

Expediente Núm. 201/2012
Dictamen Núm. 242/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de septiembre de 2012, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente acuerdo:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Presidencia de 25 de junio de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias formulada por, por los daños ocasionados en la producción de ejemplares de trucha que atribuye a la existencia de filtraciones de cloro desde una estación de tratamiento de agua potable.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 5 de septiembre de 2011, una persona que dice “actuar en nombre” de una entidad mercantil, “titular” a su vez “de una piscifactoría industrial destinada a la cría y producción de truchas de la especie arco-iris”, presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la “muerte de las truchas” a

consecuencia, según expone, de las “sucesivas y reiteradas filtraciones de cloro en las instalaciones” de la empresa desde una depuradora.

Relata que, desarrollada su actividad “de acuerdo con la correspondiente concesión administrativa (...), entre el 5 de septiembre de 2010 y julio de 2011 (...) se han venido produciendo, de forma reiterada”, daños consistentes en “la alta mortandad de truchas” a causa de “asfixia”, pues, realizado un examen de diferentes muestras de los ejemplares “tanto por parte de la veterinaria contratada por la piscifactoría (...) como por el Servicio de Diagnóstico Patológico en Peces de la Facultad de Veterinaria de Barcelona (...), se pudo comprobar que todos ellos (...) presentaban una pérdida del 30% de la capacidad respiratoria y lesiones en las laminillas branquiales producidas por los altos niveles de cloro en el agua producidos por el vertido irregular y constatados por” una entidad privada “tras las correspondientes mediciones”.

Indica que “los hechos se pusieron de manifiesto por primera vez ante la Consejería de Medio Rural y Pesca del Gobierno del Principado de Asturias en septiembre de 2010 (...), razón por la cual, veterinarios al servicio de la citada Consejería se personaron el 16 de septiembre de 2010 en las instalaciones para la comprobación” de lo sucedido, levantándose la correspondiente acta. Señala que “en las inmediaciones de la piscifactoría existe una depuradora de la que derivarían las filtraciones de cloro y que precisaría su revisión y reparación. La canalización de agua desde la depuradora hacia la piscifactoría”, precisa, “transcurre a un nivel de suelo inferior al de la piscifactoría, momento en el que se producen las filtraciones”.

Prosigue exponiendo que “la segunda gran incidencia relacionada con las filtraciones de cloro tuvo lugar a partir del 7 de abril de 2011, adoptándose” por la mercantil a la que representa “como acciones correctoras la suspensión de la alimentación, medición del oxígeno disponible y avisando al Seprona, al servicio veterinario (...), al Departamento de producción ganadera” de la Consejería y a una empresa privada de ingeniería “para la medición del cloro en el agua y la emisión del correspondiente informe”, resultando de todo ello que, de nuevo, “las causas de mortandad de los peces (...) coincidían con las del anterior

incidente de septiembre-octubre de 2010, esto es, la filtración de cloro". Transcribe parte del contenido del informe emitido por la citada empresa, en el que se indica que "los niveles de cloro libre medidos son incompatibles con la producción de salmónidos".

Resalta que "esta no es la primera incidencia imputable" a la entidad frente a la que se dirige la reclamación, "habiéndose resuelto la última de ellas a través de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo de fecha 16 de febrero de 2011, ya firme, por la que se condenó a ese Consorcio a indemnizar a mi mandante en una cantidad equivalente a 44.288,67 euros por los daños que le ocasionó el corte injustificado en el suministro de agua".

