



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 8 7 / 2 0 1 1

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de septiembre de 2011.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por los afectados, de diversa consideración, de los hechos acaecidos en la galería de agua "Piedra de Los Cochinos", por daños personales ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de minas (EXP. 427/2011 ID)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Se dictamina la Propuesta de Orden (PO) resolutoria de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Empleo, Industria y Comercio de la Administración autonómica al serle presentada una reclamación de indemnización por daños que se alegan causados por el funcionamiento del servicio público de minas, competencia de la misma.

2. Es preceptiva la solicitud de Dictamen, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), habiendo sido remitida por la Consejera de Empleo, Industria, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada Ley.

3. En lo que se refiere a los hechos correspondientes a este asunto, procede la remisión a lo expuesto al respecto en el Dictamen 46/2011, de 16 de enero, emitido por este Organismo a solicitud del Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, en relación con la tramitación por la Corporación insular de reclamaciones de responsabilidad patrimonial presentadas por daños generados por el funcionamiento

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

del Consejo Insular de Aguas de Tenerife (CIAT), dependiente del mismo, pues en el expediente remitido con la presente solicitud de Dictamen no aparece variación significativa de los mismos.

4. Los afectados ejercen su acción para reclamar en orden a satisfacer el derecho indemnizatorio constitucional y legalmente previsto por daños causados a particulares consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, al considerar a la Administración autonómica responsable por tales daños al no cumplir debidamente con sus funciones en la materia, particularmente en lo referente al deber de control, inspección y vigilancia del cumplimiento por los titulares de la explotación de la galería "Piedra de los Cochinos" de las medidas de seguridad legalmente ordenadas al respecto.

Tanto en lo concerniente a la señalización del sendero que conduce a la galería y a la bocamina, con la prohibición de entrar en ella salvo para el personal autorizado y cualificado, con cierre adecuado, como respecto a los peligros propios de la explotación mediante esta infraestructura, sobre todo la ausencia de oxígeno y la existencia de gases tóxicos y letales en su interior.

Sin embargo, a diferencia del procedimiento tramitado con anterioridad por estos mismos hechos, no todo los afectados que reclamaron previamente lo han hecho ante la referida Consejería. Así, las indemnizaciones solicitadas en este caso son las siguientes:

- A.D.D. y su esposa G.D.R. reclaman, cada uno de ellos, 150.000 euros por el fallecimiento de su hijo E.D.D.

- A.L.M.P., en nombre y representación de P.M.P.D., su esposa I.F.F. y la hija de ambos A.P.F., reclama por el fallecimiento de la hija y hermana de sus representados 150.000 euros para cada uno de ellos; en nombre y representación de G.J.R.R.G. y M.M.J.A.V., reclama 150.000 euros por el fallecimiento de su hijo G.R.A.; finalmente, en nombre y representación de F.J.S.I. y de S.S.F., reclama por el fallecimiento de su hijo J.J.S.S. 150.000 euros para cada uno de ellos.

- C.A.G.S., D.P.P., I.J.M., J.F.G.G., O.B.T., y K.V., reclaman, en nombre propio y por los daños morales padecidos, 3.000 euros para cada uno de ellos.

- Así mismo, reclaman por las lesiones y los daños morales sufridos F.B.B. 3.649,28 euros, N.H.R. 5.555 euros, M.E.T.G. 8.533,63 euros, y L.G.G. 19.897 euros.

5. En el análisis a efectuar de la adecuación jurídica de la PO son de aplicación tanto la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), siendo una materia cuya regulación no ha sido desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

También lo es específicamente la normativa reguladora del servicio concernido en este caso.

## II

1. El procedimiento se inició con la presentación de los distintos escritos de reclamación, lo cual se hizo entre el 5 y el 12 de marzo de 2010, después de haberse tramitado un procedimiento penal que finalizó con el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial con sede en Santa Cruz de Tenerife, dictado el 6 de marzo de 2009, por el que se desestimó el recurso de apelación presentado contra el Auto de sobreseimiento provisional y archivo de la causa penal dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Icod de Los Vinos.

Por consiguiente, cabría que la reclamación presentada el 12 de marzo de 2010 por varios afectados, en nombre propio y de forma conjunta, fuese extemporánea al presentarse fuera del plazo establecido en el art. 141.4 LRJAP-PAC, aunque siempre y cuando el Auto antedicho no hubiere sido notificado con posterioridad al 12 de marzo de 2009, estando en su caso consecuentemente prescrito su derecho a reclamar. Por supuesto, es claro que a este propósito es determinante la fecha de notificación y, por ende, de conocimiento del Auto por los reclamantes, no produciéndose el efecto antedicho de haberlo conocido el 12 de marzo de 2008 o después.

