



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 4 8 / 2 0 0 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 26 de diciembre del 2003.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, incoado a instancia de E.A.G.C., en nombre propio y en calidad de Presidenta de la Comunidad de Bienes L.N., por los daños materiales sufridos con ocasión del funcionamiento del servicio público (Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife) (EXP. 230/2003 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 18 de noviembre de 2003, el Ilmo. Sr. Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife interesa, al amparo del art. 12 del Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), aprobado por Decreto 429/1993, de 26 de marzo, preceptivo dictamen sobre la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado a instancia de E.A.G.C., en nombre propio y en calidad de Presidenta de la Comunidad de Bienes L.N., por los daños y perjuicios ocasionados al patrimonio común -un edificio en construcción- a consecuencia de los efectos de la riada que sufrió Santa Cruz de Tenerife el 31 de marzo de 2002 que se vieron -según se manifiesta- agravados por la inexistencia de obras de infraestructura que canalizaran y evacuaran las aguas caídas por el cauce natural por el que discurrían.

2. En el análisis de adecuación al Ordenamiento Jurídico de la actuación administrativa de referencia se tendrá presente, aparte de la ordenación del servicio público actuado, la regulación sobre responsabilidad patrimonial establecida por el

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

Estado, a cuya legislación básica remite el art. 33 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, LRJAPC, sin que, por otra parte, la Comunidad Autónoma haya dictado norma alguna de desarrollo (arts. 32.6 del Estatuto, inciso final del art. 149.3 de la CE, y arts. 7.1 y 54 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local).

Constituyen, por tanto, el marco normativo fundamental de referencia la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de mayo.

3. La competencia para que este Consejo dictamine la mencionada Propuesta de Resolución se fundamenta en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2000, de 3 de junio, del Consejo Consultivo; solicitud que viene cursada por el procedimiento ordinario del art. 20.1 (LCC) y por la autoridad a la que la Ley encomienda la solicitud, que es el Alcalde (art. 13.3 LCC).

4. Está legitimada activamente la reclamante, Comunidad de Bienes L.N., que ha sufrido un menoscabo patrimonial en un bien de su titularidad que se concreta en un edificio en construcción en (...). Se acredita en las actuaciones la debida constitución de la mencionada Comunidad de Bienes, así como su propiedad sobre las parcelas en las que se estaba edificando el edificio damnificado a consecuencia de la riada. La reclamación, por otra parte, ha sido suscrita por la presidenta de la mencionada Comunidad, previo acuerdo adoptado por la Junta General.

Pasivamente está legitimado el Ayuntamiento de Santa Cruz por cuanto del mismo depende el servicio de planeamiento urbano (el art. 4 de los Estatutos le atribuye la competencia de la ejecución de los instrumentos de planeamiento, así como la gestión y la ejecución urbanística) a cuyas deficiencias en la zona de referencia se imputa la causación directa del daño. Se significa que el Ayuntamiento tiene descentralizadas las funciones de gestión y planeamiento urbanístico en la Gerencia de Urbanismo, organismo autónomo de carácter administrativo (art. 1.2 de sus Estatutos) que cuenta con "personalidad jurídica y patrimonio propios y plena capacidad jurídica para el desarrollo de los fines y las competencias atribuidas por la Corporación Municipal" (art. 1.3 de los citados estatutos). De hecho, el art. 28 de los Estatutos atribuye a la Gerencia la responsabilidad "de los daños producidos con

ocasión del ejercicio de sus funciones en los términos establecidos en las legislaciones de régimen local y la administrativa, según proceda".

Ahora bien, la Propuesta de Resolución que viene formulada por el Gerente -que ha actuado como órgano instructor- no señala quién de entre los órganos de la Gerencia es el competente para la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial. Los Estatutos tampoco disponen nada expreso respecto de la resolución de esta clase de procedimientos, aunque sí contiene preceptos que de una u otra forma inciden en la misma. Así el Consejo de Administración (art. 8. e) es competente para "la decisión sobre el inicio de toda clase de acciones, excepciones y recursos" y le corresponde asimismo la "aprobación de los proyectos de expropiación" (art. 8.g). Por su parte, al Consejero Director le compete "todas aquellas competencias que estando atribuidas a la Gerencia no estén asignadas de manera expresa a otro órgano de la misma".

La Propuesta, desde luego, debería haber resuelto expresamente la cuestión de la competencia. Al margen de ese silencio, no se aclara si el órgano competente ha estado al tanto de la Propuesta formulada por el instructor del procedimiento. Y es que no hay en las actuaciones dación de cuenta alguna al órgano competente, siquiera sea de forma indirecta, por lo que aunque sea sólo por exigencia formal se cuestiona no ya la razonabilidad sino la legalidad de que la Propuesta de Resolución sea cursada a dictamen de este Consejo sin que el órgano competente para elevarla en su caso a definitiva tenga constancia formal de la misma.

