



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 155 / 2016

(Sección 1ª)

La Laguna, a 16 de mayo de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente de la Entidad Pública Empresarial Local Balsas de Tenerife (B.A.L.T.E.N.) en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por Á.R.R. en representación de la Comunidad de Bienes y Aguas F.C.A.I.B., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de abastecimiento de agua para riego (EXP. 123/2016 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 12 de abril de 2016 (registrado de entrada en el Consejo Consultivo de Canarias en la misma fecha) por el Presidente de B.A.L.T.E.N., es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por aquella entidad, tras la presentación de una reclamación de indemnización por daños que se alegan causados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de abastecimiento de agua para riego.

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), solicitud remitida por el Presidente de la entidad actuante.

El Presidente de B.A.L.T.E.N., que es el Presidente del Cabildo de Tenerife, no solicita el dictamen como tal, sino como presidente de una entidad pública empresarial local, por lo que, conforme al art. 12.3 LCCC, en principio no estaría legitimado. Sin embargo, nuestra doctrina, expresada entre otros en los Dictámenes

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

201/2005, 484/2012 y 381/2015, emitidos a solicitud de presidentes de entes u organizaciones instrumentales dotadas de personalidad jurídica propia y/o autonomía orgánica y funcional, ha sido interpretar extensivamente el art. 12.3 LCCC en el sentido de considerar que la autoridad legitimada para solicitar el correspondiente dictamen es la que ostente la representación legal del mismo, siempre que se trate de organizaciones con personalidad jurídica propia y funcionamiento autónomo, siempre que su eventual adscripción orgánica no lesione su autonomía funcional. Por tanto, en el presente caso no hay objeción para que se solicite el dictamen por el Presidente de B.A.L.T.E.N.

3. En cuanto a los hechos que han dado origen a la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, se señala en el escrito de reclamación, presentado el día 30 de enero de 2014 en el Registro de B.A.L.T.E.N., lo siguiente:

«La Entidad a la que represento y sus miembros, durante la campaña de embalsado correspondiente al año 2013-2014, se han visto sorprendidos por el hecho de que esa Administración ha dispuesto un cupo máximo de embalsado por regante, pese a que la balsa dispone de capacidad suficiente para asumir el volumen de agua solicitado.

Por la presente se comunica que tal actuación está causando graves perjuicios a esta parte y a sus partícipes en tanto que el agua que supera el cupo establecido tiene que ser arrojada al mar como consecuencia de la falta de medios privados que asuman dicho volumen (...).».

La indemnización se justifica a lo largo de la tramitación del procedimiento por la limitación temporal del caudal máximo de entrada al C.H.I.B. desde el 23 de diciembre de 2013 al 11 de enero de 2014, que se cuantifica, en primer término, en 96.226,80 €, si bien posteriormente se calcula en 115.183,48 €, cantidad que se solicita en concepto indemnizatorio.

4. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada son de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Por otra parte, el art. 85.2.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) establece que una de las formas de gestión directa de los servicios públicos de competencia local es la entidad pública empresarial local, como lo es B.A.L.T.E.N.

Los Estatutos de la entidad pública empresarial B.A.L.T.E.N. (BOP de 1 de abril de 2011) establecen que la entidad es creada por el Excmo. Cabildo Insular de Tenerife como forma de gestión directa del «servicio público de abastecimiento de agua para riego en la Isla de Tenerife», preceptuando además en su art. 4 que su finalidad básica, además de la prestación de tal servicio público, es la «gestión de todas aquellas infraestructuras hidráulicas o instalaciones afectas a la misma mediante adscripción, cesión en uso o cualquier otro título admisible en Derecho que le permitan la consecución del fin asignado».

5. Concurren los requisitos constitucional y legalmente previstos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, regulado en el art. 106.2 CE y desarrollados en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992.

II

En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha realizado adecuadamente, constando las siguientes actuaciones:

- El 13 de marzo de 2013, se emite informe por los servicios técnicos de B.A.L.T.E.N. en el que se concluye la inexistencia de responsabilidad, considerándose que la reclamación carece manifiestamente de fundamento.