Por otro lado, se deduce de la documentación remitida que se ha procedido por parte de la Administración a la acumulación de las reclamaciones de los afectados para ser tramitadas en un único procedimiento, pero no consta en el expediente el preceptivo Acuerdo al efecto, que no obstante no es recurrible.

2. La tramitación del procedimiento, en todo caso, se ha producido de acuerdo con la normativa aplicable al respecto, particularmente en su fase de instrucción.

En este sentido, se ha efectuado el trámite de vista y audiencia y no el probatorio, del que sólo se puede prescindir para no incurrir en vicio invalidante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80.2 LRJAP-PAC, cuando los hechos alegados por los interesados se tengan por ciertos. Lo que ocurre en este supuesto, por lo que

no se les causa indefensión y no es, por ende, procedente la retroacción de actuaciones a los efectos pertinentes.

Finalmente, obran en el expediente tanto una primera Propuesta de Orden resolutoria, emitida el 30 de marzo de 2011, como otra que carece de fecha, aunque de su contenido se deduce que es posterior a la anterior.

3. Por tanto, se ha incumplido con creces el plazo resolutorio del procedimiento, sin justificación al respecto y sin motivo procedimental alguno al respecto, aunque ello no obsta a que se resuelva expresamente, si bien los interesados hace tiempo que pudieron entender desestimadas sus reclamaciones (arts. 42.1, 43.1 y 142.7 LRJAP-PAC).

Precisamente, en el expediente consta que los reclamantes han interpuesto los correspondientes recursos contenciosos-administrativos, existiendo emplazamientos de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo números 1 y 4, de los de Santa Cruz de Tenerife, en relación con los interpuestos contra el Consejo Insular de Aguas de Tenerife, así como solicitud de copia del expediente efectuada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, figurando como demandada, entre otros, la Consejería de Empleo, Industria y Comercio.

Sin embargo, esta circunstancia tampoco obsta ni condiciona el cumplimiento de la obligación legal de resolver el procedimiento, salvo en el hipotético caso de que hubiera recaído sentencia firme.

### III

1. Por lo que se refiere al requisito legalmente establecido para reclamar y hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (art. 142.1 LRJAP-PAC) de legitimación activa, es claro que los reclamantes son interesados en cuanto titulares de un interés legítimo, puesto que alegan haber sufrido daños como consecuencia del funcionamiento incorrecto de un servicio público, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

Además, es incuestionable que esos daños son efectivos, evaluables económicamente, estando como se dijo en efecto evaluados, e individualizados en relación con personas (art. 139.2 LRJAP-PAC).

2. Sin embargo, la competencia de la Administración autonómica para tramitar y resolver las reclamaciones es una cuestión que discute el instructor del

procedimiento, estando tratado en la propia Propuesta objeto del presente Dictamen como cuestión de fondo, pese a que, además y previamente, se entiende prescrito el derecho a reclamar.

A. Pues bien, ha de recordarse que, en el citado Dictamen 46/2011 y al analizar la normativa aplicable en materia de seguridad de galerías de agua, se razona que lo es la contenida en el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (RGNBSM), aprobado por el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril.

Así, el art. 1 de dicho Reglamento dispone que en éste se recogen las reglas generales de seguridad a que se sujetarán las explotaciones subterráneas de minas o de aguas y excavaciones a cielo abierto o subterráneas siempre que, en cualquiera de los trabajos citados, se requiera la aplicación de técnica minera o el uso de explosivos.

En consecuencia, la explotación de una galería de agua, como la aquí afectada, está sujeta a dicho Reglamento y, por tanto, ha de tener las medidas de seguridad previstas en el mismo; esto es, a tales efectos la galería de agua es una mina, aunque ya no estuviera en efectiva explotación, habiendo sido abierta con tal fin y funcionado durante cierto tiempo.

Más adelante, se reitera en el Dictamen que la ordenación aplicable a la galería en el momento del hecho lesivo es el RGNBSM, equiparándose las minas a las galerías de agua o, si se prefiere, a las explotaciones de aguas subterráneas mediante galerías, no siendo relevante al respecto el carácter público o privado del aprovechamiento, o bien, si realizada la instalación o infraestructura, ésta está activa o abandonada, de modo que las galerías en desuso o explotaciones abandonadas siguen estando sujetas a sus normas.

