



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 8 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 15 de marzo de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por Y.J.G., en representación de J.F.T.M., por daños ocasionados en su domicilio, ubicado en la Urbanización (...), como consecuencia del funcionamiento del servicio de mantenimiento y conservación de la red de saneamiento público (EXP. 43/2017 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración, iniciado a instancias de Y.J.G., en representación de J.F.T.M., en solicitud de una indemnización por los daños ocasionados por lluvias en su vivienda, sita en la Urbanización (...), el día 27 de octubre de 2015.

2. Se reclama una indemnización total de 43.800 euros. Esta cantidad determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación, el primer precepto, con el art. 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), norma aplicable porque, en virtud de la Disposición transitoria tercera a), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a la entrada

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

en vigor de este texto legal el presente procedimiento ya estaba iniciado. Es igualmente aplicable el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación.

4. El daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario, por lo que la competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde a la persona titular de la Alcaldía, según el art. 107 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias, competencia que, de acuerdo con el art. 40 del mismo texto legal, ha sido delegada a la Concejala de Gobierno, conforme al Decreto de la Alcaldía núm. 21700/2015, de 10 de julio, por el que se establecen los sectores funcionales y la estructura organizativa del Área de Gobierno de Presidencia, Cultura, Educación y Seguridad Ciudadana, y por su delegación a la Directora General de la Asesoría Jurídica por acuerdo de la Junta de Gobierno de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 1 de julio de 2016.

5. De conformidad con el art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado; sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque sobre la Administración recae el deber de resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC, en relación con los arts. 43.3, b) y 42.7 de la misma.

6. En la tramitación del procedimiento no se aprecia haber incurrido en deficiencias procedimentales que obsten un pronunciamiento de fondo. Así, se han practicado las pruebas propuestas por la representación del interesado y se ha dado trámite de vista del expediente y audiencia, al que compareció aunque sin presentar alegaciones.

Por último, como repetidamente ha razonado este Consejo (ver, por todos, el DCC 334/2016), que la Administración mantenga relación contractual con una compañía de seguros, en este caso con la compañía (...), no significa que ésta sea parte en el procedimiento, puesto que la Administración responde directamente a los administrados de su actuación, sin perjuicio de que a la aseguradora se le pidan los informes que considere precisos la Administración.

II

1. El relato de los hechos presuntamente dañosos, según consta en el expediente, es el siguiente:

- El 3 de noviembre de 2015, el interesado presenta escrito, fechado el 27 de octubre, en el que reclama por los daños ocasionados por la lluvia acaecida días atrás, ya que entra agua procedente del barranco, por detrás de su vivienda, que estropea los muebles. Adjunta distintas fotografías de la vivienda y del barranco.

- En la madrugada del 16 de noviembre, requiere a los Bomberos y a la Policía Local para que constaten los desperfectos (deterioro del suelo, enlucido y alicatado) que la filtración de aguas fecales, derivada de la falta o el defectuoso mantenimiento de la red de saneamiento ha provocado en su vivienda. Los técnicos de (...) también acuden a su domicilio el 16 de noviembre.

- Los días 17 y 18 de noviembre presenta escritos solicitando los informes de los Bomberos, Policía Local y (...).

- El 18 de diciembre solicita que se subsanen los desperfectos en su vivienda debido a la rotura de la canalización del alcantarillado.

- En escrito de 21 de diciembre de 2015, el interesado expone que desde 2009 ha venido reclamando que se repare la red de saneamiento porque sufre desperfectos por la filtración de aguas fecales (acompaña escrito de 2009 presentado ante el Ayuntamiento) y propone distintas pruebas documentales, periciales y testificales.

De tales escritos se deduce que el interesado reclama por cuestiones distintas: el 3 de noviembre por los daños que sufre el mobiliario consecuencia de las fuertes lluvias acaecidas los días previos; posteriormente reclama por supuestos desperfectos derivados de la rotura de la canalización del alcantarillado y, finalmente, por los que le ocasionan filtraciones de aguas fecales de la red de saneamiento de la ciudad que se suceden desde hace años.

2. Trámites relevantes del procedimiento son:

- Personación de la empresa (...), que es emplazada para ello como interesada al gestionar de manera indirecta el servicio que presuntamente origina el daño, lo que hace mediante escrito de 10 de agosto de 2016, manifestando que los daños por los que se reclama no son debidos a la rotura de red de saneamiento ni a labores propias

de la exploración y mantenimiento de la misma, sino a las fuertes lluvias de carácter extraordinario que se produjeron los días 22, 23 y 24 de octubre de 2015.

