



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 131/2004

(Sección 1ª)

La Laguna, a 9 de septiembre de 2004.

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, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por E.A.G.C., en nombre propio y en calidad de Presidenta de la Comunidad de Bienes "L.N.", por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público (Gerencia Municipal de Urbanismo) (EXP. 132/2004 ID)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de fecha 22 de junio de 2004, el Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife interesa -al amparo de lo dispuesto en el 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." (la reclamante) 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 agravados, según manifiestan, por la inexistencia de obras de infraestructura que canalizaran y evacuaran las aguas que discurrían por el cauce natural.

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

Se trata de un asunto sobre el que este Consejo emitió en su día el Dictamen 248/2003, de 26 de diciembre, que no llegó a entrar en el fondo de la cuestión por las siguientes razones, condensadas en el Fundamento III.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 LRBR).

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”.

Tras la instrucción complementaria, se interesa nuevamente Dictamen sobre la Propuesta de Resolución remitida que, como la anterior, es desestimatoria de la reclamación formulada.

2. Vaya por delante que, tras un atento examen de las actuaciones que nos han vuelto a ser remitidas, este Organismo sigue sin poder asumir el criterio que se plasma en la Propuesta de Resolución. Bien es verdad que algunos aspectos problemáticos que motivaron el que no se emitiera en su momento Dictamen de fondo han sido solventados. De este modo, la competencia resolutoria se deduce de la propuesta del instructor al elevarla al Consejo de Administración de la Gerencia; y el preceptivo informe del Servicio concernido por los hechos, y al que presuntamente se imputa la causación de daño, viene constituido por un escueto informe y reportaje fotográfico, que se pronuncia exclusivamente sobre el hecho de la aparición en el mes de diciembre de 2002 de una canalización de desagüe de las aguas de escorrentía bajo la calle Cabo Álvarez Ojeda de acero galvanizado corrugado de un metro de diámetro.

Sin embargo, no se resuelven todas las cuestiones planteadas por la reclamante o deducidas del expediente, a excepción de la aparición de la antedicha canalización y

que lo que para los reclamantes es cuenca 1 y cuenca 2, para la Administración es una sola cuenca.

Tal como señalamos en el Dictamen 248/2003, Fundamento III.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 propio 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”.

II

1. la Propuesta debe y puede optar entre las alternativas posibles, pero siempre de forma razonada y desvirtuando de manera motivada las argumentaciones de la contraparte. No sólo porque se debe dar respuesta a todas sus peticiones y alegaciones y que sean resueltas, sino porque es la única forma de dar cohesión interna a la Propuesta, a efectos de la adecuación entre lo solicitado y la Propuesta de Resolución.

Así, no se extraen consecuencias del hecho de que ambas partes hayan imputado los datos base a dos cuencas distintas (reclamantes) o a una sola (Administración). Además, es obvio que lo que debe hacer la Administración, en primer lugar, es delimitar territorialmente el área o superficie de escorrentía, determinante para inferir el volumen de agua dirigida a las canalizaciones existentes y por ello clave para demostrar -o no- que hubo previsión; o fuerza mayor. Otro dato clave es la intensidad de la lluvia caída, cuestión que ya fue objeto de consideración en el Dictamen emitido como ejemplo de discordancia de datos base -se supone que objetivos- entre ambas partes, pues para la Administración la aplicación de los parámetros daba “un resultado de 258,80 mm/hora”, mientras que para el perito de

la parte el resultado es de "133,09 mm/hora", que es la medida dada por el pluviómetro del Instituto Metereológico extraídos del informe del Consejo Insular de Aguas de Tenerife. Justamente, en testifical realizada tras la emisión del Dictamen de referencia el perito de la parte "entiende que los datos deberían ser parecidos, pero no que los resultados sean el doble que los oficiales".

Es más, cuando al perito de la Administración se le pidió opinión sobre estos datos contradictorios y las distintas variables utilizadas por una y otra parte manifestó que esa diferencia se debía a que habían utilizado criterios distintos de "superficie de cuenca" y de "coeficiente de escorrentía". Aunque -añadía- esa diferencia es irrelevante porque "la canalización cumplía con la normativa vigente sobradamente, pero era insuficiente para desaguar el caudal del temporal (...)".

Esta última afirmación no puede ser tomada en consideración. La Administración debe resolver todas las cuestiones aunque la solución del caso le venga dada por una de ellas, entre otros motivos porque no es lo mismo que esa insuficiencia sea moderada, grave o muy grave. La intensidad de la capacidad de desagüe viene dada por varios factores. La superficie de cuenca y el coeficiente de escorrentía, cuestiones no despejadas definitivamente, como se dijo. También por la sección del tubo de desagüe. Cuestión ésta sobre la que tampoco hay unanimidad entre las partes. Para la reclamante, con arreglo a la Instrucción 5.2.1.C -tal y como se hizo constar en el Dictamen citado- "el drenaje transversal de la vía de la urbanización necesitaría un tubo de sección de 2,00 x 1,50 metros" y no, como dice la pericia de la Administración, un tubo que evacuara 5.739 m³/seg., que era lo exigido legalmente.

No puede decirse que daba igual la sección del tubo porque en cualquier caso habría sido "insuficiente" para desaguar la escorrentía, porque esta conclusión sería consecuencia de que el tubo, finalmente instalado, fuera de 1 metro de sección (que evacua 7.249 m³/seg.), pero para la reclamante la sección debiera ser mayor; 2 x 1.50. Y si en efecto fuera así, puede que este tubo sí fuera suficiente para evitar la avenida.