En este orden de cosas, el art. 32.9 del Estatuto de Autonomía prevé que a la Comunidad Autónoma le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de régimen minero, aunque ajustado a sus singulares condiciones, con especial alusión a la seguridad en la minería del agua. Lo que, además de una habilitación funcional, normativa y ejecutiva, supone reforzar la equiparación entre galerías de aguas y minas o las explotaciones mineras a las hidrológicas mediante galerías subterráneas, al menos a efectos de seguridad.

Así, no sólo desde el punto de vista normativo, como es perceptible, al ser diversa la regulación aplicable a cada caso, sino material y técnicamente, ha de

singularizarse esta concreta materia de seguridad minera y, por ende, la galería de agua en cuanto mina en relación con cualquier otra infraestructura o instalación hidrológica y sus normas de control.

En esta línea, se advierte que es significativa la regulación del art. 124 de Ley de Aguas de Canarias, estableciendo el elenco de infracciones administrativas en la materia, con desarrollo en el Reglamento sancionador en materia de Aguas. Así, todas y cada una de ellas están dirigidas exclusivamente a proteger el dominio público hidráulico y los distintos aprovechamientos del agua, incluidos los referidos en la disposición transitoria tercera de la Ley. Y, teniendo entonces competencias los Cabildos en materia de policía de aguas y, más concretamente, de obras hidráulicas superficiales, sin embargo las funciones correspondientes a esta competencia material no se extendían a la seguridad en relación con las galerías de agua, que, en cuanto minas, tienen su regulación propia al respecto y una Administración específica competente para aplicarla, que es la minera y autonómica, pero no la hidráulica e insular.

Por todo eso, el Dictamen concluye que, en las fechas que interesan, que son las mismas que importan en el asunto ahora analizado, las facultades y funciones de la Administración en la materia no correspondían a los Cabildos Insulares, o a sus respectivos Consejos Insulares de Aguas en su caso, sino a la Administración autonómica, no habiendo sido realizada la pertinente transferencia al efecto.

No obstante, se apuntaba en el Dictamen la posible involucración de otro servicio público en la cuestión, con sus funciones correspondientes, incluidas eventualmente las de seguridad de su funcionamiento y uso, cual es el medioambiental. Y es que la galería de agua donde suceden los hechos se encuentra en un Parque Natural cuya gestión puede corresponder a una Administración diferente al CIAF, aunque, eventualmente, también insular.

En efecto, tal Administración gestora ha de velar por la seguridad en el uso del espacio natural, asumiendo el deber de señalar los senderos y sus posibles dificultades y riesgos, particularmente cuando se dirigen a lugares peligrosos o se conectan a caminos con peligro, debiendo estar bien indicados y diferenciados, sobre todo de estar cerca o asimilarse de algún modo a otras sendas ajenas o no utilizables. Por eso, de lo contrario, cabría sostener que esta Administración puede ser responsable por actuación omisiva o incorrecta de producirse daños.

**B.** Sin embargo, la Administración autonómica considera que carece de competencia en relación con la galería de aguas de referencia.

Ante todo, la PO señala que, de acuerdo con el criterio del Servicio de Minas y desde el punto de vista de la competencia minera, la explotación de una mina constituye la esencia de su actividad y, por tanto, al cesar no hay razón alguna para mantener la instalación, debiendo procederse entonces a su abandono con las garantías suficientes para la seguridad de las personas y bienes. Y, por otro lado, en las obras de captación de aguas subterráneas, la explotación del recurso se produce una vez ejecutadas las obras y la actividad empieza cuando acaban éstas, con las salvedades de trabajos de explotación y perforación simultáneos, de modo que, aun no existiendo abandono de la explotación, hay un cambio de actividad, de la minera a la hidráulica.

Por lo tanto, se deduce que la competencia sobre seguridad de las galerías le corresponde a la Administración hidráulica. Así, respecto al aforo y a los equipos e instalaciones destinados al aprovechamiento de caudales y su medición, son los técnicos de esta Administración los que toman las decisiones sobre la obra hidráulica que se somete a su inspección, que se entiende como un todo, según se infiere del examen del Plan Hidrológico de Tenerife.

