



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 18 de octubre de 2012.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Consejo Insular de Aguas de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por H.M.P.P., en nombre y representación de A.M.S.P., por daños ocasionados en el inmueble de su propiedad, como consecuencia del funcionamiento del servicio público dependiente del Consejo Insular de Aguas (EXP. 440/2012 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Consejo Insular de Aguas de Fuerteventura (CIAF) por los daños que se alegan producidos por el mal funcionamiento del servicio de su competencia y, por ende, responsabilidad.

2. La solicitud del Dictamen es preceptiva [art. 11.1.D.e), de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias] y, de acuerdo con la interpretación de este Consejo Consultivo sobre la aplicación del art. 12.3 de dicha ley, está legitimado para emitirla el Presidente del referido Consejo Insular.

3. En el escrito de reclamación, el representante de la afectada manifiesta que el día 29 de noviembre de 2010 el barranco que va de Buenpaso a Azuay, a causa de las abundantes precipitaciones y la falta de cuidados por parte de la Administración, se desbordó causando la rotura de los muros de cerramiento de su finca, contigua a dicho barranco, y destrozos en las gavias de la misma, causándole daños valorados

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

inicialmente en 43.054 euros; valoración alterada posteriormente y fijada en 44.750 euros.

4. Además de la ordenación del servicio concernido, es aplicable la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), como normativa básica en la materia no desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias.

II

1. El procedimiento se inició con la presentación del antedicho escrito de reclamación el 1 de abril de 2011.

En lo que a su tramitación respecta, se observa que, acordado el trámite de vista y audiencia, se presentó escrito de alegaciones, tras lo que fue emitido informe complementario del Servicio, en el que se advierte que es mera ratificación del anterior, pero se aclaran al reclamante varios puntos del mismo en relación con sus indicadas alegaciones.

Al respecto conviene expresar que se debería haber dado traslado del último informe emitido a la interesada. Así, aún admitiéndose que no recoja datos o información total o sustancialmente diferente a la del primero, es lo cierto que se utiliza a fines resolutorios, incumpliendo la previsión del art. 84.4 LRJAP-PAC para poder obviar el trámite de vista y audiencia. Pero es que, además, la supuesta aclaración se realiza, confesadamente, para conocimiento de la interesada y en orden a rebatir sus argumentos, introduciéndose para ello argumentación nueva para apoyar la postura de la Administración.

No obstante, en este concreto caso se estima que no es forzosa la retroacción de actuaciones para subsanar la omisión de la audiencia, como vicio formalmente invalidante en principio. Ya que existen datos suficientes en el expediente para que este Organismo se pronuncie sobre el fondo del asunto, en relación con las cuestiones señaladas en el art. 12.2 RPAPRP; y, además, por las razones que luego se expondrán, tal omisión no genera indefensión ni le supone gravamen alguno a la interesada y porque su eventual subsanación en nada alteraría los hechos relevantes para resolver la cuestión debatida.

El 29 de agosto de 2012 y vencido el plazo resolutorio, se emitió la Propuesta de Resolución, sin justificación al respecto. Sin embargo, pese a que tal demora ha de conllevar los efectos administrativos pertinentes y, es claro, los económicos que

procedieren, cual aquí sucede, es obligado resolver expresamente [arts. 42.1 y 7; 43.1 y 4.b); 141.3; y 142.1 LRJAP-PAC].

2. Concurren los requisitos legalmente establecidos para poder hacer efectivo el derecho indemnizatorio, previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 139.2 y 142.5 LRJAP-PAC).

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación porque el instructor considera no producido daño indemnizable por la actuación administrativa, sin conexión entre ésta y el alegado al no existir un muro en la finca de la interesada arruinado por el desbordamiento del barranco contiguo, que, por lo demás, se encontraba en adecuadas condiciones.

2. Según el informe de la Administración, basado en documentación disponible sobre el inmueble afectado y el reconocimiento de la finca por sus técnicos, junto a un representante de la afectada, el muro perimetral de la parcela 83, contigua al barranco, es un mero "trastón" de tierra, que conforma las gavias a las que se refiere la interesada y sirviendo de caño de derivación de agua desde el barranco hacia tales zanjas para recoger aquélla. Además, los trastones de la parcela tienen restos de piedras sueltas, hecho indicativo de restos de un muro tradicional de piedra seca y sin aglomerado, destruido posiblemente en años anteriores (1987 o 1992).

En este orden de cosas, se aduce también que en otras parcelas cercanas al barranco, disponiendo también de gavias con idéntico propósito, con sus correspondientes trastones, no se produjo ningún daño por la crecida natural y ordinaria de las aguas, de modo que ha de considerarse que el trastón afectado de la interesada no estaba en las debidas condiciones para su uso, dirigiendo el agua excedente del barranco hacia la gavia para ser luego aprovechada cuando corría tras lluvias copiosas.

