



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 8 de mayo de 2012.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.D.P.D., en nombre y representación de A.D.F.O. y A.M.E.G., por daños ocasionados a los cultivos de su propiedad, como consecuencia de los trabajos realizados en el Complejo Ambiental de Arico (EXP. 168/2012 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 28 de marzo de 2012, el Presidente del Cabildo de Tenerife solicita preceptivamente, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo (LCCC), dictamen por el procedimiento ordinario en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado a instancia de A.D.F.O. y A.M.E.G. (los reclamantes) por los daños causados a los cultivos de su propiedad, a consecuencia de los trabajos realizados en el Complejo Ambiental de Arico que se han prolongado durante los años 2007 a 2010, que evalúan en la cantidad de 119.989,20 €.

Ha de señalarse que este procedimiento de responsabilidad trae causa de otro anterior de recurso de revisión que fuera, en su día, dictaminado por este Consejo (DCC 253/2010, de 21 de abril), concluyéndose entonces con la retroacción de actuaciones a los efectos, particularmente, de realizar los trámites de prueba y posterior audiencia, rectificándose así la situación de indefensión en la que se había colocado a los interesados.

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

Se recuerda que el primer escrito de reclamación hacía referencia tanto a daños materiales en la producción agrícola como daños a las personas, efectuando una valoración de los daños, en el procedimiento de responsabilidad colectivo en su día incoado, por cuantía muy superior a la finalmente propuesta por la Administración, que no fue aceptada por los reclamantes, razón por la que los mismos reclamaron por su cuenta, dando lugar al procedimiento de responsabilidad cuya Propuesta de Resolución se dictamina, una vez cumplimentada la retroacción de actuaciones y la instrucción complementaria exigida.

2. La reclamación ha sido interpuesta por quienes se encuentran legitimados para ello, al ser propietarios de la finca rústica donde se hallan los cultivos, e invernadero, que han sido perjudicados por el polvo procedente de los trabajos realizados con ocasión de las obras ejecutadas en el citado Complejo medioambiental del Cabido Insular de Tenerife, actuando por representación bastante otorgada al efecto [arts. 31.1.a) y 32.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)].

La reclamación fue interpuesta en el preceptivo plazo de un año dispuesto legalmente [art. 4.2 del Reglamento de los Procedimientos Administrativos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad patrimonial (RPAPRP)]. El primer escrito de reclamación tuvo entrada el 25 de septiembre de 2007 -reiterado luego por uno de los reclamantes el 9 de enero de 2008-, siendo así que las obras a las que se imputan los daños comenzaron el 8 de febrero de 2007 y finalizaron el 13 de febrero de 2009, según informe de 11 de abril de 2011, del Jefe de la Unidad Técnica de Inspección (vid. Dictámenes 160/2008 y 304/2008 de este Consejo Consultivo).

Obra en las actuaciones el preceptivo informe del Servicio a quien se imputa la causación del daño (art. 10.1 RPAPRP); se ha abierto el trámite de prueba (art. 9 RPAPRP) y el de audiencia (art. 11 RPAPRP), finalizando las actuaciones con la formulación de la Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación presentada.

II

1. Los hechos generadores de la reclamación de responsabilidad cuya Propuesta de Resolución se dictamina son los siguientes:

Con fecha 25 de septiembre de 2007, M.D.P.D., actuando mediante mandato verbal concedido por A.M.E.G. y A.D.F.O., presentó reclamación de indemnización por daños causados por las obras realizadas en el Complejo Ambiental de Arico en "la agricultura y las personas", acompañándose la reclamación de pericia, de 9 de mayo de 2007, que estima los daños causados en 29.997,30 € anuales, actualizables durante al menos quince años.

El 9 de enero de 2008, A.M.E.G., sin mencionar que había autorizado el escrito de reclamación antedicho, presenta escrito ante el Cabildo en el que, de conformidad con lo que dispone el art. 98.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, interesa del Cabildo que se pronuncie acerca de a qué parte contratante corresponde la responsabilidad de los daños ocasionados, señalando expresamente el citado informe técnico que ya obra en esa Administración, e interesando la indemnización debida previa la práctica de las pruebas propuestas.

Mediante Resolución del Consejero de Medio Ambiente, de 7 de febrero de 2008, se tiene por presentado el escrito de reclamación, concediéndoseles a los interesados un plazo de 10 días para la aportación de la correspondiente escritura de representación; lo que se hace mediante escrito de 19 de febrero.

