



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 8 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 1 de marzo 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 O.T.G., por daños ocasionados en el inmueble de su propiedad, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos dependiente del Cabildo Insular de Tenerife (EXP. 34/2013 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 por los daños que se alegan derivados del funcionamiento de los servicios públicos dependientes del Cabildo Insular de Tenerife.

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 (LCC), remitida por el Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, conforme con el art. 12.3 de la LCC.

3. En su escrito de reclamación el afectado manifiesta que es titular de una finca, junto con una vivienda, situadas en la calle El Pino, (...), en el término municipal de La Villa de La Orotava.

Asimismo, manifiesta que los días 16 y 17 de noviembre de 2009, se produjeron lluvias torrenciales, que provocaron un aumento extraordinario del caudal del barranco conocido como de "La Fuente" o de "La Haza", cuyo cauce transcurre

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

contiguo a su finca, lo que la afectó gravemente, pues se produjo un desbordamiento de sus aguas inundando la misma y la vivienda.

Así, dicha inundación le causó desperfectos en el muro del lindero, en los huertos y jardines, en el patio y en su vivienda, que se valoran conjuntamente en 74.745 euros, cantidad que se reclama en concepto de indemnización.

4. El afectado considera que el exceso de caudal del barranco, que produjo la posterior inundación en su propiedad, se debe que el Cabildo Insular permitió de facto el desvío artificial de tres barrancos, realizado por el Ayuntamiento de La Orotava, que desembocan en el barranco contiguo a su propiedad, que son los barrancos de "Fuente Vieja", "El Pino" y "Sabina" (*La Administración, de acuerdo con el Rescate de Toponimia de barrancos de Tenerife, efectuado en 2010, los denomina a los de La Fuente y La Haza como barranco del Calvario y a los tres anteriormente citados los denomina como Fuente Vieja, tal y como consta en la página 159 del expediente*).

Así, por el barranco situado frente a su inmueble discurría el día de los hechos un caudal de agua que de forma alguna podía discurrir por el mismo sin desbordarse, como así ocurrió, sufriendo él las consecuencias de la actuación inadecuada de la Administración, que no tiene el deber de soportar.

5. En relación con ello, el afectado y el resto de vecinos de la zona denunciaron a las Administraciones competentes este hecho y el peligro que conllevaba la creación de tal desvío, pero, pese a ello, no se tomó medida alguna por su parte.

Asimismo, manifiesta que, con anterioridad al hecho lesivo, había sufrido en su propiedad las consecuencias del caudal excesivo del barranco referido, razón por la que restauró y mejoró el muro de su propiedad, obra cuya legalización se solicitó en 1996, constando en el Informe complementario emitido por el Consejo Insular de Aguas de Tenerife (CIAT), Organismo dependiente del Cabildo Insular de Tenerife, con competencia en la materia, que "Las obras llevadas a cabo han mejorado las condiciones de desagüe del barranco y el pontón limpiado, aunque a criterio de este técnico, el espacio libre del pontón sigue siendo aparentemente insuficiente al paso de la avenida de 500 años, entre otras porque por ese punto se suman las aguas de escorrentía procedentes de las cuencas de los barranco de Fuente Vieja y Salinas, en el término municipal de la Orotava a la altura de "La Perdoma", lo que demuestra que la Administración era conocedora del peligro que amenazaba su propiedad.

Además, la misma, incumpliendo las funciones que le son propias no le permitió realizar un muro de cerramiento y contención en su vivienda con la finalidad de evitar los efectos de las escorrentías sobre la misma.

6. En el análisis a efectuar, son de aplicación la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP). Asimismo, específicamente, el art. 54 LRBRL y demás normativa aplicable a la materia.

II

1. El procedimiento comenzó a través de la presentación del escrito de reclamación, realizada el 13 de noviembre de 2010.

En lo que se refiere a su tramitación, la misma se desarrolló de forma correcta, si bien, tras conocerse que el afectado había presentado reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento de la Villa de La Orotava, se le otorgó el trámite de vista y audiencia al mismo, lo cual no es conforme a Derecho, ya que tal Administración carece de competencia directa y principal en el presente procedimiento, que tiene por objeto una relación jurídica pública entre el afectado y la Administración a la que éste imputa la responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo; pero tal defecto formal no obsta de modo alguno el pronunciamiento de fondo de este Consejo Consultivo.

Finalmente, la Propuesta de Resolución se emitió el 25 de enero de 2013, habiendo vencido el plazo resolutorio años atrás.

