



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 2 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 14 de enero de 2013.

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 F.J.S.D., por daños personales ocasionados como consecuencia del funcionamiento del Consejo Insular de Aguas de Tenerife (EXP. 593/2012 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 Cabildo Insular de Tenerife en relación con una reclamación de indemnización por daños que se alegan causados por el funcionamiento del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, Organismo Autónomo dependiente de la citada Corporación Insular (CIAT).

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), siendo pertinentemente remitida por el Presidente del Cabildo mencionado 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 también del antedicho Presidente con motivo de la tramitación por la Corporación insular de reclamaciones de responsabilidad patrimonial presentadas por similares daños generados por la misma causa, como se aprecia en el expediente administrativo ahora remitido. Concretamente, el aquí reclamante participó en la excursión realizada el 10 de febrero de 2007 desde "Erjos

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

a Los Silos", incluyendo el pasaje que une el barranco de "Los Cochinos" con el de "Cuevas Negras" donde se encuentra la galería de agua donde ocurren los referidos hechos.

4. En este orden de cosas, se alega que, a consecuencia de la inhalación de gases, el afectado sufrió un desvanecimiento, cayendo hacia atrás y, por ello, padeciendo fuerte traumatismo en la espalda, con disfunción sistólica, que fue tratada convenientemente sin dejar secuela alguna, pero asimismo rabdomiolisis severa y radiculopatía y discopatía lumbosacra anular en L5 y S1, que, a día 7 de febrero de 2012, generaba dolores lumbares de intensidad variada, cabiendo el empeoramiento de la lesión y la necesidad entonces de intervención quirúrgica.

En definitiva, el reclamante solicita una indemnización total 27.224,03 euros, incluyéndose en su determinación como valoración del daño cinco días de baja hospitalaria, secuelas y 3.000 euros por daños morales.

5. En el análisis a efectuar son de aplicación tanto los correspondientes preceptos de 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 (RPAPRP), normativa básica en esta materia que no ha sido desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias.

Así mismo, lo es específicamente, en relación con el art. 54 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, la regulación del servicio público prestado.

II

1. El procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación el día 9 de mayo de 2012, pudiéndose entender, en principio y salvo acreditación en contrario, hecha antes de cumplirse el plazo de prescripción en base al informe médico de 7 de febrero de 2012 sobre las secuelas del afectado, entendiéndose no determinadas definitivamente en esa fecha (art. 142.5 LRJAP-PAC).

También concurren los restantes requisitos previstos en el art. 139.2 de dicha Ley.

El 13 de noviembre de 2012 se emitió la Propuesta de Resolución, vencido el plazo resolutorio, aunque procede resolverse expresamente al existir deber legal al efecto.

2. En relación con este último extremo y pese a lo expresado al respecto por este Organismo en el Dictamen antes citado, la Administración pretende, tras solicitar la intervención del Consejo Consultivo, acordar la suspensión de la tramitación del procedimiento hasta la emisión del Dictamen solicitado.

Por tanto, preciso es reiterar que tal pretensión es improcedente tanto formal como sustantivamente. Así, ante todo es claro que no cabe recogerse en la propia Propuesta de Resolución, al ser la Resolución en forma de proyecto y, por consiguiente, el contenido previsto en el art. 89 LRJAP-PAC. Además, la Propuesta de Resolución es justamente el objeto del Dictamen a recabar.

En este sentido, este Organismo no es un órgano asesor de la Administración actuante, ni realiza funciones relativas a la instrucción del procedimiento, particularmente informativas, a las que se refiere el art. 42.5.c) LRJAP-PAC, referido a actuaciones previas a la formulación de la Propuesta de Resolución y, en concreto, en clara conexión con el art. 82 de la propia Ley.

Por el contrario, la función consultiva es técnicamente un control preventivo de adecuación jurídica de la actuación administrativa proyectada, a ejecutar con exclusividad y antes de que se vaya a dictar la Resolución del correspondiente procedimiento [arts. 1.1, 3.1 y 22 LCCC y 1, 2, 3, 50.20 y 53.a) de su Reglamento], plasmándose un Dictamen emitido en garantía de los interesados y la propia Administración actuante sobre su Propuesta definitivamente formulada en los términos antedichos.