Solicita una indemnización por importe total de ciento veintiséis mil quinientos ocho euros con treinta y cuatro céntimos (126.508,34 €), que desglosa de la siguiente forma: para la denominada "incidencia septiembre/octubre de 2010", un total de 56.750,49 €, que corresponden a "ejemplares muertos" ("3.389,7 kg" de peces, con un coste de 5,098 €/kg" y con un "promedio de 24,8 peces/kg)" y a "estanques afectados", "7, equivalente a 389.900 peces", concepto en el que incluye "15.722 kg sin alimentación durante 30 días (protocolo habitual ante este tipo de incidencias)", y a la "incidencia abril/mayo 2011" le atribuye un total de 69.757,85 €, que integran, de nuevo, los conceptos "ejemplares muertos" (3.888 kg, a un coste/kg de 4,571 €/kg, y con un promedio de "19,54 peces/kg") y "estanques afectados", que cifra en 9, albergando a "550.468 peces", que relaciona con "35 días" sin alimentación.

Propone la práctica de prueba documental, constituida por la documentación que adjunta, y pericial, "consistente en un informe, ya en curso de elaboración, de valoración de los daños y perjuicios que se han ocasionado y que habrá de aportarse al expediente".

Adjunta la siguiente documentación: a) Informe, sin fecha, emitido por la veterinaria de la piscifactoría, tras visita efectuada el día 16 de septiembre de 2010, en el que se constata que del análisis de las truchas afectadas por un

laboratorio se desprendió la existencia de "lesiones (...) compatibles con alteraciones en la calidad del agua (contaminantes químicos...)", sospechándose de "un vertido de cloro en el agua". Añade que, tomadas muestras de agua en 3 puntos distintos de los estanques, se han obtenido resultados de cloro en agua "de 0,07, 0,03, 0,09 (mg/l), siendo el límite en aguas de consumo humano > 0,0 mg/l < 1 mg/l". b) Informe emitido el día 2 de diciembre de 2010 por el Servicio de Diagnóstico Patológico en Peces de la Facultad de Veterinaria de la Universidad Autónoma de Barcelona. En él se afirma que "no podemos descartar ni tampoco confirmar que el cuadro observado pueda estar ligado a niveles subletales crónicos de cloro, ya que a su vez puede tratarse de dos fenómenos independientes, es decir, que los peces tuvieran ya previamente estas lesiones y pudieran estar afectados por presencia de cloro en dosis mayores en agua. Si fuera este el caso, al estar las branquias previamente alteradas, la toxicidad del cloro aumenta y por tanto puede afectar al animal a dosis más bajas de las habituales. En todo caso, una evaluación más fina de la posible toxicidad solamente es posible conociendo los niveles de cloro libre presentes en la instalación". c) Informe emitido con fecha 10 de abril de 2011 por una empresa privada, sobre "resultados de medidas de cloro libre y cloro total en aguas superficiales y de vertido" a partir de muestras recogidas los días 17 y 22 de septiembre de 2010, del que se omite su página 5, en la que, según el índice del documento, figuran los resultados. d) Acta levantada por dos veterinarios de la Consejería de Medio Rural y Pesca el día 16 de septiembre de 2010, que acuden para "comprobación e investigación tras comunicación de un aumento de mortalidad muy elevado", indicándose que "se recogen muestras de cuatro estanques", que son enviadas al Servicio Regional de Desarrollo Agrario (Serida), y se realiza una "encuesta epidemiológica". e) Comprobantes emitidos por una empresa los días 14 y 17 de septiembre y 8 de octubre de 2010, relativos a la entrega de "residuos" que, según el declarante, consisten en los ejemplares muertos. f) Informe emitido por una veterinaria de la piscifactoría, relativo a la visita girada con fecha 26 de abril de 2011, en la que detecta las siguientes anomalías: "mortandad significativamente elevada en las