Se señala en tal informe que resulta ajena a la voluntad de B.A.L.T.E.N. la limitación establecida, pues la misma viene impuesta por los condicionantes físicos de falta de capacidad de las propias instalaciones, no pudiéndosele exigir a B.A.L.T.E.N. que garantice un almacenamiento ilimitado de aguas, habida cuenta, además, de la gran pluviosidad experimentada en tal período, lo que motivó unos requerimientos de almacenamiento de agua muy superiores a los habituales y la consecuente decisión, por parte de la Gerencia, de limitar la entrada de caudal a las instalaciones ante el inminente riesgo de desbordamiento de la Balsa de Ravelo, lo que se enmarca dentro de las facultades de administración y gestión ordinaria de la entidad que le corresponden a la Gerencia, en virtud del art. 16.1.a) de los Estatutos de B.A.L.T.E.N.

- Por Decreto de 2 de julio de 2014, del Presidente de B.A.L.T.E.N., se inadmite a trámite la reclamación de la interesada, lo que se le notifica el 18 de julio de 2014. Tal Decreto es ratificado en sesión ordinaria celebrada el 23 de julio de 2014 por el Consejo de Administración de B.A.L.T.E.N.

- El 18 de agosto de 2014, la reclamante presenta recurso de reposición frente a la desestimación de su reclamación, que es resuelto por Decreto de 8 de septiembre de 2014 en el que se desestima el mismo. De ello es notificada la interesada el 16 de septiembre de 2014. Tal Decreto es ratificado en sesión ordinaria celebrada el 2 de diciembre de 2014 por el Consejo de Administración de B.A.L.T.E.N.

- La interesada presenta recurso contencioso-administrativo contra el referido Decreto de 8 de septiembre de 2014. Sustanciado procedimiento ordinario 401/2014 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, culmina en la Sentencia de 24 de noviembre de 2015 en la que se estima la pretensión de la demandante ordenando la retroacción del procedimiento administrativo para tramitación y resolución de la reclamación del interesado. En su virtud se acuerda la retroacción del procedimiento de responsabilidad patrimonial e incoación del mismo. De ello se da traslado a la aseguradora de B.A.L.T.E.N. el 17 de diciembre de 2015 y se notifica a la interesada el 28 de diciembre de 2015.

- Mediante escrito presentado el 11 de enero de 2016, la representación de la reclamante cuantifica el daño en 96.226,80 euros.

- El 13 de enero de 2016, se insta a la reclamante a subsanar su reclamación, de lo que es notificada el 22 de enero de 2016, viniendo la misma a aclarar los extremos de su reclamación, solicitando recibimiento a prueba mediante la formulación de pliego de preguntas y aumentando la cantidad solicitada en concepto indemnizatorio, que se cuantifica ahora en 115.183,48 euros.

- El 22 de febrero de 2016, se emite informe de B.A.L.T.E.N. dando respuesta a las preguntas formuladas por la reclamante en fase de proposición de pruebas.

- El 4 de marzo de 2016, se concede trámite de audiencia a la reclamante, lo que se le notifica el 8 de marzo de 2016 y a la aseguradora de B.A.L.T.E.N. el 10 de marzo de 2016. Con fecha 17 de marzo de 2016 la reclamante presenta escrito de alegaciones.

- El 30 de marzo de 2016, se dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de la interesada, que es remitida a este Consejo Consultivo para ser dictaminada.

III

1. La Propuesta de Resolución es de carácter desestimatorio al considerar el órgano instructor que no se ha probado la existencia del daño alegado ni concurre,

en todo caso, antijuridicidad del mismo, no existiendo, pues, responsabilidad del servicio público actuante.

2. Pues bien, en el presente caso hemos de acudir no solo a las actuaciones realizadas en el procedimiento administrativo, sino también en las realizadas en el proceso contencioso, que han sido traídas a aquel.

Son tres las argumentaciones en las que se funda la reclamación de la interesada, lo que se detrae de la demanda presentada en procedimiento contencioso-administrativo y de las propias actuaciones realizadas en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, son:

1) Por un lado, se argumenta que el servicio de embalsado es un servicio público de recepción obligatoria, cuya limitación implicó tirar al mar el agua que no pudo ser almacenada.

En este sentido, la interesada en su escrito de subsanación señala:

«Como consecuencia de la inexistencia de infraestructuras privadas suficientes que puedan prestar el mismo servicio (almacenar aguas sobrantes de los inviernos y de esta forma poder utilizar las mismas en los periodos de verano) y ante el hecho de que esta parte ha solicitado la correspondiente concesión administrativa (...) sin que la Administración haya resuelto hasta el día de la fecha, nos encontramos ante un servicio público de recepción obligatoria, en tanto que los usuarios no tienen más opción que hacer uso de infraestructura o tirar el agua al mar».