- Práctica de las pruebas testificales con el siguiente resultado: El 18 de octubre declara la dotación de bomberos, que afirma haber estado en el domicilio del afectado y ver daños en la vivienda, así como agua de la ladera y piedras [de la ladera] caídas en el lateral de la vivienda, no identificando tubería en la misma pues era de madrugada; añaden que se encontraban en medio de un temporal y que se trataba de cúmulo de aguas.

En igual fecha declara el agente de la Policía Local que acudió el 16 de noviembre a la vivienda del interesado, que manifiesta que observó como el suelo de una habitación estaba levantado, no recordando la presencia de agua en la vivienda, y que en la azotea no pudo observar nada al ser horas de la madrugada. Ratifica que efectivamente hay una ladera, pero no observó tubería alguna, y que había habido episodio de lluvias.

El 3 de noviembre de 2016 se toma declaración al técnico de (...), quien manifiesta haber observado la trasera de la vivienda con escombros por escorrentías; relata que no accedió en la fecha de la reclamación sino en fecha posterior, el 18 de noviembre de 2015. Afirma que en el momento de la visita no había presencia de agua en la casa, pero si observó daños en baño y alguna dependencia más, no accediendo a la azotea. Expone que conoce la existencia de una ladera junto a la casa, pero que la tubería que discurre por ella no es de titularidad de la empresa, ya que esta únicamente mantiene y explota la red comunitaria que recorre toda la zona. Afirma que la tubería se encuentra a unos 200 metros de la vivienda y que no estaba rota en el momento de la visita; a pregunta sobre el origen de los daños responde que provienen del exterior de la ladera, pero de la lluvia, aclarando que no proviene de la tubería. Aporta informe pericial y estimación cuantitativa de los daños. A preguntas de la representación de la concesionaria (...), el técnico recalca nuevamente que el origen de los daños es el agua de las fuertes lluvias caídas, que sigue persistiendo el riesgo de repetición de las mismas independientemente del alcantarillado.

- Práctica de la prueba pericial: El informe pericial aportado por la concesionaria (...) detalla lo siguiente:

«(...) La zona donde se sitúa la edificación es una ladera de grandes pendientes y en el nivel más bajo de la ladera se encuentra la vivienda, siendo el lecho del barranco la carretera de acceso a la urbanización. *Las laderas de la zona se conforman como pequeñas vaguadas de*

gran pendiente que desaguan en la carretera principal. En los años 70, sobre las laderas de las montañas, se construye el barrio (...), tanto los edificios o bloques, como las casas terreras. En lo alto de la montaña se construyeron los bloques y en la falda, en el punto más cercano de la carretera, las casas unifamiliares adosadas o casas terreras, de ahí el nombre la calle (...).

En la parte alta de la montaña, aguas arriba de la vivienda, se encuentran parte de los bloques que conforman el barrio. El saneamiento de la zona discurre, en parte, por la ladera a bastante distancia de la citada vivienda (...).

Realizado el análisis de la edificación y del estado de los daños por los que se reclaman se concluye que: 1.- La estructura de la vivienda no está afectada por posibles roturas de saneamiento.

2.- La distancia desde la red de alcantarillado más cercana y las condiciones del terreno no permiten que las aguas negras lleguen hasta el pie de la vivienda y si llegara la cantidad sería muy poca por lo que afectaría el olor pero no dañaría la estructura de la vivienda.

3.- Los daños que se reclaman afectan al mobiliario y a la solera que soporta el pavimento. No existen síntomas, ni manifestación alguna, que relacione la entrada de agua (lluvia) con afecciones de la estructura del edificio.

4.- El agua que provocó los daños, entró en la vivienda, el día de las lluvias, como manifestó el propietario, por lo que provenía de las escorrentías de las laderas.

5.- El tabique de fachada trasero, por donde entra agua, no reúne condiciones de estanqueidad por lo que cualquier agua que llegue a ese punto entrará por la misma hasta el interior de la vivienda.

6.- La vivienda está construida en aguas vertientes, y es por ello que en su momento se construyó un muro de protección, a todas las casas terreras para evitar la caída de cualquier material sobre las mismas y redireccionar las aguas.