En este orden de cosas, construida una galería, ésta debe adaptarse a los requerimientos de la Administración hidráulica, aforarse debidamente y mantenerse en correcto estado de explotación, sin cambios o alteraciones al margen de lo autorizado. Por eso, el cumplimiento de las obligaciones hidráulicas por su titular exige la intervención administrativa en la galería para su control, debiendo aquél notificar anualmente a la Administración hidráulica las obras realizadas, la situación de los caudales de la explotación y el resultado de los análisis físico-químicos de las aguas extraídas, así como cualquier incidencia relacionada con los trabajos y alumbramientos.

C. Ahora bien, en coherencia desde luego con lo recogido en el Dictamen 46/2011 sobre este extremo competencial, con obvia incidencia en la legitimación para conocer y resolver este procedimiento, se ha de observar lo siguiente.

- En lo que se refiere al abandono de la galería, siendo cierto que se produjo alrededor de 50 años atrás, esta circunstancia no conduce, como parece entender la Consejería actuante, a un cambio competencial, en cuanto que, ocurrida, la competencia sobre la seguridad de la galería de agua pasa de la Administración minera a la hidráulica.

Tal argumento es, en primer lugar, aparentemente contradictorio con el sostenido después para defender también la competencia de la Administración hidráulica, haciéndose referencia a las funciones de ésta sobre galerías en explotación y el Plan Hidráulico. Pero es que, aparte de no existir ya la explotación al ocurrir el hecho lesivo, y hacía mucho tiempo desde su abandono, no puede negarse que la galería, explotada o no, es una mina. Y sigue siéndolo pese a la circunstancia de su abandono, no siendo entonces en cualquier caso una explotación hidráulica. En este sentido, el art. 1 RGNBSM, con el respaldo estatutario mencionado, distingue en su aplicación entre galerías en uso o abandonadas, siendo minas a los fines de seguridad, específica y primordialmente.

Por eso la propia PO ha de admitir que, en el caso de galerías de agua, su sujeción a las normas de seguridad minera viene determinada por la técnica de esta naturaleza en su construcción, no por la finalidad de obtener recursos minerales. Aunque habría que añadir que tal técnica continúa utilizándose en la explotación de la galería una vez terminada su construcción y que la normativa y funciones de seguridad están perfectamente diferenciadas de la hidráulica.

Y, consiguientemente y como se señaló antes, esta cuestión está tratada congruentemente en la legislación hidráulica, que no la contempla, y en la subsiguiente normativa de transferencia de funciones al respecto, refiriéndose aquella y ésta siempre a actuaciones hidráulicas, pero nunca a las de seguridad minera, dentro o fuera de la mina o galería.

- Cabe advertir en este momento también que la Administración autonómica yerra al sacar determinadas conclusiones sobre el hecho de que, incumpléndose la obligación normativamente prevista al efecto, el abandono no se notificó por el titular de la galería a la Administración, por cierto la minera y no la hidráulica; razón por la que se le hace a aquél responsable exclusivo de los daños que se causaren luego, como los aquí producidos.

Así, la Administración aduce que el artículo 82 del Reglamento de Policía Minera de 1934 establecía, en su párrafo final, que el concesionario o explotador de una mina que la abandone sin cumplir previamente las anteriores disposiciones, asume tal responsabilidad, al no comunicar como debía a la Administración estatal tal abandono en orden a la realización de una inspección, con levantamiento de Acta y, en su caso, la posterior orden de cerramiento.

Actualmente, se contiene en el RGNBSM, en su Capítulo XII ("Suspensión y abandono de labores"), el art. 167, en el cual se dispone que el explotador de una

mina que se proponga abandonar su laboreo, total o parcialmente, ha de recabar de la Administración la autorización, estando obligado a tomar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la seguridad de personas y bienes. Y también las precauciones adecuadas cuando el abandono pueda afectar al entorno.

Sin embargo, además de que estos deberes no excluyen sin más las funciones de vigilancia y control de la Administración competente, en principio minera, con lo que ello supone, ocurre que, con adecuado ajuste a la Constitución vigente y su entendimiento de la Administración pública, con sus fines y deberes o responsabilidades, la actual normativa difiere sustancialmente de la precedente y preconstitucional. Por ello, en particular y en relación con lo antedicho sobre las funciones administrativas de seguridad minera, no se dispone que el incumplimiento de obligaciones del titular sobre el abandono de la explotación siempre genera su completa y exclusiva responsabilidad por daños y perjuicios a terceros, exonerando totalmente a la Administración frente a éstos.

En definitiva, la regulación vigente y aplicable no sólo prevé un deber *in vigilando* a la Administración minera, extremo sobre el que se ha de volver al analizar el fondo del asunto, sino que no excluye por definición la responsabilidad de la Administración, no atribuyéndosela al explotador infractor sin más.