Por lo demás y congruentemente, este Organismo no es un órgano de la misma Administración actuante o de otra distinta, ni tiene carácter administrativo, siendo externo a toda organización administrativa y al propio Poder Ejecutivo de la Comunidad Autónoma.

En consecuencia, pues, Dictamen e informe administrativo, cualquiera que fuere éste, son distintos recibiendo éste el Instructor y aquel el órgano decisorio del procedimiento, sin servir para determinar el contenido de la Propuesta ya formulada tras culminar la instrucción, sino su adecuación jurídica, decidiéndose a su vista.

En todo caso, es cuestionable la suspensión del plazo resolutorio de un procedimiento cuando el mismo está vencido; circunstancia que, teniendo en cuenta el momento de su inicio, se produjo antes de formularse la Propuesta de Resolución y, por supuesto, de recabarse Dictamen sobre ella.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada al considerar el órgano instructor falta de legitimación pasiva del Cabildo para tramitarla y, en su caso, resolverla al no serle exigible responsabilidad al respecto. Y es que el CIAT carecía de competencias sobre seguridad de galerías u obras hidráulicas subterráneas de titularidad privada al tiempo de la producción del accidente, correspondiéndoles a la Administración competente en materia de minería. En este sentido, no son aplicables al caso los títulos competenciales de policía de obras hidráulicas o de aguas, que en efecto corresponden a la Corporación insular.

En cualquier caso, no incide en este supuesto la circunstancia de exigencia de la actuación del CIATF en el ejercicio de sus propias facultades, sin caber reprocharle su desconocimiento de la ausencia de condiciones de seguridad en el exterior de la galería para comunicarlo a la Administración Minera, pues no tenía el deber de supervisión periódica de las galerías, ni conoció el problema por denuncia o notoriedad.

2. Pues bien, en lo referente a la pertinencia del argumento esencial de incompetencia utilizado en la Propuesta de Resolución, es obvio que, a los efectos consiguientes, ha de reiterarse lo expresado en el Dictamen 46/2011 partiéndose de los hechos que se consideraron acreditados, tanto los relativos a las condiciones de la galería, como a las veredas que conducían a la misma, así como en el posterior Dictamen 487/2011 sobre idéntica cuestión y con los mismos presupuestos fácticos esencialmente.

- En primer lugar, se considera que son aplicables al caso las normas del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, aprobado por el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, cuyo art. 1 dispone que este Reglamento establece las reglas generales mínimas de seguridad a que se sujetarán las explotaciones, entre otras, de aguas subterráneas, en cuanto se requiera la aplicación de técnica minera o el uso de explosivos.

Al respecto, pues, ha de concluirse que la explotación de una galería de agua, particularmente la aquí afectada, está sujeta a dicho Reglamento y, por tanto, ha de tener las medidas de seguridad previstas en el mismo, considerándose a estos una mina, aunque no estuviera en efectiva explotación, habiendo sido abierta con tal fin y funcionado durante cierto tiempo.

Precisamente, el art. 15 del Reglamento preceptúa que la autoridad competente podrá, por iniciativa propia o de parte interesada, girar visita total o parcial a las instalaciones, con levantamiento de acta sobre el estado de la instalación con respecto a las normas reglamentarias y las Instrucciones Técnicas Complementarias. En esta línea, es obligatorio permitir la entrada y facilitar la inspección por los ingenieros actuarios y personal auxiliar que le acompañe, o bien, a los técnicos oficialmente autorizados.

En resumidas cuentas, la ordenación aplicable a la galería de referencia en el momento del hecho lesivo empieza por este Reglamento, sin ser relevante si el aprovechamiento es público o privado una vez realizada la instalación o infraestructura, máxime si ha sido explotada cierto tiempo, o bien, si está activa o abandonada, pues también son aplicables a las galerías en desuso estas normas.

- Por otro lado, el art. 32.9 del Estatuto de Autonomía dispone que a la Comunidad Autónoma de Canarias le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución en las materias de régimen minero, con ajuste a sus singulares condiciones, aludiéndose especialmente a la seguridad en la minería del agua, confirmándose que, al menos a fines de seguridad y con todo lo que supone respecto a las normas aplicables y deberes a cumplir, se equiparan galerías a minas o explotaciones mineras a hidrológicas de este carácter.