Claro que para saberlo -una vez más- es determinante saber la lluvia caída (para la Administración 258,80 mm/hora; para la reclamante, 133,09 mm/hora), la superficie de cuenca y el coeficiente de escorrentía. Factores que determinan el caudal que bajaba por el barranco de Casalón, que para Administración era de 13.123 m³/seg.; y para la reclamante de 8.888 m³/seg.

El argumento de la Administración es que la sección del tubo es irrelevante porque el caudal superaba ampliamente la capacidad de desagüe del tubo, por lo que el desbordamiento era inevitable. Para la reclamante, sin embargo, aceptando que el tubo instalado fuera de un metro de sección (con una capacidad de desagüe de 7.249 m³/seg. "no se hubieran producido prácticamente daños materiales".

3. Si no hay coincidencia en los datos base (lluvia caída; superficie de cuenca; coeficiente de escorrentía), ni tampoco en el tubo que hubiera debido haber; ni en el caudal que bajaba por el barranco es lógico que se produzcan conclusiones tan divergentes entre ambas partes. Por supuesto, la Administración puede defender sus puntos de vista siempre con objetividad y de forma razonable; formar su propia convicción; rechazar las de contrario de forma motivada. Lo que no puede es ignorar los hechos del expediente: las alternativas propuestas; y las razones de contrario sin tan siquiera intentar desmontarlas. La ignorancia de los hechos y de las razones de contrario no refuerzan la coherencia y fuerza interna de la Propuesta, sino que la debilitan.

En efecto, prueba de cuanto decimos es la testifical realizada a la que ya se ha hecho referencia. Con ocasión de un dato importante para la determinación de la serie causal generadora del daño -como la precipitación media-, en su día ambas pericias sostuvieron posiciones tan contrarias como que la Administración entendía que la precipitación fue de 258,80 mm./hora y la reclamante 133,09 mm/hora. Pues bien, en la indicada testifical, el perito de la Administración manifestó que "los cálculos del perito de la parte reclamante se encuentran razonablemente bien hechos y se ajustan a la realidad, tan solo con discrepancias por los cálculos de los coeficientes (...)". Y a preguntas del abogado de reclamante el mismo perito manifestó que "la concentración del histograma de 133,09 mm/hora" es correcta "ya que son los datos de lluvia del Instituto Meteorológico extraídos del informe del Consejo Insular de Aguas de Tenerife".

Es decir, que la pericia de la Administración entiende que los datos de la pericia de la reclamante son correctos, al menos lo que se deducen del histograma. Si es así, la Administración no puede seguir sosteniendo la realidad en la forma en que lo ha venido haciendo; y si lo quiere hacer, deberá realizar un esfuerzo complementario a fin de evidenciar que a pesar de lo que diga el histograma otros factores conducen a

la solución a la que finalmente llega la Propuesta: en que la situación fue de fuerza mayor.

Y en cuanto al concurso de esta causa, la misma debe ceñirse según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, “al suceso que esté fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuese inevitable, como guerras, terremotos, etc., pero aquellos eventos internos intrínsecos en el funcionamiento de los servicios públicos son sucesos previsibles y en cualquier caso nunca constituyen la fuerza mayor (...)” (SSTS de 28 de junio de 1983 y 20 de octubre de 1997). El Consejo de Estado considera como fuerza mayor “los acontecimientos insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio (Dictamen de 29 de mayo de 1970 y de 28 de marzo de 1974).

Ciertamente, las lluvias caídas tan intensamente y en tan poco tiempo pudieran constituir una situación supuestamente de fuerza mayor, por decirlo de algún modo. Pero para estimar siquiera sea parcialmente esta causa deben despejarse primeramente todas las cuestiones atinentes al funcionamiento ordinario del servicio, con el alcance que ha quedado señalado en apartados precedentes.

Por último, la razonabilidad y motivación de la Propuesta de Resolución no deben construirse mediante la incorporación lineal de las pruebas practicadas, sino que a la vista de las mismas y en razón de la aplicación de la sana crítica, la Propuesta debe asumir qué hechos han sido probados y cuáles no; dando siempre respuesta a las cuestiones, todas, planteadas por la reclamante.

4. En definitiva, la PR no es procedimentalmente conforme a Derecho, inadecuación que, al menos, se refiere a la disconformidad de su contenido con lo dispuesto en el art. 89 LRJAP-PAC, en relación con las alegaciones y argumentos de los solicitantes en defensa de sus intereses y como fundamento a su solicitud indemnizatoria. Incorrección que, además, incide inevitablemente en la decisión adoptada y en la garantía de los derechos de las partes, en cuanto que no está fundada. Por lo tanto, a este Consejo se le priva de los antecedentes y presupuestos fácticos indispensables para emitir un pronunciamiento sobre el fondo que determine la existencia -o no- de conexión entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio y, por supuesto, para considerar probada la incidencia de fuerza mayor alegada por el instructor para rechazar la responsabilidad exigida.

C O N C L U S I Ó N

La PR analizada no es conforme a Derecho, tal y como se expone en el Fundamento III.4, debiendo la Administración cumplir con las exigencias que se derivan de la legislación vigente y proceder, en consecuencia, al dictado de una nueva Propuesta.