



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 5 de mayo de 2004.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la Comunidad de Propietarios E.B., R.M.B.V. y F.S.D.C.S.M., respectivamente, por los menoscabos patrimoniales sufridos, tanto en bienes como en inmuebles, por las lluvias torrenciales acaecidas el 31 de marzo de 2002, como consecuencia del funcionamiento del servicio público hidráulico (Consejo Insular de Aguas de Tenerife) (EXP. 4/2004 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 5 de enero de 2004 y entrada en este Consejo el 16 del mismo mes, el Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, en calidad de Presidente del Consejo Insular de Aguas de Tenerife (arts. 9 y 15 de la Ley de 12/1990, de 26 de julio, de Aguas, LA), interesa, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2000, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, preceptivo Dictamen en relación con la Propuesta de Resolución culminatoria de sendos procedimientos de responsabilidad patrimonial, acumulados, incoados a instancia la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO B., R.M.B.V. y F.S.D.C.S.M. (los reclamantes), a consecuencia de los menoscabos patrimoniales sufridos, tanto en bienes muebles como inmuebles, como consecuencia de las lluvias torrenciales acaecidas el 31 de marzo de 2002. Daños que se imputan en última instancia al funcionamiento del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, omisivo con carácter general de las obligaciones previstas en el art. 10 de la citada

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

LA y, en particular, de las que le competen respecto de policía administrativa sobre los cauces públicos.

2. La Propuesta de Resolución es desestimatoria de la reclamación formulada, lo que se fundamenta en razones de diversa clase, a saber: una primera, en la inexistencia de relación de causalidad entre la actuación -por activa o por pasiva- del Consejo Insular de Aguas y el daño producido por cuanto la actuación de policía administrativa de cauces públicos -cuya ineficacia, a juicio de los reclamantes, fue determinante de los daños causados- funcionó correctamente; la segunda, que fueron las propias condiciones constructivas del edificio dañado las que determinaron la ruina del inmueble y de los bienes muebles que en el mismo se encontraban, pues éste se encontraba construido a nivel más bajo que el cauce del que se separaba con un simple tabique de bloques; finalmente, la posible concurrencia de fuerza mayor. Circunstancias éstas últimas que, de concurrir, por sí solas serían determinantes de la inexistencia de responsabilidad administrativa.

3. 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 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 EACan, 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.

Están legitimados activamente los reclamantes, que ha sufrido menoscabos patrimoniales en un bien de su titularidad común o privativa todos ellos en el mencionado edificio B. En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde al Cabildo Insular de Tenerife, tal y como se expuso con anterioridad.

4. Las reclamaciones se han presentado dentro del plazo de un año establecido en el art. 142.5 LRJAP-PAC, -los hechos ocurrieron el 31 de marzo de 2002 y las reclamaciones, por el orden que se ha señalado, se registraron de entrada en las dependencias del Consejo Insular de Aguas los días 29 y 31 de marzo de 2003; y cumple los requisitos de admisibilidad previstos en el art. 139.2 de la propia Ley, pues el daño que se afirma infligido es efectivo, dado que su existencia está acreditada; es evaluable económicamente, porque puede ser compensado con la cuantía que importa su reparación, y está individualizado en el reclamante, porque se concreta en el menoscabo de un bien patrimonial de su propiedad (destrucción de vivienda y enseres).

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.

El expediente incoado viene concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución, habiéndose evacuado el trámite probatorio, incorporándose a las actuaciones el preceptivo informe del Servicio involucrado por los daños por los que se reclama; finalmente, se ha dado cumplimiento al asimismo trámite de audiencia a cuantas partes interesadas se ha advertido en las actuaciones.

5. Con posterioridad, y antes de emitir el preceptivo Dictamen, este Consejo dirigió escrito al Consejo Insular de Aguas de Tenerife (con registro de entrada de 23 de febrero de 2004), en virtud del cual se le recaba información adicional en orden a una adecuada realización de su función. Mediante oficio remisorio de fecha 13 de abril de 2004, el Consejo Insular de Aguas de Tenerife dio traslado a este Organismo del informe emitido por el Adjunto al Jefe de Área de Recursos Hidráulicos.