balsas 16, 19, 20, 21, 18 y 4. Las truchas aparecen muertas con los opérculos abiertos y las branquias enrojecidas, síntomas de muerte por asfixia, e irritación de branquias (...). Presencia de cloro en el agua. Se toma una muestra `in situ` de agua en el canal de entrada a las 9:30 h, dando resultado de cloro libre en agua de 0,08 (mg/l)". g) Acta levantada por dos veterinarios de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural el día 19 de abril de 2011, en la que se consigna que "no se considera necesario tomar una muestra de peces para analizar" teniendo en cuenta "lo sucedido en el pasado con muertes" elevadas "por cloro" y la consideración del "cloro como causa de la elevada mortalidad". g) Informe emitido por una empresa de ingeniería el 4 de mayo de 2011, en cuyas conclusiones se refleja que "los niveles de cloro libre medidos son incompatibles con la producción de salmónidos. Los criterios de calidad para la vida acuática (agua dulce) de la U. S. Environmental Protection Agency son 0,019 mg Cl₂/l para concentración máxima y 0,011 mg Cl₂/l para concentración continua. Estos criterios están basados en el Gold Book y en el Red Book, manuales que a su vez recopilan diversos estudios que documentan la fuerte toxicidad del cloro libre para los salmónidos en los rangos de las concentraciones medidas".

2. Figura incorporado al expediente un informe "en relación a la visita realizada" a la Estación de Tratamiento de Agua Potable de Rioseco con motivo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la interesada, suscrito por un Ingeniero Técnico adscrito al Servicio de Explotación y Mantenimiento del Consorcio con fecha 9 de septiembre de 2011. En él señala que ese día procedió a "verificar sobre el terreno" los extremos planteados por aquella, reseñando que "se tomó muestra en la entrada del canal de la piscifactoría que discurre por debajo" de la Estación y se realizó "una medición de cloro por el mismo método que el empleado por el laboratorio que realizó las determinaciones aportadas" por la piscifactoría, "observándose que el reactivo" utilizado "reacciona con la muestra proporcionando una coloración apreciable a simple vista de la que el colorímetro determina una concentración de cloro de

0,08 ppm, totalmente sorprendente porque el agua del río de forma natural no tiene cloro libre y mucho menos en ese nivel de concentración. A la vista de tal circunstancia se toma otra muestra de la salida del caudal ecológico y se observa el mismo efecto”, por lo que “se decide tomar muestra en otros puntos del embalse de Rioseco (aguas arriba de la presa, salida de las turbinas de Tanes, cauce natural del río bajo el puente de Rioseco, etc...) y también aguas arriba de la presa de Tanes, observándose el mismo efecto, la muestra se colorea al añadir el reactivo y el colorímetro determina la existencia de cloro libre en cantidades muy elevadas (en torno a las 0,08 ppm) para el agua de un río. A raíz de estas comprobaciones”, indica, “se deduce que el reactivo empleado para la determinación de la concentración de cloro por colorimetría está reaccionando con alguna otra sustancia existente en el río Nalón aguas arriba de las presas de Rioseco y Tanes y está interfiriendo con la determinación de cloro libre falseando los datos”. Considera que, “a simple vista, no se aprecia que desde las instalaciones” de la Estación de Rioseco “se esté filtrando agua al canal de la piscifactoría en las cantidades necesarias para generar los niveles de cloro apreciados en las pruebas de campo, ni los proporcionados por la documentación aportada” por la piscifactoría, “dado que debieran ser cantidades muy elevadas y por tanto su derivación se detectaría en el propio proceso de tratamiento de agua”.

Concluye que, “vista la incongruencia de las mediciones obtenidas con las que debieran obtenerse por mera lógica”, ha de elaborarse “un estudio de mayor profundidad en el que se pueda definir con mayor claridad y precisión las conclusiones obtenidas”.

3. Mediante Resolución de la Presidencia del Consorcio de 30 de septiembre de 2011, se acuerda iniciar el expediente de responsabilidad patrimonial, la designación de instructor del mismo y la concesión de un plazo de siete días a la reclamante para la presentación de los documentos, alegaciones y pruebas que considere oportunas, emplazando asimismo a los posibles interesados, en concreto a la empresa que cita en su condición de comunera en la gestión de

las instalaciones de las presas de Tanes y de Rioseco. Dicha Resolución se notifica a la reclamante el día 25 de octubre de 2011, constando también su envío a esta última empresa.