Y resulta probado que, en la fecha que aquí interesa, las facultades y funciones de la Administración que previene el Reglamento aplicable no correspondían a los Cabildos Insulares y, por ende, al CIATF, sino a la Administración autonómica, no habiendo sido transferida la competencia correspondiente a aquéllos.

En este sentido, no sólo desde el punto de vista normativo, como es perceptible al ser diferente la regulación aplicable a cada caso, sino material y técnicamente, ha de distinguirse, particularmente en esta concreta materia de seguridad, la galería de agua con cualquier otra infraestructura o instalación hidrológica, primando el específico carácter y condiciones de la explotación sobre el bien explotado en este punto.

- En este orden de cosas y en lo concerniente a la normativa hidrológica aplicable en la época del accidente, se observa que el art. 124 de Ley de Aguas de Canarias, al establecer el elenco de infracciones administrativas en la materia, con desarrollo en el Reglamento sancionador en materia de aguas, pretende en todas y cada una de ellas proteger exclusivamente el dominio público hidráulico y, en

especial, los distintos aprovechamientos del agua, incluidos los referidos en la disposición transitoria tercera de dicha Ley.

Por eso, aun teniendo entonces competencias los Cabildos en materia de policía de aguas, o más concretamente, de obras hidráulicas superficiales, sin embargo las facultades y funciones diamantes de aquéllas no se extendían a las cuestiones de seguridad en relación con las galerías de agua, que, en cuanto minas y por lo menos en este punto, tenían su propia regulación al respecto y una Administración competente para aplicarla, minera y no hidrológica.

Justamente, el art. 94.2 de la Ley de Aguas del Estado en los puntos d) y e), dispone que la Administración hidráulica tiene como funciones la inspección y vigilancia de las obras derivadas de concesiones y autorizaciones relativas al dominio público hidráulico y de las explotaciones de todos los aprovechamientos de aguas públicas, que han de ser entendidas a la luz de las normas ya referidas, especialmente las del Reglamento citado. Así, teniendo este carácter específico frente al general de la Ley de Aguas, se aplica con preferencia el control e inspección de la seguridad de las explotaciones hidrológicas subterráneas se excluyen de las funciones de la Administración hidráulica y conciernen a obras que se realicen en explotaciones superficiales.

Por último, en el Decreto 158/1994, de 21 de julio, de Transferencia de Funciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias a los Cabildos Insulares en materia de aguas terrestres y obras hidráulicas, las competencias afectadas se refieren a la gestión de esta agua, incluyendo la planificación hidrológica y la protección del dominio público hidráulico, con funciones de policía, pero no la seguridad de la minería del agua o, lo que es lo mismo, de las galerías de agua. En este sentido, es patente que la explotación de aguas subterráneas exige usar técnicas propias de la minería, sin perder el carácter minero por el hecho de su abandono. Y, en cualquier caso, la seguridad minera es una cuestión distinta que la gestión del recurso hidráulico en cuanto tal.

3. Por consiguiente, en la fecha del accidente, de acuerdo con la normativa vigente en ese momento y aplicable en la materia, ha de concluirse que no correspondía al CIATF velar por la seguridad de las infraestructuras de explotación de aguas subterráneas en galerías de aguas, equiparadas a las minas; lo que implica que carece de legitimación pasiva en este supuesto; sin poderse exigir responsabilidad por los daños producidos y, por ende, la tramitación y resolución del procedimiento correspondiente.

No obstante, tal y como ha señalado este Consejo en asuntos de similar naturaleza, en cumplimiento del deber de colaboración con otras Administraciones (arts. 14 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias y 55 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local), procede que se dé traslado de la reclamación a la Consejería competente de la Administración autonómica de Canarias a los efectos oportunos, notificándolo al reclamante a los fines pertinentes.

C O N C L U S I Ó N

En los términos expuestos en este Dictamen, la Propuesta de Resolución analizada se ajusta al Ordenamiento Jurídico, debiendo además procederse con arreglo a lo expuesto en el apartado 3 del Fundamento III.