II

La fundamentación jurídica de las tres reclamaciones es idéntica; de hecho, las dos últimas presentadas siguen el patrón argumental de la primera de las presentadas, que fue la de la Comunidad de Propietarios.

Del mencionado escrito de reclamación se desprende que como causa o concausas determinantes de la riada y los ulteriores daños fueron la obstrucción del cauce por obras de desmonte sin que nunca hayan "sido limpiados ni retirados" (folio

8), la inestabilidad de las laderas y muros laterales del cauce, la vegetación existente en el tramo final del cauce, la denuncia de vertidos sólidos incontrolados sobre el barranco, así como las piedras de refuerzo de la presa de F. cuyo desmoronamiento produjo "ondas de avenida" (folio 11) con periódicos aumentos de la velocidad del agua que aumentó la capacidad de arrastre a lo que se unió el propio deterioro estructural de la presa. Presa cuyo desagüe era insuficiente para evacuar las aguas retenidas. De hecho, en el informe pericial que acompañaba a la reclamación se decía que la riada se llevó el 80% de los 2.000 m³ de material sólido que conformaba el dique "lo que destruyó los márgenes del barranco de L.L. y provocó la obstrucción del caudal" (folio 12). Obstruido el cauce, las aguas no tuvieron otra alternativa que la entrada "en tromba por los jardines del edificio B." ocasionando daños valorados en 906.228 €.

En suma, la obstrucción del cauce -preparado para evacuar un caudal correspondiente a un periodo de retorno de 500 años- fue la causa por la que la riada no hubiera podido seguir su curso hasta el mar y por ello que se proyectara sobre "tales edificios, tal y como aconteció" (folio 21). El hecho consistió, en suma, en una "auténtica desviación o mutación ocasional de la corriente del agua como consecuencia del taponamiento material del propio cauce por las piedras, acarreos y escombros transportados por la corriente" (folio 34). Por otra parte, la fuerza mayor se imputa a un hecho "irresistible" pero extraño y ajeno al servicio (folio 40), por lo que una inundación, por grave que fuera, no entra dentro del concepto exoneratorio de la responsabilidad administrativa.

El detallado informe del Servicio aborda de forma sucesiva todas y cada una de las cuestiones en las que se funda la reclamación, en los términos que a continuación se resumen:

A.- La invasión por la riada de las zonas comunes del edificio B. se debió hecho de que tales zonas eran "rasantes al nivel del cauce sin más protección que un simple muro de bloques" (folio 28), que cedió ante el empuje de las aguas. En esa zona, además, el cauce se estrechaba y se hallaba parcialmente invadido por la edificación. Por otra parte, en el Informe adicional del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, de fecha 13 de abril de 2004, se hace constar lo siguiente: "En el proyecto se definía el MURO DE BARRANCO como: *un muro de contención de mampostería concertada con un 60% de piedra y 40% de hormigón en masa de 150 kg/cm² (...)*". Posteriormente, y como asimismo recoge el

citado Informe: "El 17 de mayo de 1990 un técnico de la Oficina General Técnica Municipal del Ayuntamiento de S/C de Tenerife informaba, entre otros, que: El edificio está terminado y su construcción se ha realizado de conformidad con el proyecto y reformado aprobado por el Excmo. Ayuntamiento. El 20 de mayo de 1990 se concede la licencia de ocupación" (nos remitimos al apartado II.2.). Finalmente, en el susodicho Informe complementario se asegura que "el Edificio B. no invade ni la zona de dominio público ni zona de servidumbre del Barranco de L.L., y por ello no era necesaria autorización de la Administración Hidráulica para construirlo". Por el contrario, y como se dijo líneas arriba, "los promotores del Edificio B. sí obtuvieron licencia municipal de obras para la construcción del Edificio y sus jardines, previo establecimiento de alineaciones y rasantes, incluida la colindante con el barranco. Además, los Técnicos del Ayuntamiento controlaron la obra e informaron a su finalización que el Edificio está terminado y su construcción se ha realizado de conformidad con el proyecto (...). Es más, previamente, el Director Técnico de la obra había certificado: Que la ejecución material de las obras reseñadas ha sido realizada bajo mi inspección y control, de acuerdo con el proyecto, la documentación técnica que las define y las normas de la buena construcción" (véase el apartado III.4 del Informe)

En cualquier caso, construir por debajo de la cota del cauce y separar la edificación del cauce mediante una simple pared de bloques fue, al margen de la naturaleza de la riada, una circunstancia cualificada y determinante para que por sí sola hubiera producido los daños causados. Cedido el muro, las aguas siguieron su curso natural que no era otro que los jardines del edificio B.