2. Por otra parte, concurren los requisitos constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, regulados en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los artículos 139 y ss. LRJAP-PAC.

III

1. La Propuesta de Resolución es de sentido desestimatorio, pues el Instructor considera que no existe relación causal entre el funcionamiento del Servicio y el daño reclamado, en relación directa, inmediata y exclusiva de causa efecto, pues no es cierto que el origen de los daños referidos se deba a las obras de desvío de caudales de un barranco de mayor entidad(Fuente Vieja) hasta el barranco que linda con la propiedad del interesado, sino que, al contrario, el origen de los mismos se

debe a la absolutamente insuficiente protección de la finca del reclamante frente a las escorrentías, así como la realización por su parte, en el margen del barranco contiguo a su propiedad, de diversas construcciones no autorizadas que desplazaron y estrecharon el cauce natural del mismo, provocando la inundación referida.

2. En le presente asunto, no se pone en duda la realidad de la inundación padecida por el interesado en el inmueble de su propiedad, sin embargo, sí se cuestiona la causa de la misma. Así, el afectado considera que la misma se halla en el desvío artificial del barranco de Fuente Vieja realizado por el Ayuntamiento de la Villa de La Orotava, que pese a la solicitud de legalización, desestimada por el Consejo Insular de Aguas de Tenerife (CIAT), éste permitió que se mantuviera, no cumpliendo con sus obligaciones, lo que implicaba obligar al Ayuntamiento a la reposición del estado anterior al desvío, negándole a él, además, la posibilidad de realizar el muro de cerramiento de su finca.

La Administración afirma, por contra, que la inundación padecida se debe a la falta de muro de cerramiento de su finca y la realización de construcciones ilegales por parte del afectado que modificaron el cauce del barranco, causando con ello la inundación.

3. Así, a la hora de resolver esta cuestión, que no es otra que determinar el origen de la inundación hay que tener en cuenta lo manifestado en los Informes emitidos por el Servicio, que no han sido desacreditados por el interesado por medio de prueba alguna.

Primeramente, en lo que se refiere al desvío realizado por el Ayuntamiento, es cierto, como se confirma en dichos Informes, que se elaboró el proyecto de construcción del desvío en febrero de 1993, que estaba construido en diciembre de 1994 y cuya legalización se solicitó al CIAT en el año 2000, que se denegó por considerar que la obra no es capaz de aliviar la preceptiva avenida de 500 años del cauce del barranco, en las adecuadas condiciones de velocidad y reserva de calado (página 212 del expediente), límite éste de la capacidad de desagüe del barranco (art. 34.2 del Reglamento de Domino Público Hidráulico de Canarias), que no sólo no se vio afectado por el desvío, sino que no se sobrepasó los días de los hechos, pues el caudal máximo que circuló por el barranco del Calvario fue inferior no sólo al de un temporal de lluvias de 500 años de periodo retorno ($T=500$ años), sino que incluso fue inferior al de uno de 50 años ($T=50$ años).

Este último dato se ha de poner en relación con el informe de legalización de las obras realizadas por el interesado en 1996, en el que el técnico consideraba, sólo

“aparentemente”, que el pontón del cauce del barranco colindante con la finca del afectado no era suficiente para permitir el desagüe del barranco, aseveración ésta que no se ha demostrado de forma alguna, que incluso, como se expondrá, posteriormente, se desvirtuará por los datos técnicos obrantes en los Informes del Servicio, y que de ser cierta no influye en los hechos al no haber alcanzado el caudal, de los días referidos, los 500 años de periodo de retorno.

4. En cuanto a la influencia del desvío referido en el acontecer del hecho lesivo, es claro el Informe del Servicio, no desvirtuado por prueba alguna en contrario, afirmándose, tras exponerse profusamente los razonamientos técnicos oportunos, que en el barranco del Calvario, el que se sitúa junto al inmueble dañado, es capaz de desaguar caudales muy superiores a los que circularon durante el temporal de 2009 e incluso es capaz de desaguar caudales de temporales extraordinarios, como los acontecidos en 1999, momento al que se hará referencia con posterioridad, siendo aplicable esto, también, al “Barranco de Fuente Vieja”.

Además, se considera que el barranco del Calvario tiene la capacidad hidráulica necesaria para drenar las escorrentías conjuntas del mismo y del barranco de Fuente Vieja, lo que implica que el desvío referido, que dio lugar a que las aguas del Fuente Vieja, pasaran a la del Calvario, como, incluso, afirma el propio interesado, no haya tenido influencia en el acontecer de los hechos, pues de modo alguno este desvío dio lugar a que se sobrepasara la capacidad hidráulica, tanto en lo que se refiere al drenaje, como la desalojo de aguas, del barranco contiguo la finca dañada (páginas 265 y 266 del expediente).