Finalmente, no está de más recordar que el traspaso de funciones de la Administración estatal a la autonómica en la materia se efectuó mediante los Reales Decretos 2575/1982 y 2091/1984. Por tanto, existiendo supuestamente abandono de la galería desde 1945, es patente que el deber *in vigilando* y las correspondientes funciones de seguridad de la Administración le correspondían a la autonómica a partir de las fechas antedichas y, sin duda, al aprobarse el RGNBSM, incluyendo todas las galerías afectadas, entre ellas la de referencia, cuya existencia debió ser advertida en la transferencia o detectada por los servicios de la Administración la minera o cualquier otra con funciones en la zona.

- Retornando, por último, al argumento de que la competencia en esta materia de seguridad corresponde a la Administración hidráulica y, por tanto, del Cabildo al serle transferidas por la Administración autonómica las correspondientes funciones, incluyendo las galerías de agua pese a ser minas y ser aplicable el RGNBSM, se recuerda que la base para sostenerlo es que, autorizado el aprovechamiento e inscrito de forma cautelar en el Registro de Aguas, la galería es considerada obra hidráulica y pasa a la supervisión de la referida Administración hidráulica, a la que

corresponde la llamada policía de aguas y, por tanto, la protección de la instalación y su explotación.

Sin embargo, esta circunstancia no puede mantenerse contraviniendo lo que se ordena en la legislación aplicable, tanto minera como hidráulica, según ya se expuso. Así, en la definición de funciones propias de la policía hidráulica no se incluye la seguridad minera, interna o externa, de las minas o galerías, ni tal seguridad se ha transferido a los Cabildos, particularmente respecto a galerías de agua y, en especial, las abandonadas.

Es cierto que en esta cuestión pudiera ser relevante el Decreto 232/2008, que regula la seguridad de las personas en las obras e instalaciones hidráulicas subterráneas de Canarias, pero esta norma no es *aquí* aplicable *al entrar* en vigor después del hecho lesivo.

Además, su art. 5, después de advertir, como no podía ser de otro modo, la aplicación del RGNBSM en el interior de la explotación o galería, con las especificaciones que señala a los fines asimismo indicados, advierte que la inspección corresponde al órgano competente en materia de minas, y no hidráulica, debiendo aquél también aprobar las disposiciones de seguridad interna de cada galería o instalación subterránea.

Y tampoco cabe sostener de modo jurídicamente adecuado que, al menos exteriormente, la competencia de seguridad no es minera y, por tanto, su titularidad y responsabilidad esencial y propiamente dichas no es autonómica, sino hidráulica e insular, pues ello no se ajusta a la normativa aplicable antes citada, sin ser desde luego el referido Decreto una normativa de traspaso de funciones, particularmente cuando no esté en explotación la galería.

Así, la actuación supervisora contemplada en el art. 27 de dicho Decreto no tiene acomodo en el concepto técnico de policía hidráulica técnicamente y, sobre todo, tal como está legalmente definida en su objeto, funciones y finalidad; máxime no habiendo actividad, ni instalación operativa. Y, en todo caso, no puede excluir la específica seguridad minera propiamente dicha y legalmente determinada por el legislador competente en la materia, en principio el estatal (art. 149.1.26 de la Constitución y 32.9 del Estatuto de Autonomía).

Por tanto, la previsión comentada del art. 27 del Decreto 232/2008 ha de interpretarse, en orden a salvar su validez y ajuste a la legalidad aplicable, estatal y autonómica, en el sentido de actividad complementaria de policía hidráulica y

coadyuvante para la seguridad minera, que es competencia de la Administración minera y autonómica, pero no la hidráulica y de los Consejos Insulares de Aguas, análogicamente a la previsión relativa a la seguridad minera interna que se recogen en el mismo precepto.

Por lo demás, no tendría sentido que la seguridad minera corresponda a la Administración hidráulica cuando no hay explotación y a la minera cuando la hubiere, advirtiéndose que, así como una galería en explotación tiene, sin duda, un aspecto o variante hidráulica a los efectos oportunos pero sin desconocer el minero y, en particular, la seguridad, la galería abandonada ya no tiene tal aspecto y difícilmente puede ser calificada de instalación hidráulica en puridad, pero sigue siendo una mina, especialmente a fines de seguridad.