Ante esta argumentación responde la Administración adecuadamente, negándose que se trate de un servicio de recepción obligatoria, y añadiendo que se trata de un servicio que no excluye su prestación por otras Administraciones ni por los propios particulares, cuya capacidad de almacenamiento en la zona objeto de este procedimiento es mayor que la de B.A.L.T.E.N., tal y como acertadamente se señala en el fundamento de derecho cuarto de la Propuesta de Resolución. De hecho, tal argumentación queda corroborada por la propia afirmación hecha por la reclamante, que tras asegurar que se trata de un servicio de recepción obligatoria, luego añade que no dispone de medios privados para almacenar el agua sobrante, luego, si los tuviera, podría usarlos.

A ello se añade que no hubo prohibición de embalsado de aguas, sino limitación del caudal de almacenamiento en las balsas de B.A.L.T.E.N., ya que, de hecho, en el periodo de tal limitación se siguieron almacenando aguas en la Balsa Montaña de Taco con el caudal permitido por la estación de bombeo.

2) Por otro lado, se fundamenta la reclamación en que se ha producido un trato discriminatorio en relación con el caudal de agua admitido para las aguas de transporte. Así, se señaló en la demanda referida:

«(...) El carácter de servicio público de recepción obligatoria determina que la Administración ha de proteger el interés común de los administrados que se ven en la necesidad de disponer de un lugar de embalse, sin embargo en el presente supuesto no ha ocurrido, al contrario, de forma discriminatoria se ha limitado la posibilidad de embalse de los miembros de la Federación a la que represento, argumentando la falta de capacidad de las instalaciones para recibir aguas, sin embargo existe un detalle fundamental, ya que según se dispone en el informe que obra en la página 4 y siguientes del expediente administrativo, que se siguieron admitiendo aguas de "transporte", figura que desconoce esta representación su existencia (...)».

Pues bien, ello se justifica adecuadamente en la Propuesta de Resolución al argumentar que para las aguas de transporte hay regulado un régimen jurídico propio que justifica el diferente trato, y por lo tanto, no discriminatorio. A tal efecto, el informe de 23 de marzo de 2015, emitido por el Servicio Técnico de B.A.L.T.E.N. en respuesta a las preguntas planteadas por la Federación de Comunidades de Aguas de la Isla Baja, en el período probatorio del procedimiento contencioso, en relación con las «aguas de transporte» señala:

«A) En base a lo dispuesto en el art. 25 de la "Ordenanza reguladora de los precios públicos por los servicios que presta B.A.L.T.E.N.", publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife de 18 de marzo de 2002, son considerados como usuarios del servicio público de "transporte", aquellos que utilizan las redes gestionadas por B.A.L.T.E.N. para el transporte y distribución de sus aguas, aplicándoles a los mismos las tarifas publicadas tanto en la página web de la entidad como en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife de 2 de marzo de 2009 (página 4382)».

La Gerencia de B.A.L.T.E.N., en escrito de 21 de agosto de 2015, respecto a las «aguas de transporte», indica:

«Cuando un agricultor decide acogerse al servicio público de "transporte", está optando por un sistema de conducción de aguas de su propiedad o tenencia, desde los canales de distribución en "alta" gestionados por la Federación hasta su finca, a través de las redes de tuberías en presión gestionadas por B.A.L.T.E.N. Para ello hace entrega de sus aguas a la entidad de forma continua durante todo el año hidráulico; esto, a diferencia de los usuarios del servicio público de "almacenamiento", cuyas entregas de agua a B.A.L.T.E.N. se producen de forma ocasional cuando éstos cuentan con excedentes en época invernal que no pueden utilizar o acopiar.

Por tanto, los usuarios de "transporte" siguen recibiendo sus aguas de forma continua - igual que las entregan-, ya que una interrupción en la distribución de estas aguas implicaría que dejarán de recibir los caudales que son necesarios para el desarrollo de sus cultivos.

(...)

En el período comprendido entre el día 23 de diciembre de 2013 y el día 11 de enero de 2014, fue sujeto al servicio público de "transporte" -previsto en la "Ordenanza reguladora"- un volumen total de 24.514 metros cúbicos, habiéndose prestado tal servicio a distintos usuarios de la redes de distribución en la Zona 1 de B.A.L.T.E.N. -todos ellos partícipes de la Federación».