La prueba de que las condiciones constructivas fueron determinantes estriba en el hecho de que otra edificación de la zona -edificio L.R.- que se encontraba justo por encima del edificio B. "no sufrió la invasión de la riada debido a que la cota de la rasante de su zona libre (...) es superior a la del cauce y demás se separa de éste mediante un muro de contención" (folio 332).

B.- La intensidad de la inundación se vio agravada, siempre según los reclamantes, por el hecho de que la acumulación de residuos sólidos y líquidos no permitió la evacuación natural, por el encauzamiento de la calle C.J.R.H. Ahora bien, tal circunstancia se debió al hecho de que la obstrucción se produjo en la "obra de drenaje existente dentro de la zona de servicio portuaria", cuya construcción conforme al proyecto pertinente no parece que fuera competencia

del Consejo insular, sino del propio puerto de Santa Cruz, que sería, en su caso, con el Ayuntamiento, el que autorizara las obras, los que serían si no responsables sí condicionantes de la intensidad de la inundación. Lo que habría que matizar convenientemente, pues hasta que el desagüe se obstruyó las aguas de la escorrentía pasaban por los jardines del edificio B. Es decir, el desagüe por sí solo no fue determinante exclusivo de los daños.

C.- En cuanto al aporte de material sólido y líquido en lo que al final constituyó una escorrentía incontrolable, el informe se extiende asimismo de forma prolija. El edificio B. se encuentra ubicado en la zona izquierda del Barranco de L.L., pero en el escrito de reclamación se ignora que en la ladera derecha existen bancales abandonados cuyos "deteriorados muros apenas ofrecían sujeción a los más de 125.000m³ de tierra vegetal en ellos contenidos" (folio 29). Además, por entre ellos discurrían pequeños caminos de acceso que actuaron como "auténticas arterias drenantes" que evacuaban agua y residuos hacia el Barranco de L.L. Cantidades que son superiores a los 31.000m³ de residuos que tuvieron su origen en la subcuenca inferior del Barranco de L.L., por debajo de la presa de F., de los que 16.000 m³ quedaron acopiados en las edificaciones dañadas.

Ninguno de estos factores han sido considerados por la reclamación interpuesta, que parece derivar el origen de los daños a los aportes procedentes del derrumbe de la presa F., siendo así que en el informe pericial que acompaña a la tal reclamación no se efectúa ninguna clase de consideración respecto del entorno más próximo a la edificación, constituido -como se ha dicho- por unas "laderas en la margen opuesta enfrentadas al edificio, ocupadas por terrazas abandonadas de cultivo con más de 125.000 m³ de material sólido potencialmente dispuesto a descender ladera abajo" (folio 334).

D.- El escrito de reclamación le da a la presa de F. una importancia decisiva en la generación de los hechos. Ahora bien, la presa sirvió de cuenco de acarreos reteniendo 2.645 m³ de acarreos frente a los 430 m³ de material que perdió, por lo que la presa a diferencia de lo que estiman los reclamantes atenuó la intensidad de la riada. La presa, por otra parte, no se desplomó de golpe - justificando lo que los reclamantes denominan onda de avenida-. De hecho ya se encontraba bastante deteriorada de inviernos anteriores. El material arrastrado por otra parte es visible desde ese punto hacia abajo, quedando depositado en el tramo de cuenca que va desde la misma hasta la zona de los edificios, por lo que

la importancia de este acarreo es residual en relación con la intensidad de los acopios que quedaron depositados en la zona procedentes de las laderas vecinas.