5. La reclamación se ha presentado dentro del plazo de un año establecido en el art. 142.5 LRJAP-PAC, pues si el hecho remoto causante del daño aconteció el 31 de marzo de 2002, la reclamación fue interpuesta el 28 de marzo de 2003 ante el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, por lo que lo fue en plazo.

Se incumple el plazo de seis meses que para la finalización del procedimiento se prevé en el art. 13 RPRP, lo que no obsta al cumplimiento de la obligación de resolver, expresamente prescrita en los arts. 42.1 y 43.1 y 4.b) LRJAP-PAC.

II

1. No se ha procedido a la pertinente apertura del período probatorio, cuando resulta obligado (artículo 8.2 LRJAP-PAC) hacerlo por el instructor de no tener por ciertos los hechos alegados, como es el caso.

Por tanto, a la vista de lo dispuesto en el precepto antedicho y en el artículo 76.1 de la citada Ley, ha de procederse a la apertura del referido período, partiéndose del presupuesto que la Administración admite la veracidad de los indicados hechos; máxime cuando, al presentarse la reclamación, aquélla no ha advertido a la solicitante en relación con el adecuado cumplimiento del artículo 6 RPRP, en lo referente a la prueba.

Sí se evacuó el preceptivo trámite de audiencia (art. 11 RPRP) al que compareció la reclamante. No consta, sin embargo, el preceptivo informe del Servicio cuyo funcionamiento presuntamente ha ocasionado el daño (art. 10.1 RPRP). En efecto, se debe tener en cuenta que el reclamante en su escrito inicial imputa los daños a las circunstancias de que no se construyeran en las intersecciones de la escorrentía con la carretera de Los Campitos y con una vía de la urbanización afectada -calle Á.O.- desagües de canalización alguna. Es más, en el primer caso, no existía obra de drenaje transversal, desconociéndose -en su caso- la previsión que al respecto contuviera el pertinente instrumento de planeamiento. En el segundo, porque en el proyecto de urbanización -según se dice en el escrito de reclamación- no se contempló el mismo drenaje transversal.

2. La Propuesta de Resolución, no obstante, parte del hecho de que ese drenaje -tubo de hormigón de 1000 mm- existía bajo la calle, extremo del que disiente el reclamante que sin embargo manifiesta -por información recaba de los vecinos- "(...) que fue con ocasión de las obras de urbanización cuando se instaló un drenaje pero de 0.50 metros de diámetro, insuficiente para la evacuación de las aguas".

Pues bien, el Servicio afectado por el daño hubiera debido informar justamente sobre estos extremos y no efectuar la remisión que hace a su propia pericia externa en la que se fundamenta la desestimación de la Propuesta de Resolución. La pericia efectúa en efecto una valoración de los hechos acaecidos -particularmente, sobre la intensidad de la lluvia caída y el caudal evacuado- pero no se pronuncia sobre la existencia y funcionamiento de las instalaciones en suma constitutivas del servicio que es justamente la causa remota del daño, para el reclamante. Extremos sobre los que debería pronunciarse además la Propuesta aunque sólo fuera porque así lo dispone el art. 89 LRJAP-PAC.

III

1. La Propuesta de Resolución es desestimatoria de la reclamación presentada, al entender que los daños tienen su causa remota en "un fenómeno atmosférico

imprevisible e inevitable, encontrándonos por lo tanto ante un supuesto de fuerza mayor". La explicación técnica de tal fuerza se hace por remisión al informe técnico que obra en las actuaciones, que tiene las siguientes conclusiones:

A. La lluvia caída el 31 de marzo de 2002 superó sobradamente la correspondiente al periodo de retorno de 500 años.

B. La intensidad de la lluvia correspondía a un periodo de retorno de 1000 años.

C. El caudal de cálculo para el que la canalización debe estar dimensionada según la legislación vigente es de 5,739 m³/seg.

D. El caudal de cálculo para la tormenta de 31 de marzo de 2002 fue de 13,123 m³/seg.

E. La capacidad de desagüe, en lámina libre, de la canalización de diámetro 1000 mm que atraviesa la calle C.Á.O. es de 7,249 m³/seg, que es superior en un 26% del cauce de avenida que exige la legislación vigente y del orden del 55% del caudal presentado el 31 de marzo de 2002.

F. En suma, la capacidad de desagüe de la canalización bajo la vía cumple con holgura las condiciones impuestas por la normativa vigente.

2. En refuerzo de tales conclusiones técnicas, la Propuesta de Resolución argumenta jurídicamente la fuerza mayor con cita de determinados pronunciamientos del Tribunal Supremo (SSTS de 2 de febrero de 1980, 4 de marzo de 1981, 26 de junio de 1982) y del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (SSTSJE de 3 de abril de 2003 y 10 de abril de 2003).

