros, en nuestro Dictamen 220/2020, de 3 de junio, *«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.

2. Parecidas o casi idénticas observaciones y citas legales y doctrinales -que basta por ello con dar por reproducidas ahora- cabe hacer en relación con otra solicitud formulada de modo expreso por el reclamante en el mismo escrito de alegaciones en que identifica a los testigos propuestos e insiste en su declaración, que es la solicitud de que se aclaren las demandas de reparación de los baches que se dicen existentes con anterioridad a los hechos del expediente, en relación con las cuales el interesado solicita lo que llama aclaratoria, que hubiera debido merecer algún tipo de respuesta, réplica o contestación por el órgano instructor, la cual no se ha producido, a juzgar por el contenido del expediente remitido a este Consejo y por el propio texto de la Propuesta de Resolución.

3. La constatación de las deficiencias procedimentales señaladas permite concluir que el procedimiento no se ha tramitado correctamente en este caso, lo que impide que por parte de este Consejo Consultivo se pueda analizar y, en última instancia, dictaminar convenientemente respecto al fondo del asunto sometido a su consideración.

Por ello, procede retrotraer las actuaciones a los efectos de que por parte del órgano instructor se proceda a llamar al procedimiento administrativo a la referida empresa, dándole traslado de todas las actuaciones practicadas y brindándole la posibilidad de formular alegaciones y o proponer los medios de prueba que estimara convenientes en defensa de sus intereses.

Igualmente, deberá adjuntarse al expediente el contrato por el que se rige dicha concesión.

Y, por otra parte, deberá acordarse la apertura de período probatorio, admitiéndose la prueba testifical propuesta por el interesado, y señalando fecha para su práctica comunicando a los interesados con antelación suficiente el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, a efectos de que puedan comparecer si lo consideran necesario, y formular las preguntas pertinentes.

Una vez concluida la referida tramitación, y formulada la necesaria Propuesta de Resolución (arts. 88 y 92 LPACAP), ésta 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.