3. La Administración actuante considera que ha prescrito la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración en el presente asunto, pues el procedimiento penal tramitado con carácter previo y finalizado, como se dijo, no ha producido la interrupción del plazo de prescripción, asumiéndose al respecto lo mantenido en el Informe del Servicio Jurídico.

En efecto, se alega que a dicho Servicio Jurídico no le consta la existencia de un acto judicial de imputación formal dirigido contra el personal al servicio de esta Administración, ni tampoco de exigencia de responsabilidad civil subsidiaria a la misma, por lo que no hay recepción por ella de citación alguna para su comparecencia como imputada o como responsable civil subsidiaria en el citado procedimiento penal. Por tanto, no se interrumpe el plazo antedicho en relación con la Administración autonómica.

En esta cuestión, sin embargo, este Organismo de forma reiterada y constante, en línea por lo demás con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), mantiene la plena eficacia del inicio de los procesos o procedimientos penales, incluyendo las diligencias previas, para producir la interrupción del plazo de prescripción de la acción administrativa para reclamar indemnización por daños a la Administración responsable del servicio que ha causado daño.

Precisamente, en esta tesis se ha de inscribir la manifestación contenida en la Sentencia de 17 de noviembre de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, que aduce el Servicio Jurídico para pretender apoyar su opinión, según la cual tal interrupción se produce no sólo por la iniciación de una actuación o proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada

la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir responsabilidad a la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada. En idéntica línea pueden citarse Sentencias de 26 de mayo de 1998, 21 de marzo de 2000, 16 de mayo de 2002, 23 de mayo de 2008 y 3 de marzo de 2010, todas del propio Tribunal Supremo.

Desde luego, se comparte la argumentación del Servicio Jurídico en lo concerniente a la capacidad interruptiva del proceso civil, exigiéndose por los Tribunales, invariablemente, que se hubiera exigido responsabilidad civil a la Administración a la que, posteriormente, se le fuera a exigir responsabilidad administrativa. Por eso, sólo se produce el efecto de interrumpir el plazo de prescripción de la acción para reclamar si la acción civil se ha dirigido contra la Administración prestadora del servicio o cuya actuación generase daño, pues, de lo contrario y de dirigirse contra un particular, no hay interrupción por ello, debiéndose reclamar entonces también contra aquélla. Pero este no es el caso en esta ocasión.

En este supuesto, por tanto, habiéndose producido diligencias penales previas, que han de considerarse en lo que aquí importa un procedimiento penal, ha de estarse plenamente a la tesis de la *actio nata*. Esto es, se interrumpe el plazo para la prescripción por la tramitación de aquéllas, iniciándose tras finalizar por decisión judicial en cuanto son determinantes para que el interesado, a la vista de los hechos y su causa o efectos, pueda conocer que existe daño patrimonial indemnizable y contra quien puede reclamar al respecto, incluida la Administración a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial mediante el ejercicio de la acción para reclamar, computándose desde ese momento el plazo de prescripción.

Circunstancia que, aun cuando no se produce en este supuesto y siempre sin obstar a lo antes expuesto o en todo caso, es extensible a la tramitación de proceso penal propiamente dicho, en especial pero no exclusivamente cuando aquél se sigue contra funcionario, empleado o servidor público, independientemente de que se omita referencia a responsabilidad civil subsidiaria o garantista de la Administración en la que se integra, aunque siempre que esté involucrada una actuación administrativa a la que pudiera imputarse la causa del daño.

En todo caso, presuponiendo que en este caso existe similitud de objeto y causa, como no parece discutible, ni se discute por la Administración, la identidad de sujeto no puede referirse a la Administración, cuya actuación estaría tipificada como delito y hecho lesivo, pues las personas jurídico-públicas no sólo no pueden ser sujetos activos de delitos o faltas, sino que no pueden tampoco asumir como tales

responsabilidad penal (arts. 31 bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 5/2010).

Y, en fin, por lo que se refiere al argumento de que, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), para que se produzca la interrupción de la prescripción es preciso un acto de intermediación judicial, procedente del Juzgado o Tribunal, en relación con la interpretación y correcta aplicación del artículo 132 del Código Penal, ha de observarse que tal consideración se refiere, específicamente, a la prescripción de los delitos y, por ende, a la prescripción de la acción penal, pero no a la de la acción para reclamar. Además, aquí se ha producido sin duda una actuación procesal penal por decisión judicial.

## IV

1. La Propuesta de Orden desestima las reclamaciones efectuadas, que no las inadmite, como debiera al entender el órgano Instructor que la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial diamante del hecho lesivo había prescrito en el momento en el que se presentaron la totalidad de las reclamaciones.