Con fecha 8 de abril de 2008 se dirige, al Consejero de Medio Ambiente, informe-Propuesta a elevar al Consejo de Gobierno Insular, en relación con los escritos de 25 de septiembre de 2007 y de 25 de enero de 2008. Por un lado, se propone ordenar la acumulación de los respectivos procedimientos y, por otro, se reconoce que los daños y perjuicios causados a los interesados son imputables al Cabildo Insular de Tenerife, fijándose una indemnización de 10.950 euros, autorizándose el gasto con cargo a partida que se identifica y notificándose a los interesados el 17 de abril a los efectos de que, en el plazo de 10 días, formularan las alegaciones y presentaran los documentos y justificaciones que estimaran oportuno, efectuándose así el trámite de vista y audiencia legalmente previsto.

El 24 de abril de 2008, se presenta por los interesados recurso de reposición contra el trámite efectuado y, por ende, la Propuesta de Resolución afectada, al considerar que se ha vulnerado el art. 11 RPAPRP, que obliga a que el procedimiento sea puesto de manifiesto a los interesados a efectos del trámite de audiencia, pues en la notificación recibida no obra la preceptiva relación de documentos obrantes,

que asimismo se solicita en el mencionado escrito, de modo que se ha causado indefensión de los interesados pese a tratarse de un acto de trámite.

El 9 de mayo de 2008, se emite informe que propone la inadmisión del recurso, toda vez que se trata de un acto de trámite no susceptible de recurso.

El 12 de mayo de 2008, el Consejero de Medio Ambiente dicta Resolución por la que acuerda inadmitir el recurso de reposición presentado, asume el informe-Propuesta, lo que se notifica a la representante legal de los interesados el 22 de mayo de 2008.

El 4 de julio de 2008, se presenta recurso de revisión contra la citada Resolución, cuya Propuesta de Resolución fue dictaminada por este Consejo (DCC 253/2010, de 21 de abril), acordándose, en lo que al procedimiento de responsabilidad concierne, que procedía la retroacción de actuaciones en el procedimiento de responsabilidad incoado, a fin de que se verificara la práctica de los trámites probatorio y de audiencia, de conformidad con las exigencias legalmente previstas, tras lo que se deberían abordar y resolver todas las cuestiones planteadas por los interesados en Propuesta de Resolución que debería ser dictaminada por este Consejo.

Con fecha 17 de noviembre de 2010, el Consejero Insular de Medio Ambiente ordenó la retroacción dictaminada, con conservación de actos, que se relacionan, y acordó la apertura de un periodo de prueba.

Con fecha 24 de noviembre de 2010, se ratifica en su pericia de 10 de mayo de 2007, el ingeniero agrónomo M.A.C.A. que había emitido informe pericial sobre los daños, materiales causados a los invernaderos como consecuencia del polvo procedente de las obras del Complejo ambiental de Arico, cuantificando los daños en 29.997,30 euros anuales, "al objeto de reparar el daño continuo", como "indemnización razonable y proporcional a los perjuicios reales sufridos por el agricultor, que se traducen en una manifiesta y notoria pérdida de aprovechamiento agrícola".

En cumplimiento de lo ordenado, los reclamantes presentan escrito de 20 de enero de 2011 en el que, en base tanto en pericia propia como en el informe administrativo del Cabildo, se reafirman en los términos de su reclamación inicial (29.997,30 euros anuales), es decir, 119.989.20 euros desde 2007 hasta 2010, proponiendo como prueba, además de la documental, el "reconocimiento e inspección por parte de técnico de la Corporación [sobre (...)] la cercanía de los

invernaderos (...) a la celda nº 3 y su estado actual dado el continuo movimiento de tierras para seguir tapando los dos huecos de las celdas que siguen funcionando”.

2. El 11 de abril de 2011, el Jefe de la Unidad Técnica de Inspección emite informe con el siguiente alcance:

La distancia entre obra e invernaderos es de 345 metros, medidos desde los centros geométricos, y de 80 metros desde los linderos de ambas parcelas; la no producción de los invernaderos se comprobó “mediante prismáticos”; las obras finalizaron el 13 de febrero de 2009; finalizadas las obras, la única fuente de polvo es la “propia explotación de la celda nº 13”

En cuanto al origen del daño, por cuanto atañe a la “falta de luz por obturación de las mallas del invernadero”, se informa que en la zona, a 400 y 900 metros respectivamente, existen sendas canteras en explotación, que originan asimismo polvo, sin que conste si adoptan o no alguna medida correctora, siendo así que, según informe emitido por ingeniero técnico agrícola del propio Cabildo, los cultivos pueden verse afectados si la fuente de polvo se encuentra “situada a 1.500 metros”.

Las demás causas del daño (“depósito del polvo sobre la masa foliar y floral” y el “aumento de la incidencia de insectos, ácaros, y hongos fitopatógenos”) son causas relacionadas con la primeramente señalada: es decir, “que existen otras fuentes origen del polvo”.

Por otra parte, el polvo procedente de la celda nº 13 se califica de “mínimo”; se indica que la única forma de determinar el grado de incidencia del polvo en hojas y flores es mediante “ensayos y estudios rigurosos”; y no existe “una correlación directa entre el polvo (...) y la proliferación de plagas y enfermedades”.

