



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 194/2005

(Sección 1ª)

La Laguna, a 7 de julio de 2005.

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 daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de urbanismo: Inexistencia de obras de infraestructura que evacuaran las aguas que discurran por su cauce natural (EXP. 169/2005 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de fecha 27 de mayo de 2005, el Ilmo. 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 (RPAPRP), aprobado por Real 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 exponencialmente agravados por la inexistencia de obras de infraestructura que canalizaran y evacuaran las aguas que discurrían por el cauce natural.

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

2. En el análisis de adecuación al Ordenamiento Jurídico de la mencionada actuación administrativa 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, 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 Constitución, y arts. 7.1 y 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del 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), y el citado Reglamento ordenador de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial.

La competencia para que este Consejo dictamine la mencionada Propuesta de Resolución se fundamenta en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo; solicitud que viene cursada por el procedimiento ordinario del art. 20.1 id. y por la autoridad a la que la Ley encomienda la solicitud, que es el Alcalde (art. 13.3 id.).

3. Está legitimada activamente la reclamante, la Comunidad de Bienes citada, que ha sufrido un menoscabo patrimonial en un bien de su titularidad. 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 levantaba 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 de la Gerencia de Urbanismo 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

finos y las competencias atribuidas por la Corporación Municipal" (art. 1.3 id.). De conformidad con lo dispuesto en sus Estatutos, corresponde al Consejo Rector [art. 8. e)] "la decisión sobre el inicio de toda clase de acciones, excepciones y recursos", por lo que, se entiende y así se asume por la Propuesta de Resolución (en el Resuelto), que es el órgano resolutorio competente, aunque sería más apropiado que en el cuerpo dispositivo la Resolución que se adopte se contenga una declaración expresa de competencia.

4. 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 RPAPRP, 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. Incumplimiento al que no es ajena la dilación en que ha incurrido el procedimiento incoado, debido, entre otras circunstancias, a sendas suspensiones motivadas por este Consejo a los efectos de subsanar algunas deficiencias procedimentales, incluso con retroacción de actuaciones.

II

1. Vuelve por tercera vez a este Consejo la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado. Y la Propuesta de Resolución -como en las ocasiones anteriores- 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 fundamentación de tal conclusión se hace por referencia a los distintos informes evacuados. La prolija instrucción, las posiciones sostenidas y la matización de alguna de las mismas aconseja efectuar un breve repaso de los argumentos más relevantes sostenidos por ambas partes y la modulación que en su caso haya habido.

Inicialmente, la Administración se basa en el pertinente informe técnico con arreglo al cual sienta 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 debía 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, 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.

En suma, la capacidad de desagüe de la canalización bajo la vía cumplía con holgura las condiciones impuestas por la normativa vigente; y los hechos eran constitutivos de fuerza mayor.

En el escrito de reclamación, con soporte asimismo en su propio informe pericial, se efectúa una descripción 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., 2ª fase. Los cálculos que se efectúan se sustentan en la Instrucción 5.2.IC 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 cuya inexistencia o deficiencia fueron determinantes para la causación de los daños, los datos son los siguientes: 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. 2ª fase, realizado en marzo de 1988 para la ejecución de las obras de urbanización de la actual calle C.Á.O., 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.

Consecuentemente, los daños ocasionados fueron efecto directo de la ausencia de drenaje transversal o de drenaje suficiente.

Por todo ello, este Consejo en su día dictaminó (DCC 248/2003, de 26 de diciembre) que la Propuesta de Resolución no era conforme a Derecho, entre otras

cosas, porque no resolvía todas las cuestiones que planteaba el escrito inicial de reclamación.

2.¹

3. Esta información es integrada en la nueva Propuesta de Resolución que desestima la reclamación instada por el concurso de fuerza mayor, en cuanto acontecimiento imprevisible e irresistible y que aun previéndose hubiera sido imposible de evitar. La Propuesta resulta fundada, al resolver las cuestiones objetadas en su día por la parte o que a este Consejo le habían suscitado alguna clase de dudas. Ahora bien, ello es así con dos objeciones, una formal y otra material.