En la misma línea, también se debiera haber inadmitido las reclamaciones si, según trata de justificar en la PO, la Administración carece de funciones y, por ende, de responsabilidad en la materia, no procediendo tramitar y resolver el procedimiento indemnizatorio.

2. En el presente asunto, el hecho lesivo, que no ha sido puesto en duda por la Administración, ha resultado acreditado en virtud de la documentación que obra en el expediente. Y, en relación con esta realidad, ha de sostenerse que el funcionamiento del servicio ha sido deficiente en cuanto que la Administración competente, la minera o con competencias en materia de minas, autonómica como se ha razonado, no ha cumplido con su deber *in vigilando*, sin haber realizado inspecciones periódicas de la galería de agua "Piedra de los Cochinos", no ya con la frecuencia necesaria, sino en absoluto para constatar los diversos incumplimientos de la normativa minera de seguridad. Lo que comporta que la seguridad de la galería, tanto en el exterior, como sobre todo en el interior no fuera adecuada ni suficiente para evitar hechos como el aquí producido.

Según se expuso en el Dictamen 46/2011, está acreditado que en las veredas existentes en el lugar de los hechos y en la zona donde se ubica no había señalización que informara a los usuarios que por ellas se podía acceder a una galería de agua y

mucho menos que no podían ser utilizadas por excursionistas o senderistas, ni siquiera con ciertos límites o condiciones.

Además, la galería carecía, en su exterior y en su interior, de señales o avisos que advirtieran que se trataba de una infraestructura de esta naturaleza y, por eso, que en ciertos tramos podían existir gases tóxicos o aún letales y un contenido de oxígeno insuficiente para respirar; circunstancias que en efecto acontecían en este caso según técnicos intervinientes como consta en el Informe de la Guardia Civil. Y tampoco había en la bocamina señal de prohibición de entrada a la galería al personal no autorizado, ni mucho menos estaba cerrada.

Por el contrario, la canalización que atravesaba los dos barrancos y que pretendían emplear los excursionistas, sita en las inmediaciones de la galería de agua, según el Informe emitido por el Ministerio Fiscal en el proceso penal contaba con barras metálicas en su entrada y con un cerrojo, aunque éste no estaba puesto, pudiéndose entrar; todo lo cual se observa con claridad en el material fotográfico adjunto al Informe de la Guardia Civil.

Por otra parte, en los Informes emitidos se señala que tanto bomberos como agentes de la Guardia Civil actuantes en el rescate, pese a emplear material apropiado al efecto, sufrieron anoxia, aturdimiento y pérdida de conciencia; lo que implica que en la galería se incumplía la normativa en materia de seguridad minera, aunque no estuviera en efectiva explotación, pero abriéndose a ese fin y funcionando cierto tiempo. Desde esta perspectiva y por su inactividad, no parece que pueda ser calificada de obra o explotación hidráulica en el momento del hecho lesivo, especialmente para evitar la aplicación del RGNBSM por la Administración minera y hacer aplicable las normas sobre policía hidráulica por la Administración de aguas, según se expuso anteriormente.

2. Concretamente, al no tener la galería señalización en la vereda que conducía la misma, se incumplía el art. 27 del citado Reglamento, según el cual las instalaciones exteriores de las explotaciones mineras subterráneas y los caminos que conducen a ellas estarán eficazmente señalizados, con separación de las propiedades vecinas, en orden a que nadie pueda entrar en ellas inadvertidamente, siendo extensiva esta norma a las excavaciones abandonadas.

A mayor abundamiento, la bocamina no estaba cerrada, ni prohibida su entrada o advertido el peligro de hacerlo, incumpliendo lo establecido en el Reglamento en sus arts. 28, prohibiendo la presencia de personas no autorizadas en las instalaciones o de las que comprometan la seguridad de los trabajadores o la suya propia, y 71,

ordenando que, en las minas no activas y sin ventilación, se señalizará la entrada con dos póster cruzados y se advertirá la prohibición de paso, mientras que, de estar abandonadas, se aislarán herméticamente de acumular de gases o existir atmósferas irrespirables.

Desde luego, a la luz de la regla tercera del punto 15 del Anexo del Reglamento, la galería tenía zonas peligrosas. Así, al menos a partir de 1.400 metros de la boca, pero posiblemente antes, había gases peligrosos, cuando debía señalarse estas zonas de manera claramente visible.