7.- La construcción de estos muros de protección confirma que la exposición de las construcciones a las aguas de lluvias y escorrentías has sido un problema que siempre ha existido, al margen de la posible obstrucción puntual de la red de saneamiento.

8.- El sistema de protección de la trasera de las viviendas (muro) no está haciendo correctamente su función por lo que se recomienda que se limpie en su totalidad y se rehaga el lecho del mismo para que redireccione las aguas hacia los lugares donde no afecta a las viviendas.

9.- Se deja constancia que ante posibles nuevas lluvias, en el estado actual en que se encuentre la ladera, en la vivienda y el muro de protección, entrara el agua en la vivienda del reclamante (...).

- Por último, se incorporan al procedimiento las declaraciones de la Dirección General de Seguridad y Emergencias del Gobierno de Canarias sobre situación de alerta por fuertes lluvias en las fechas en la que presuntamente acontecen los hechos por los que se reclama (23, 24 y 25 de octubre de 2015), así como Resolución del Alcalde por la que se establecen medidas de protección a la población con motivo de la Declaración de la situación de alerta máxima.

III

1. La Propuesta de Resolución concluye declarando la inexistencia de responsabilidad al entender que no ha quedado acreditada la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del mantenimiento de la red de saneamiento y por la concurrencia de fuerza mayor.

En este sentido, la Propuesta de Resolución considera que, con arreglo a la documentación que figura en el expediente, el agua que provocó los daños por los que se reclama entró en la vivienda por la acción de las lluvias, por lo que provenía de las escorrentías de las laderas, estando los muros de protección deficientemente contruidos para evitar su entrada en la vivienda.

Así, en el informe aportado por la empresa (...) se afirma que la estructura de la vivienda no está afectada por posibles roturas de saneamiento, que la distancia desde la red de alcantarillado más cercana y las condiciones del terreno no permiten que las aguas negras lleguen hasta el pie de la vivienda y si llegara la cantidad sería muy poca por lo que afectarla el olor pero no dañaría la estructura de la vivienda y que no existen síntomas, ni manifestación alguna, que relacione la entrada de agua (lluvia) con afecciones de la estructura del edificio.

2. Como ya hemos reiterado en dictámenes precedentes (véanse, entre otros muchos, Dictámenes 279/2015, de 22 de julio, y 443/2015, de 3 de diciembre), sin la prueba de que los daños son consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. El art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria.

Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts. 3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho

lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, art. 6.1, 12.2 y 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP).

Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a estas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir, debiendo incluir el órgano instructor en su propuesta de resolución el razonamiento en virtud del cual establece la presunción (art. 386 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC). No basta para ello la mera afirmación del reclamante, porque esta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC).

3. En el presente caso, el interesado alega que los daños en su vivienda se ocasionaron por la rotura o la filtración procedente de algún elemento de la red de saneamiento ubicada en la ladera próxima, pero no aporta prueba alguna que lo sustente ni que se produjeron como relata, ni que los daños que sufrió fueran consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, del servicio público. Antes al contrario, los informes técnicos acreditan que los daños fueron provocados por las fuertes lluvias de los días precedentes.

Por lo expuesto, como no hay ninguna prueba de que los daños se hayan producido por acción u omisión de los servicios de mantenimiento y conservación de la red de saneamiento público, se ha de concluir que la reclamación debe ser desestimada.

4. Pero aun aceptando, aunque sea de manera hipotética, que los daños se produjeron como consecuencia del funcionamiento de un servicio público de competencia municipal, ya en los DDCC 101/2014, 131/2016, 187/2016 y 399/2016 advertíamos que desde la propia Constitución (art. 106.2) se excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos en supuestos de fuerza mayor. En coherencia con tal exclusión, el art. 139.1 LRJAP-PAC establece que no son indemnizables aquellas lesiones de bienes o derechos por tal causa.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 28 octubre 2004, resume la interpretación jurisprudencial del concepto de fuerza mayor en los siguientes términos:

«(...) b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir

que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: “Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”» (véase, en análogo sentido, la STS de 19 de abril de 1997).