E.- En cuanto a la intensidad de la lluvia que los reclamantes convierten en inundación, se ha de significar que la lluvia caída en 24 horas en la zona "superó con creces la que corresponde a un periodo de recurrencia (probabilidad de presentarse en dicho periodo) de 500 años" y su intensidad en intervalos de 5 minutos "fue aun más excepcional, pues "correspondería a periodos de recurrencia de miles de años" (folio 34 de la Propuesta). En efecto, se acredita que en 24 horas cayeron 232,6 litros por metro cuadrado, de los cuales 204.1 litros se registraron "entre las 16.00 y las 18.30 horas" (folio 49), siendo así que la precipitación media anual es de 214 litros por metro cuadrado. Más aun, en 5 minutos cayeron 168 litros por metros cuadrado (folio 349), por lo que se alcanzó la precipitación media anual "en tan solo dos horas y media" (folio 351).

El fenómeno, según el informe del Instituto Nacional de Meteorología, es de "rara ocurrencia y de imposible predicción en la práctica" (folio 50) sin que haya precedente alguno desde que existen los registros pluviométricos.

Sobre lo antedicho, no cabe duda de que la situación atmosférica fue extraordinaria, imprevisible y en muchos casos irresistible. Pero lo cierto es que los daños acontecieron por o mediatemente la intervención de un elemento del servicio, por lo que el hecho no puede considerarse externo a él; al contrario es interno. La lluvia fue intensa y discurrió por los cauces causando en unos casos daños y en otros no. Por otra parte, en este concreto caso al menos, el acontecimiento no tiene la condición de irresistibilidad pues lo cierto es que inmueble colindante con el que finalmente resultó dañado sin embargo resultó indemne. Indemnidad que fue posible por el concurso de una doble circunstancia que no se daba en el caso que motiva la reclamación: estaba construido por encima del nivel del cauce y se separaba de éste por un muro de contención y no por simple muro de bloques. No cabe duda, pues, que estas circunstancias cuestionan seriamente la existencia del nexo causal posible, ya que todo parece indicar que fue la propia estructura del inmueble la que creó las condiciones para que se convirtiera en continuación lógica de la riada. Lo que fue posible porque el edificio no se hallaba protegido por un muro de contención como sería lo lógico al ser colindante con un cauce, sino por un simple muro de bloques. Lo que hace por sí mismo discutible el concurso en este caso de fuerza mayor -

definida como irresistible-, pues es lo cierto que si el muro hubiera resistido -es decir, hubiera sido construido con la más mínima previsión- los daños no se hubieran producido.

III

1. Las demás argumentaciones ya son de análisis complementario, pero deben ser asimismo desestimadas, tomando como ciertos los datos que se hacen constar en el minucioso informe técnico que acompaña a la Propuesta de Resolución.

El desplome de la presa de F. no fue el origen determinante de la avenida de materiales que arruinaron la vivienda. Se acredita que los materiales de la misma desprendidos fueron de menor volumen que los retenidos por la propia presa respecto de los arrastres procedentes de la cuenca superior.

La obstrucción del cauce por restos de obras y desechos denunciada en su día por la propia Comunidad se acreditó como no existente. Los residuos de obra que existían por la ejecución en las inmediaciones de una edificación fueron de cuantía mínima, sin que llegaran a obstruir el cauce, como lo acredita fotografía posterior a los hechos en la que se demuestra la presencia de tales restos.

La riada que arrasó la zona tuvo su origen de aporte de materiales la ladera opuesta a la del edificio B. que fue a dar al Barranco de L.L., pero se ignora que el Barranco A. que viene a confluir en la zona arrastraba si cabe mayor volumen de arrastres.

2. Finalmente, ni la vegetación existente -plantas rastreras y hojarasca, según se inspeccionó- no era posible que impidiera el desagüe natural de las aguas y sólidos hacia el mar. Por su propia naturaleza y por la intensidad y volumen de los arrastres es materialmente imposible que ello pudiera acontecer.

Por todo ello, de lo que se da cumplida cuenta en los informes técnicos que se incorporaron al expediente, no se dan en este caso todos los requisitos para que puedan prosperar las reclamaciones interpuestas.

C O N C L U S I Ó N

Según se expone en los Fundamentos II y III del presente Dictamen, la PR es conforme a Derecho por no haber concurrido relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y los daños producidos.