La primera, concierne al hecho de que del citado informe no se le dio traslado a la parte. Podría objetarse, sin embargo, que esa ausencia de traslado se debe al hecho de que no se han barajado nuevos datos que los obrantes en el expediente, conocidos por ambas partes, algunos de los cuales cuentan incluso con la aquiescencia de la parte reclamante.

Por lo que hace a la segunda objeción, cabe precisar que desde el inicio de las actuaciones la parte reclamante cuestionó las obras de drenaje y desagüe existentes en la zona. Incluso cuestionó que alguna de ellas existiera en realidad. Desde luego, los valores en los que se fundamenta la Propuesta determinaban la eficacia relativa de tales obras (7,239 m³/seg) cuya capacidad se vería notablemente superada por el caudal de avenida (11 m³/seg). Pero la parte, entre otras cosas, señala que con la Instrucción de aplicación al caso (5.2-IC Drenaje superficial, aprobada por Orden de 14 de mayo de 1990) la sección del tubo de desagüe hubiera debido ser mucho mayor.

En efecto, para la reclamante, con arreglo a la citada Instrucción 5.2-IC, "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, como aseguró la Administración en algún momento, que daba igual la sección del tubo porque en cualquier caso habría sido "insuficiente" para desaguar la escorrentía, por lo que la inundación habría sido "inevitable"; pues es

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

obvio que el caudal desaguado por un tubo de una u otra sección varía notablemente y, por ello, los efectos lesivos serían muchos menores de lo que lo fueron.

Se recuerda asimismo que la 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 en una vía de la urbanización afectada -calle C.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.

La Propuesta de Resolución, sin embargo, parte del hecho de que ese drenaje - tubo de hormigón de 1000 mm- existía bajo la calle, extremo del que disiente la reclamante que manifiesta no obstante -por información recabada 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.

III

1. Para el correcto enfoque de la cuestión de fondo y ante las notorias diferencias existentes entre la Administración y la reclamante que han sido puestas de relieve con anterioridad, hemos de traer a colación el contenido de la pericia encargada por este Consejo en el contexto del procedimiento de acción consultiva incoado. En efecto, con fecha 9 de septiembre de 2004 se dirigió por el Letrado Mayor comunicación al Sr. Secretario del Colegio Oficial de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos al objeto de que por uno de los miembros de dicha Corporación profesional se emita informe pericial en relación con el asunto que nos ocupa, "al ser necesario disponer de un informe pericial realizado por especialista en la materia para el adecuado pronunciamiento de este Organismo, fundamentalmente por discrepancias en las pericias que constan en el expediente".

Posteriormente, por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos C.C.M.L. se elaboró informe técnico visado por el Colegio Oficial en fecha 22 de octubre de 2004, que si bien lo fue respecto de la información que obraba en el expediente administrativo tramitado, no forma parte del mismo. La citada pericia se pronuncia sobre los extremos en que ambas partes sustentan sus divergentes puntos de vista, y lo hace de forma bastante concluyente, por lo demás, en los siguientes términos:

A. No existe "ningún tipo de obra alguna de drenaje transversal en el cruce con la TF-111" (primera conclusión de la pericia), cuya existencia "sí hubiese evitado los daños porque el volumen de materiales arrastrados habría sido gradual y de menor cuantía y las evidencias demuestran que los daños fueron causados principalmente por los materiales proyectados por la avenida" (última conclusión).

B. La ausencia de ese drenaje "incumplía lo reflejado en la Instrucción 5.2-IC" (segunda conclusión), que exigía la instalación de un colector de "como mínimo un diámetro de 1.2 metros" (conclusión séptima).

C. De existir ese drenaje, "sólo dos (*sic*) cuencas que se encuentran aguas arriba de la carretera (...) aportarían agua al drenaje transversal de la calle C.Á.O." (conclusión quinta).

D. La calle C.Á.O. debía tener, en cumplimiento de la Instrucción citada, un colector "como mínimo un diámetro de 1.2 metros" (conclusión séptima). Y no lo había. La cartografía existente muestra evidencias que lo que había era una "canalización del barranco", mas no un "drenaje transversal". (conclusión novena).