Esta misma línea jurisprudencial se viene a reproducir en las SSTS de 31 de octubre de 2006 y 26 de abril de 2007, en las que, en supuestos similares al que nos ocupa, el alto Tribunal manifiesta:

«(...) la jurisprudencia reconoce la responsabilidad de la administración no solo en los casos en que la inundación o el desbordamiento es originado por una actividad administrativa positiva o por la omisión unida a la creación de una situación previa de riesgo en una modalidad que podría caracterizarse como equivalente a la comisión por omisión, sino también en los casos en que se incumple de modo omisivo puro el deber de poner fin o impedir hechos o actos ajenos a su actuación que pueden provocar el desbordamiento y la perniciosa acción de las aguas que discurren por los cauces naturales. Solamente se reconocen como excepciones, en uno y otro supuesto, los acontecimientos de lluvias torrenciales o a destiempo, que son considerados como casos de fuerza mayor excluidos expresamente por la Ley.

(...) la Administración tiene la obligación de realizar actuaciones o impedir hechos que pueden provocar el desbordamiento y la perniciosa acción de las aguas que discurren por los cauces naturales, con la excepción de los acontecimientos de lluvias torrenciales o a destiempo que son considerados como casos de fuerza mayor excluidos expresamente por la Ley, tal y como se recoge en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia anteriormente transcrita. La fuerza mayor, como tantas veces hemos declarado, no solo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente (Sentencias, entre otras, de 26 de febrero de 1998, recurso de apelación número 4587/1991, 6 de febrero de 1996, recurso número 13862/1991, 18 de diciembre de 1995, recurso número 824/1993, 30 de septiembre de 1995, recurso número 675/1993, 11 de septiembre de 1995, recurso número 1362/1990, 11 de julio de 1995, recurso número 303/1993, 3 de noviembre de 1988, 10 de noviembre de 1987 y 4 de marzo de 1983)».

Por otra parte, y siempre en relación con lo que acaba de exponerse, el Plan Específico de Protección Civil y Atención de Emergencias de la Comunidad Autónoma de Canarias por Riesgos de Fenómenos Meteorológicos Adversos, aprobado por Decreto 18/2014, de 20 de marzo, en su apartado 1.2, dispone que:

«Se considera fenómeno meteorológico adverso a todo evento atmosférico capaz de producir, directa o indirectamente, daños a las personas o menoscabos materiales de consideración.

En consecuencia pueden resultar adversas, por sí mismas, aquellas situaciones en las que algunas variables meteorológicas alcanzan valores extremos. También pueden ser potencialmente adversas aquellas situaciones susceptibles de favorecer el desencadenamiento de otras amenazas, aunque éstas no tengan, intrínsecamente, carácter meteorológico.

En concreto, se considerarán objeto del presente plan aquellas situaciones de peligro asociadas a fenómenos atmosféricos y que representan una amenaza potencial para las personas o los bienes».

Entre esas situaciones, el citado Plan destaca las lluvias (acumulaciones en mm/1 hora o período inferior y/o mm/12 horas).

5. En el presente supuesto, la Dirección General de Seguridad y Emergencias declaró la situación de alerta por fenómeno atmosférico adverso (lluvias) [Declaración 36/2015/FMA] desde las 16 horas del día 20 de octubre de 2015, situación que se prolongó en toda la Comunidad Autónoma hasta las 8.17 horas del día 25, lo que significa que se estaba ante una situación meteorológica extraordinaria que comportaba el riesgo previsible pero irresistible de posibles inundaciones, riesgo que se concretó en fenómenos locales de lluvias intensas.

Ese fenómeno atmosférico adverso oficialmente declarado es un hecho extrínseco al funcionamiento del servicio público de carreteras ya que es inevitable e irresistible la acumulación de agua. Es una situación típica de fuerza mayor.

De ello se desprende que el daño alegado no fue ocasionado por el funcionamiento de ningún servicio público, sino por una causa extrínseca a dicho funcionamiento y ajena por tanto al riesgo propio de éste. Esa causa, calificable de fuerza mayor, consistió en un fenómeno atmosférico adverso por lluvias, debidamente anunciado mediante la declaración oficial y pública de la situación de alerta, lo que, en caso de producir daños a particulares, rompe la relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público afectado y la producción de dicho daño.

6. En definitiva, el interesado no acredita la relación de causalidad entre los daños y el funcionamiento del servicio del mantenimiento de la red de saneamiento

municipal, y, en todo caso, en la producción de los daños ocasionados habría concurrido una causa de fuerza mayor, lo que exonera de responsabilidad a la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada es conforme a Derecho, de acuerdo con lo razonado en el Fundamento III de este Dictamen.