5. Por lo tanto, una vez probado que el desvío no tuvo influencia alguna en los hechos, afirmación no desvirtuada por prueba alguna, es preciso determinar la causa de las inundaciones y para ello, se ha de tener en cuenta que la Administración ha demostrado que, en el año 1999, se produjo un temporal en el que las lluvias habidas, superiores a las de los días 16 y 17 de noviembre de 2009, supusieron que el caudal del barranco contiguo a la finca del causante fuera superior al del día del hecho lesivo y, sin embargo, no causara una inundación en la finca del interesado.

6. En relación con ello, la Administración en el Informe complementario elaborado al respecto, acompañado de abundante material fotográfico, que por sí mismo acredita la realidad de las manifestaciones contenidas en él, prueba que, especialmente, entre los años 1999 y el 2009, el interesado realizó una serie de obras, que supusieron incluso la ocupación del dominio público hidráulico, obras no

autorizadas, que causaron la modificación del cauce del barranco del Calvario, provocando de forma directa e inmediata la inundación referida.

Así, se considera, específicamente, que, tanto el habitáculo, situado junto al cuarto de la barbacoa, que se realizó en forma de cuña, de planta triangular, cuya esquina superior aparece externa al vallado exterior de la finca, ocupando el cauce del barranco y ,por tanto el dominio público hidráulico (página 291 del expediente), junto con la falta de muro de contención en el lugar en el que las aguas del barranco colisionaban de forma directa con la finca, a lo que se añade la realización en los muros de protección de diversos huecos y ventanas, sin que nada de ello estuviera autorizado, constituyen el motivo único de la inundación padecida en la propiedad del interesado.

7. Al respecto se señala que cuando en 1996 el reclamante solicitó la legalización de un muro de cerramiento, la cual se otorgó por el CIAT, existía solamente la barbacoa y que se legalizó no sólo porque ésta no afectaba al cauce, sino porque el interesado afirmó que se había construido en 1991, sin que solicitara la correspondiente autorización, lo que dio lugar a que no se pudiera iniciar el correspondiente procedimiento sancionador por prescripción de la infracción, si bien se comprobó durante la realización del Informe referido que su realización fue posterior a 1991.

Sin embargo, la Administración constata que después de 2002, una vez acaecidas las lluvias torrenciales en 1999, comentadas anteriormente, se produjo la serie de construcciones y actuaciones ilegales por parte del afectado ya referidas, y que constan descritas ampliamente en el Informe complementario del Servicio, que alteraron el cauce del barranco de forma que su finca se vio afectada por el mismo.

8. Asimismo, la finca carecía de la protección adecuada frente a las escorrentías, pues los bancales de cultivo situados por encima de la zona de la barbacoa y el habitáculo, únicos elementos, estos dos, que estaban protegidos por un muro, se habían abandonado o habían sido sustituidos por una superficie ajardinada con la rasante homogeneizada y rebajada de cota, siendo tales bancales un importante elemento de protección frente a las escorrentías.

A su vez, a esta falta de protección se debe añadir que por encima de la barbacoa, zona que afecta de forma directa la escorrentías, no había ningún muro de protección sino solo un vallado metálico para impedir el paso de personas y animales a la finca, el cual se realizó con posterioridad al hecho lesivo (*todo ello se encuentra en las páginas 277 y siguientes del expediente*).

9. Finalmente, otra cuestión que ha de ser tomada en cuenta es la referente al muro cuya realización se alega por parte del interesado que paralizó la Administración injustificadamente y cuya ausencia causó la inundación; pues bien, no ha demostrado el mismo ninguna actuación obstructiva al respecto por parte de la Administración, señalándose en el Informe del Servicio que no consta ninguna Resolución de paralización y que se le comentó verbalmente, por parte de sus técnicos, que la realización de un muro requería de autorización, sin que tampoco se haya presentado documento demostrativo de tal solicitud por su parte.

10. Así, cabe concluir afirmando que, el hecho lesivo se debe exclusivamente a la actuación contraria a Derecho y negligente del propio afectado. Por tanto, no concurre relación de causalidad entre el actuar administrativo y el daño padecido por el interesado, quien con su actuación inadecuada asumió la totalidad de los riesgos inherentes a ellas, como el de sufrir una inundación en su propiedad.

11. La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, es conforme a Derecho en virtud de lo expuesto con anterioridad.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.