3) Asimismo, se atribuye por la reclamante la responsabilidad patrimonial a una inadecuada prestación del servicio que se fundamenta en la insuficiente potencia contratada para los grupos motobombas.

En este sentido, ha de señalarse que los dos criterios en los que se basó la limitación de caudal fueron, por un lado, la capacidad de la Balsa de Ravelo, que de recibir más agua se hubiera desbordado, y por otro, la capacidad limitada del caudal de elevación de la estación de bombeo desde la Balsa de Ravelo a la Balsa de Montaña de Taco. De hecho, se siguió almacenando agua en Montaña de Taco, con el caudal permitido por la estación de bombeo.

La limitación establecida se debió a la anormal pluviosidad ocurrida entre los días 11 y 17 de diciembre de 2013, lo que no justifica una contratación permanente de mayor potencia para los grupos motobombas, cuya potencia es la necesaria y suficiente en condiciones normales y en respuesta a los estándares exigibles del funcionamiento del servicio. A tal efecto, aclara la Propuesta de Resolución:

«A efectos de determinar la no antijuridicidad del eventual daño, se debe apelar además a los llamados "estándares" del funcionamiento normal del servicio público exigible -tal y como se contemplan, entre otras, en la STS de 2-12-2015, rec. 1444/2014, y en la STS 6-10-2015, rec. 3808/2013-, en los que influyen factores tales como las posibilidades presupuestarias o el principio de eficacia que debe regir en la actuación de la Administración Pública a tenor tanto del art. 103.1 de la Constitución de 1978 como del art. 3.1 de la LRJPAC, siendo así que estos factores determinan que la parte reclamante no pueda tener la legítima expectativa de que las infraestructuras gestionadas por la EPEL B.A.L.T.E.N. cuenten con una capacidad ilimitada de almacenamiento de aguas o, de ser ello necesario, de elevación de las mismas hasta su punto de almacenamiento, y por ende, la contratación de una tarifa que permita una potencia mayor y la elevación de cantidades mayores de aguas en casos de periodos de pluviosidad anormalmente elevada -como la ocurrida entre los días 11 y 17 de diciembre

de 2013-, pues ello conllevaría un aumento de los gastos ordinarios a asumir por este concepto por B.A.L.T.E.N., a todas luces contrarios al principio de eficacia que debe regir su funcionamiento, debiéndose destacar en este sentido que, conforme se expresa en el informe emitido por B.A.L.T.E.N. y ya transcrito, lo cierto es que siendo el fin de B.A.L.T.E.N. la prestación del servicio público de abastecimiento de agua para riego en la Isla de Tenerife “el objetivo que a estos efectos se plantea cada año hidráulico es que aquella balsa -Balsa de Montaña de Taco-, de 821.700 m³ de capacidad -la mayor de las que gestiona B.A.L.T.E.N.-, se encuentre a su máximo nivel antes del período estival, situación que se alcanzó - prontamente- el día 9 de febrero de 2014”».

Finalmente, en periodo probatorio se argumenta por B.A.L.T.E.N., en relación con la pregunta planteada por la reclamante:

«El fin de B.A.L.T.E.N. no es el almacenamiento de aguas *per se*, sino, según sus Estatutos, el “servicio público de abastecimiento de agua para riego de la Isla de Tenerife”, y el objetivo que a estos efectos se plantea cada año hidráulico es que aquella balsa, de 821.700 m³ de capacidad -la mayor de las que gestiona B.A.L.T.E.N.-, se encuentre a su máximo nivel antes del periodo estival, situación que se alcanzó -prontamente- el día 9 de febrero de 2014».

3. Por todo lo expuesto, entendemos que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho al desestimar la reclamación de la interesada, por la inexistencia de antijuricidad del daño alegado, debiendo soportarse por la interesada y además, en cualquier caso, no se ha acreditado el daño alegado mediante prueba alguna, obligación que recae sobre el reclamante (art. 217 LEC) al no tener por cierto la Administración los hechos alegados por el mismo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho, debiendo desestimarse la reclamación formulada por Á.R.R. en representación de la Comunidad de Bienes y Aguas F.C.A.I.B., en los términos expuestos en el presente dictamen.