Justamente, según las fotografías aéreas que se adjuntan a la información producida, las aguas que discurren por el cauce propio del barranco han provocado la erosión de los trastones y el desgaste de las gavias, sin perjuicio de ser obvio que, por este motivo y para cumplir su fin, han de encontrarse en adecuadas condiciones. Lo que, desde luego, es hecho distinto a que la finca en cuestión dispusiera de un muro perimetral de contención frente a las aguas crecidas del barranco, destruido

por ellas en esta ocasión, pues no existe tal muro, ni el trastón allí situado tiene ese propósito.

Finalmente, se alega que la no producción de inundaciones en el entorno acredita que el barranco estaba en buenas condiciones de mantenimiento en el momento de las lluvias acaecidas que causaron la avenida de aguas por él.

3. A la vista de lo actuado, puede mantenerse que los argumentos de la Administración no han sido contestados suficientemente por la interesada en orden a privarles totalmente de valor probatorio; ni aquélla tampoco acredita que la crecida del barranco contiguo a su finca en el día de referencia fuese la única e inmediata causa del daño que alega. Es más, éste no se concreta en la destrucción o pérdida de las cosas que menciona, al menos en su integridad, concerniendo exactamente a un trastón de tierra con piedras de desvío de aguas excedentes del barranco a la finca y, en su caso, las gavias que las reciben.

No obstante, se reconoce por la Administración que las aguas del barranco, al discurrir por él tras llover suficientemente, pueden exceder el cauce natural y alcanzar las fincas contiguas, como ocurrió en el presente caso, erosionando muros o trastones de tierra allí existentes y, al hacerles perder su estado apropiado, obstar a que realicen debidamente su finalidad, pudiéndose dañar por ende las gavias que reciben el agua que canalizan.

En esta tesitura, se ha de tener en cuenta que, tratándose de dominio público el cauce de un barranco, incluidas sus riberas u orillas, corresponde a la Administración titular no sólo tenerlos en adecuado estado de limpieza y salubridad, sino, con los medios apropiados al efecto, controlar sus avenidas, evitando, salvo caso acreditado de fuerza mayor, que excedan del mismo y que las aguas desbordadas inunden o afecten terrenos o bienes privados contiguos o próximos.

En este caso no se alega, apropiadamente, fuerza mayor, pues no se trata de un evento no sólo ajeno al funcionamiento, antes descrito en sus funciones relevantes, del servicio, ni tampoco imprevisible o, aun siéndolo, inevitable en su producción o efectos. Por el contrario, se trata de una avenida normal y de producción conocida, al ocurrir con cierta frecuencia cuando llueve, siendo perfectamente controlable, al menos en orden a evitar su desborde y eventuales efectos, que se reconocen existentes y derivados de la acción de las aguas del barranco. Cabe añadir que éstas no se desbordaron en mayor medida probablemente por la existencia de gavias en las cercanías para captarlas.

Lo que no obsta a que, actuándose con respeto a los intereses generales y de los interesados, como son titulares de fincas contiguas, pueda ordenarse un mecanismo de aprovechamiento de las aguas que, eventualmente, discurran por el barranco, incluido un sistema parecido al actual, pero debidamente controlado y evitando efectos dañosos por los excesos de caudal.

Pero, por otro lado, no es menos cierto que la interesada conocía la situación y, desde luego, además de no tener muro perimetral propiamente dicho en su finca, se ha venido aprovechando del excedente de aguas del barranco mediante el mecanismo de gavias con trastones de canalización, tanto en esta ocasión, como en otras precedentes, sin atender a hacer las reparaciones pertinentes por la acción natural del agua en el trastón afectado, que, constatadamente, lo fue singularmente.

4. En definitiva, ha de concluirse que se ha producido un determinado efecto dañoso en la finca de la interesada cuya causa es en parte debida a una acción incontrolada por el Servicio competente de las aguas del barranco, continuada básicamente, al no evitarse su incidencia en terrenos privados contiguos especialmente cuando se desbordan.

Pero también es debido, y al menos en la misma medida, a la propia actuación de la afectada, que no sólo conocía tal circunstancia, sino que se aprovechaba de ella, sin atención a controlar o reparar el mecanismo utilizado para captar aguas que discurrían por el barranco o, en particular, desbordaban el cauce.

Por tanto, existe conexión entre el funcionamiento del servicio y el daño producido, siendo exigible la correspondiente responsabilidad administrativa, pero estando ésta limitada no sólo por concurrir concausa en la producción del daño, sino porque el objeto del mismo está reducido a la pérdida del trastón afectado en exclusiva.

En consecuencia, la Administración ha de indemnizar a la interesada en la mitad del costo que, acreditadamente y mediante informe técnico contrastado, suponga reponer el trastón de referencia a su estado inicial, teniendo en cuenta las dimensiones de la parte dañada y su consistencia, sin incluir la gavia en sí misma al no acreditarse daños en ella, coherentemente con el hecho de que su finalidad es, justamente, recoger las aguas del barranco.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto, concurre concausa en la producción del hecho lesivo y, por tanto, existe responsabilidad del CIAF por el daño producido, pero limitadamente y en los términos explicitados, procediendo indemnizar a la interesada en la concreta forma fijada en este Dictamen.