En el escrito de reclamación, con soporte asimismo en su propio informe pericial, se efectúa una descripción técnica más minuciosa de las circunstancias técnicas del caudal evacuado y de las obras de drenaje transversal de los pasos sobre el cauce del barranco, que son dos; uno, el cruce con la carretera local; el segundo, el cruce del vial de la urbanización L.N. Los cálculos que se efectúan se basan en la Instrucción 5.2.1.C y se proyectan sobre dos hipótesis temporales 1988, fecha de la urbanización de la calle y 2002, año de la riada. Tomando la tesis más restrictiva - 1988-, que es la fecha en la que se debieron construir las secciones transversales de desagüe de cuya inexistencia o deficiencia obtienen los reclamantes el fundamento de su pretensión, se señalan los siguientes datos:

- A. El cruce con la carretera local necesitaría como drenaje un tubo de hormigón de 1,20 metros.
- B. El drenaje transversal de la vía de la urbanización necesitaría un tubo de sección de 2,00 x 1,50 metros.
- C. Antes del 31 de marzo de 2002, "no existía obra de drenaje transversal" en la carretera local; obra que ha sido construida con posterioridad.
- D. En el proyecto de urbanización L.N. realizado en marzo de 1988 para la ejecución de las obras de urbanización de la actual calle C.Á.O.B. se observa que "no existe ninguna obra de drenaje transversal que garantice la continuidad del cauce creado por el barranco".
- E. Por los vecinos se informó que con ocasión de las obras de ejecución de la urbanización se instaló un tubo de hormigón de drenaje de 0,50 metros.
- F. Los daños ocasionados fueron consecuencia directa de la ausencia de drenaje transversal o de drenaje suficiente.

3. En este mismo contexto comparativo, existe una notable discordancia entre los datos utilizados por la pericia de parte, que acompañaba la reclamación inicial, y los utilizados por la Gerencia de Urbanismo en su Propuesta y que se sustenta en su pericia externa. Es la Administración la que debe contrarrestar o rectificar los datos utilizados por la parte, pero lo que no puede hacer es utilizar -sin razonamiento alguno que descalifique los de la contraparte- los suyos propios sin más. Y sorprende tal diferencia por el hecho de que los datos en cuanto objetivos debieran ser aproximados. La instrucción de carreteras a aplicar -que es la citada 5.2.I.C.- los datos pluviométricos, la capacidad de desagüe de la escorrentía, el caudal existente y demás datos hidrológicos evaluables mediante fórmulas matemáticas debieran generar resultados parecidos. Pero no ha sido así por cuanto los datos base son diferentes en uno y otro caso.

Por ejemplo, la pericia de parte no sólo utiliza dos periodos de retorno distintos (fecha del plan, 1987; y 2002, año de la riada), sino que a su vez distingue nítidamente entre la cuenca 1 -cruce con la carretera de los Campitos- y la cuenca 2 -cruce con la urbanización L.N.- pues al aplicarse variables diferentes que dan lugar a la utilización de tubos de desagüe de diferente sección transversal y por ello de distinta capacidad de desagüe.

La pericia municipal, por añadidura, se detiene exclusivamente en la cuenca 1, siendo así que la finca propiedad de los reclamantes se ubicaba en la cuenca 2.

A mayor abundamiento, los datos de la pericia complementaria de parte, aportada en trámite de audiencia, respecto de la cuenca 2 no coinciden con la que se hizo constar para la misma cuenca en la pericia inicial. Para una pericia en la cuenca 1 las precipitaciones fueron ese día de 255,50 litros con un caudal de 13,123 m³/seg. Para la otra pericia y cuenca 2 los litros caídos fueron 216,62 y el caudal 8,888 m³/seg. Y no puede desconocerse que por encima de la discrepancia de los datos respecto de la cuenca 1 la finca de los reclamantes se encontraba ubicada en la cuenca 2.

Finalmente, no se puede ocultar que a la vista de las competencias insulares en la materia (arts. 56 a 60 de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas, LA), en relación con el art. 140.2 LRJAP-PAC, hubiera debido notificarse el procedimiento incoado al Consejo insular de Tenerife (art. 10.h LA).

4. En definitiva, la Propuesta de Resolución no señala el órgano de la Gerencia competente para la resolución del procedimiento; en las actuaciones no existe el preceptivo informe del servicio a cuyo funcionamiento se imputa la causación del daño; la Propuesta no resuelve todas las cuestiones que plantea la reclamación, que por razón de congruencia debe abordar todos los extremos conflictivos suscitados; los datos y los elementos de valoración utilizados por cada pericia son distintos, lo que conduce a resultados divergentes. Finalmente, el Consejo Insular de Aguas debe tomar razón del procedimiento incoado a los efectos oportunos (art. 55.c LRBRL).

En consecuencia, a la vista de las omisiones señaladas anteriormente y de la falta de los presupuestos fácticos indispensables para emitir el correspondiente Dictamen, procede retrotraer las actuaciones a fin de que se subsanen los defectos observados.

CONCLUSIÓN

No cabe emitir Dictamen de fondo por las razones expuestas en el Fundamento III.