La presencia de roedores se califica de “normal”, su extinción, “prácticamente imposible”, sin contar con que en la zona existe una “explotación ganadera de cabras” y “acumulaciones de tomate de desecho”. En cuanto a la presencia de roedores, en el Dictamen 160/2008 dijimos; “De lo alegado por la Administración se infiere, primeramente, que el problema de los roedores es inherente al funcionamiento del servicio público de referencia y causado directa y exclusivamente por él. Esto implica la no concurrencia de fuerza mayor (...)”.

“Por lo tanto y en base a lo expuesto, la existencia de un población de roedores en un vertedero es un hecho previsible y propio e inherente al funcionamiento del

servicio por lo que la gran dificultad para erradicar a los roedores no excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración”,

En cuanto a los daños de las deposiciones de las gaviotas en la cubierta de los invernaderos, su existencia se califica de “esporádica”.

Finalmente, en relación con los daños personales causados en la salud de los trabajadores, se reitera que el polvo no procede únicamente de las obras del Complejo, por lo que no hay relación directa entre las mismas y el daño, sin que para su prueba se haya aportado “estudio riguroso que establezca dicha correlación”.

3. El 26 de abril de 2011, el Director de las obras a las que se imputa el origen del daño emite informe según el cual durante la ejecución de las mismas se adoptaron medidas para minimizar la generación de polvo (riego), siendo 43 los “días con condiciones para la emisión de polvo hacia el invernadero de referencia”. Se dice asimismo que en la zona existen “canteras” en explotación, una de las cuales tiene una ubicación que “coincide con los vientos alisios predominantes en la zona”, en dirección a los invernaderos.

Mediante escrito de 4 de mayo de 2011, los reclamantes, en periodo probatorio, manifiestan que en su momento solicitaron el reconocimiento e inspección del estado de los invernaderos, sin que conste que se hubiera procedido en el sentido propuesto.

Mediante escrito de 18 de mayo de 2011, los reclamantes, en trámite de audiencia, alegan –en base a los informes incorporados a las actuaciones del Jefe de la Unidad Técnica de Inspección, de 11 de abril de 2011, y del Director de las obras, de 26 de abril- que la distancia entre la celda de vertido y los invernaderos es de “ochenta metros”. Que si a tal fecha los invernaderos no están en producción es porque “no pueden producir en una situación tan alarmante para los cultivos”; que aunque las obras acabaron el 13 de febrero de 2009, la explotación de la celda nº 3 sigue afectando a la producción de la finca; no se ha resuelto la cuestión de los daños personales causados a los reclamantes, que no pueden trabajar en sus propios invernaderos, reiterando los términos de la reclamación y acompañando el escrito de los Dictámenes de este Consejo 160/2008 y 304/2008, sobre hechos de similar naturaleza.

Con fecha 15 de septiembre de 2011, se formula Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación presentada.

III

1. La posición que sostiene la Administración ha pasado de un reconocimiento parcial de la reclamación formulada (al reconocer en su momento una indemnización de algo más de 10.950 euros) a considerar que la reclamación debe ser íntegramente desestimada.

Concluye la Propuesta en que no hay relación causal “directa” entre la causa alegada y el daño causado, cuando de hecho se reconoce, aunque incongruentemente se le niega todo efecto.

Al parecer, en las inmediaciones existen otras actividades (canteras), se supone que legales, que también emiten polvo. Es por ello por lo que, desde esta perspectiva, la Propuesta es incongruente, pues asumiendo este hecho concluye en la desestimación de la reclamación cuando, reconociendo también que el Complejo emite polvo, hubiera debido reconocer parcialmente la reclamación.

Por ello, la conclusión de la Propuesta, siguiendo su propio planteamiento, no puede ser su llana desestimación, pues no cabe duda, y así lo corroboran las pericias e informes obrantes en las actuaciones, que las obras llevadas a cabo en el Complejo ambiental de Arico producían polvo que, acreditado está, causó merma en la calidad y cantidad de la producción agrícola afectada.

2. Estas consideraciones por sí solas justifican un dictamen contrario a la desestimación de la reclamación formulada.

Según se informa, hay una o dos canteras en producción. Aunque al parecer, solo una de ellas se encuentra en la línea del viento dominante hacia el invernadero afectado. Se encuentran, respectivamente, a 400 y 900 metros de distancia, siendo así que las actividades que han motivado la presente reclamación se hallan a 80 metros medidos desde el lindero y 345 metros medidos desde los centros geométricos de las parcelas. Estas distancias son menores que la distancia a la que se hallan las canteras.