En este sentido, de haber existido tal señal, con toda probabilidad se hubiera evitado el hecho lesivo o, al menos sus letales efectos, al percibir los excursionistas el peligro, que era conocido por los titulares de la galería y debería haberlo sido por la Administración con competencia en la materia. En efecto, de acuerdo con el art. 15 RGNBSM, la autoridad competente podrá, por iniciativa propia o de parte interesada, girar visita total o parcial a las instalaciones, levantando acta de su estado con respecto a su proyecto inicial y a este Reglamento y sus Instrucciones Técnicas Complementarias, aunque estas inspecciones puedan ser realizadas por entidades colaboradoras, siendo obligatorio permitir la entrada y facilitar la inspección a los ingenieros actuarios y personal auxiliar que le acompañe, así como a los técnicos oficialmente autorizados por las autoridades mineras.

3. Por tanto, está acreditada la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y los daños sufridos por los interesados, aunque concurre concausa en la producción del hecho lesivo imputable a éstos, pues su actuación fue imprudente, si bien esta circunstancia solo tiene entidad suficiente para limitar la responsabilidad de la Administración, pero no para quebrar dicho nexo causal, disminuyendo el *quantum* indemnizatorio según se expresara.

Antes se ha expuesto, asumiendo lo indicado al respecto en el Dictamen 46/2011, la razón de esta limitación y su entidad, remitiéndonos ahora a lo dicho entonces. Basta con recordar que, aun existiendo imprudencia en la conducta de los interesados, se daban circunstancias relativas a la galería y al Parque Natural de ubicación ajenas a ellos, que no podían evitar o controlar y que son esenciales para la producción del hecho lesivo, todas las cuales también se han indicado, llegando a confundir alguna de ellas a los excursionistas en su proceder.

En definitiva, pese a su conducta imprudente, a los afectados no se les pueden exigir la total asunción de un riesgo que no tenían el deber de conocer en su

naturaleza y efectos, exigiendo la normativa aplicable la señalización de su causa o avisos para evitarlo, la cual se incumplió, con consecuencias que afectaban a su conocimiento y aun capacidad intelectual en un cierto momento.

No obstante y por lo antes reseñado sobre el Parque Rural y sus senderos, se considera que concurre responsabilidad de la Administración titular de dicho Parque en el que se halla la galería, la cual debe velar por la seguridad en su uso, señalizando sus vías y zonas, con sus posibles dificultades y riesgos, especialmente cuando se dirigen a lugares de riesgo o de visita prohibida, como las galerías de agua, sobre todo abandonadas, advirtiéndoles su existencia y peligro, máxime de asimilarse las veredas para excursionistas con las que conducían a las situadas en la zona, con instancia a que actuase en su caso la Administración competente, cual actualmente hace el art. 27 del Decreto 232/2008.

4. La Propuesta de Orden resolutoria, que desestima las reclamaciones presentadas, es contraria Derecho, pues, por las razones expuestas, procede la estimación parcial de las reclamaciones.

Así, según se ha razonado, los interesados deben asumir un tercio de la responsabilidad derivada del hecho lesivo y, por ende, no es indemnizable la tercera parte de los daños ocasionados a los interesados, valorados pertinentemente, teniéndose en cuenta que en este caso en algunos supuestos se trata de daños morales.

A su vez, en aplicación de lo dispuesto en el art. 140.2 LRJAP-PAC, le corresponde indemnizar a la Administración autonómica el 80% de dicha valoración correspondiente a los 2/3 de la responsabilidad a asumir por la Administración, pues, atendiendo a los criterios de competencia y la intensidad de su actuación, su responsabilidad es mayor que la de la Administración competente en materia medioambiental, que, sin embargo y como también se ha observado, debe asumir el 20% de tal valoración; sin perjuicio de que se pueda en su caso repetir contra los titulares de la galería de agua.

En todo caso, la cuantía de las indemnizaciones que corresponda abonar a la Administración autonómica, referidas al momento en el que se produjo el daño, han de actualizarse al momento de resolver el procedimiento, de acuerdo con el art. 141.3 LRJAP-PAC.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, procediendo estimar en parte las reclamaciones, con asunción por la Administración autonómica de la responsabilidad limitada por el hecho lesivo, según se expone en el Fundamento IV, debiendo indemnizar a los interesados en un 80% de las cantidades resultantes del montante indemnizatorio correspondiente a las Administraciones Públicas, obtenido de aplicar el índice de 2/3 a la valoración global que se determine de los daños producidos.