E. La cartografía del año 2001 demuestra una "visible ocupación de la zona de dominio público hidráulico por parte de algunas edificaciones "que condicionan el trazado del cauce del propio barranco".

F. Los daños no habrían podido evitarse con un drenaje adecuado en la calle C.Á.O., pero se habrían podido reducir con un correcto encauzamiento y un "desarrollo urbanístico que hubiese respetado las zonas de dominio público hidráulico" (conclusión última).

2. De los datos obrantes en el expediente y de la citada pericia resulta que:

A. Tras haber "dividido la zona afectada en cuatro cuencas", sólo una (*sic*) de ellas (de 0,039 km²) desagua por el drenaje transversal de la calle C.Á.O.

B. Las otras tres cuencas con una superficie total de 0,177 km² (respectivamente, 0,031 km², 0,123 km² y 0,023 km²) no desaguaban hacia drenaje alguno de la TF-111, por lo que la cuneta de esta carretera hacía de aliviadero llevando las aguas fuera del barranco Casalón.

C. Mientras -habría que añadir- la carretera podía hacer ese cometido. Porque cuando cedió la carretera, el agua de esas tres cuencas era desaguado montaña

abajo, justamente hacia el barranco de Casalón, hacia la obra de drenaje ubicada en la calle C.Á.O.

D. La suficiencia o no del desagüe -existente o no- de la citada calle es sólo limitadamente relevante, porque fue la inexistencia de desagüe transversal en la TF-111 el elemento determinante de la intensidad de la avenida, unido a la invasión del cauce; si bien la existencia del referido drenaje en la TF-111 sí hubiese evitado los daños porque el volumen de materiales arrastrados habría sido gradual y de menor cuantía y las evidencias demuestran que los daños fueron causados principalmente por los materiales proyectados por la avenida.

E. La invasión de ese cauce, consentida por la Administración municipal, en cuanto concedía licencias de construcción, y no reparada por quien ostenta las funciones de tutela y defensa del dominio público hidráulico (Consejo Insular de Aguas de Tenerife) fue asimismo elemento co-determinante de la intensidad de los efectos de la riada, por lo que deberá ser valorado oportunamente y esa participación evaluada a efectos económicos [arts. 10.h) y 56 a 60 de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas de Canarias] en el momento oportuno.

3. Consecuentemente con lo informado, el posible concurso de la fuerza mayor en que se basa la Administración para desestimar la reclamación de indemnización instada pierde solidez y consistencia. Ciertamente que la intensidad de la lluvia fue excepcional, pero no pueden deducirse de esta excepcionalidad todas las consecuencias posibles en Derecho, porque los servicios públicos concernidos (obras hidráulicas no ejecutadas o ejecutadas imperfectamente y defensa no realizada del dominio público hidráulico) no actuaron conforme al estándar medio del servicio: Cumplir la ley, que en este caso no es otra que la citada Instrucción. 5.2-IC y la Ley de Aguas.

Es a la Administración a quien corresponde la carga de la prueba de la fuerza mayor [SSTS de 6 de mayo de 1983 (RJ 1983/2670) y de 15 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9357)], la cual también debe acreditar que ha cumplido las "medidas de policía que le corresponden en cuanto a la conservación del cauce" [STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2004/71)].

Procede por ello indemnizar a la reclamante en cuantía tal que tenga en cuenta la proporción de caudal procedente, de una parte, de las tres cuencas que por inexistencia de desagüe en la TF-111 -lo que comporta responsabilidad del órgano titular de la carretera- acabaron vertiendo en el barranco de Casalón; y de otra, de

la cuenca que tenía por destino natural el desagüe ubicado bajo la calle C.Á.O., matizada en este último caso la proporción que fuere por el hecho de que en esa calle debiera haber habido un tubo de sección al menos de 1.2 metros, reconociendo la Administración que el tubo era de 1 metro (hecho que la parte incluso niega y la citada pericia incluso duda).

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución analizada no es conforme a Derecho, al concurrir relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño producido, debiéndose indemnizar a la reclamante en la forma que se indica en el Fundamento III.3.