3. Se pidió por los interesados el “reconocimiento e inspección por parte de técnico de la Corporación [sobre (...)] la cercanía de los invernaderos (...) a la celda nº 3 y su estado actual, dado el continuo movimiento de tierras para seguir tapando los dos huecos de las celdas que siguen funcionando”. No consta que se hubiera llevado a cabo tal inspección, por lo que no se ha podido acreditar la continuación del daño a pesar de haber terminado las obras. Sí consta en las actuaciones que los

invernaderos no estaban en producción, lo que se comprobó “mediante prismáticos” (sic), pero ello impedía, como pedían los reclamantes, la comprobación de los daños. Por otra parte, como manifiestan los propios reclamantes, los invernaderos no están en producción porque “no pueden producir en una situación tan alarmante para los cultivos” (vid. Informe del ingeniero agrónomo M.A.C.A, citado).

EL hecho determinante de la real causación del daño, se resuelve por la Propuesta calificando al polvo procedente del Complejo como “mínimo”, sin mayor base técnica y con manifiesta contradicción con los informes disponibles y la propia decisión administrativa en supuestos similares precedentes.

IV

1. La Propuesta de Resolución descalifica la reclamación manifestando que la misma viene ayuna de “ensayos y estudios rigurosos” y sin que se haya expuesto “ningún argumento de peso o estudio riguroso” que fundamente la relación de causalidad que se pretende. La Propuesta ignora que en su día la instrucción sí estableció esa correlación en base, precisamente a informe de la propia Consejería (“informe sobre la incidencia del polvo generado en los movimientos de tierra por las obras de la planta de tratamiento de residuos sólidos de Arico”, del Área de Aguas y Agricultura del Servicio de Agricultura y Desarrollo Rural, de junio de 2007). En este informe se hace mención a otro anterior de 1999, en el que se constató que el daño causado por el polvo era “relevante” en explotaciones ubicadas en el sentido del viento que se encontrarán “a menos de 1.500 metros”. Lo que determina que se dan las dos circunstancias para que la actividad en el Complejo produzca los daños por los que se reclama: distancia menor a 1500 metros y hallarse ambas actividades en la línea del viento dominante.

2. En igual sentido, no se entiende que se diga que no se ha acreditado que el polvo produzca enfermedades y plagas en los cultivos, cuando en el informe, citado, del propio Cabildo se dice que ese polvo causa “aumento de la sensibilidad de la planta a cualquier tipo de estés [problemas de plagas (...)] y de enfermedades (...) en cultivos con altos índices de deposición de polvo”. Lo que se acredita, asimismo, por la pericia de parte aportada a las actuaciones.

3. Ningún acto de instrucción se ha llevado a cabo en relación con daños personales, sanitarios, padecidos por los dos trabajadores del invernadero, pese a que fue cuestión reiterada por los reclamantes, si bien éstos no parece que aporten en el trámite probatorio, según el contenido del expediente remitido, estudio

cualificado de tales daños personales, aunque conste su existencia y, por tanto, proceda una actuación instructora al efecto.

4. Se dice en la Propuesta de Resolución -para excusar su responsabilidad después de esa fecha- que las obras finalizaron en febrero de 2009, pero, aunque con menor intensidad de emisión de polvo, finalizada su construcción, en la celda 13 se realizaban los trabajos propios de la instalación. Es decir, hubo disminución de emisión, pero no eliminación total del polvo, por lo que no cabe utilizar este argumento para desestimar la reclamación.

5. Los argumentos dados para soslayar cualquier responsabilidad procedente de los roedores -de erradicación "imposible"- y de las deposiciones de las gaviotas -"esporádica"- son insostenibles a esos efectos. Si se ha adoptado alguna medida, que no consta, es desde luego insuficiente, siendo por lo demás previsible que la existencia y funcionamiento del complejo genere esta incidencia en las propiedades o fincas vecinas, que se ven forzadas a sufrirla y, en principio, pasar por ella, pero sin deber soportar el daño que si les genera sin más.

6. Finalmente, la posible concurrencia de los efectos dañosos imputados a otras fuentes de similar carácter, dos canteras existentes en las cercanías, ha de ser efectivamente acreditada por la Administración, circunstancia no producida. Aparte de que, en todo caso, tan solo limitaría la responsabilidad administrativa al existir entonces concurrencia de causas en el hecho lesivo, determinándose la parte correspondiente en función del demostrado efecto dañoso en cada fuente y calculándose, en consecuencia, la indemnización a abonar.

Además, no puede obviarse, a estos efectos, la responsabilidad administrativa de orden ambiental en relación con tales canteras, siendo exigible, particularmente en relación con el asunto que nos ocupa, si la Administración competente ha controlado tanto la adopción por aquellas de medidas pertinentes para limitar la producción de polvo, como su correcto funcionamiento, especialmente cuando consta que éste se produce y puede afectar a bienes o cultivos próximos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho según se razona en los Fundamento III y IV, debiéndose indemnizar a los reclamantes en la cuantía de 119.989,20 euros.