4. Con fecha 18 de octubre de 2011, comparece en el expediente dicha empresa y manifiesta que la misma “no realiza labor, trabajo o función alguna relacionada con el cloro, ni en las instalaciones específicas” de la compañía ni en las “comunes con el Consorcio”.

5. El día 2 de noviembre de 2011, la reclamante presenta un escrito en el que reitera su reclamación de responsabilidad patrimonial y aporta de nuevo la documentación adjuntada inicialmente.

6. Con fecha 22 de noviembre de 2011, el Instructor del procedimiento acuerda abrir un periodo de prueba de treinta días a fin de que se practiquen las que estima pertinentes, tanto por parte de la interesada como por el Servicio de Explotación y Mantenimiento del Consorcio, solicitando asimismo a la empresa de residuos la presentación de una relación certificada de las entregas de peces muertos depositadas por la citada piscifactoría correspondientes a los ejercicios 2009, 2010 y 2011, con desglose mensual y, si es posible, indicando la instalación origen del vertido.

En la misma fecha, se emplaza a la empresa encargada de la gestión de la “Estación de Tratamiento de Agua Potable de Rioseco” para su personación en el procedimiento como interesada.

7. El día 29 de noviembre de 2011, el Jefe del Servicio de Explotación y Mantenimiento del Consorcio emite un informe en el que resalta, en primer lugar, la disparidad de fechas aducidas por la reclamante respecto al momento de producción de los daños. Asimismo, cuestiona el valor probatorio de los dos informes elaborados por una veterinaria de la piscifactoría y, en cuanto al realizado por un equipo universitario, recuerda que en el mismo no se afirma

que la mortandad sea debida al cloro. Añade que “la canalización indicada” por la interesada (que señala que “desde la depuradora” discurre “a nivel de suelo inferior” al de la piscifactoría) “no viene” desde esta última, pues “solo pasa bajo uno de los viales de ella y parte de un punto próximo a la presa de Rioseco; además la canalización mencionada tiene el nivel del suelo por encima de la piscifactoría, ya que el agua llega a esta por gravedad”. En cuanto al informe emitido por una empresa de ingeniería, advierte que “en la analítica aportada (...) se constata que los niveles de cloro detectados en el punto de toma de la piscifactoría (antes de pasar bajo la depuradora) y en el punto de entrada a la piscifactoría (después de pasar bajo la depuradora) son similares, por tanto las instalaciones” del Consorcio “no aportan ningún contaminante al agua de toma ni alteran su composición. Esta circunstancia nos hizo intuir que existía otro problema y no una contaminación por cloro procedente de la depuradora”, puesto que “el agua del punto de toma proviene directamente del embalse y en este no puede haber cloro”. Por ello, explica, el Consorcio “encargó a (...) la misma empresa que había realizado la analítica” a instancia de la perjudicada, “y que además es un organismo acreditado, un nuevo estudio con más puntos de muestreo y una interpretación de los resultados obtenidos”; estudio de fecha 8 de noviembre de 2011 que se adjunta y que concluye “que está descartada la cloración de las muestras, y por tanto no existe cloro ni en el embalse ni en ningún punto de los analizados”.

Finalmente, observa que la cifra del peso de los ejemplares muertos alegada por la interesada difiere respecto de la que figura en la documentación justificativa del envío a la empresa de residuos.

8. Con fecha 7 de diciembre de 2011, la empresa encargada de la gestión de la “Estación de Tratamiento de Agua Potable de Rioseco” presenta un escrito en el registro del Consorcio. En él señala que “en dicha depuradora no ha existido ningún tipo de siniestro, ni incidencia o fuga alguna que pudiera dar lugar a filtraciones de cloro”; que sus instalaciones son “vecinas pero independientes”, y que “ninguna instalación” de la Estación “que pueda tener agua clorada es

común o tiene contacto directo con la piscifactoría”. Precisa que “solamente existe un canal de by-pass que es paralelo a la toma de agua de la piscifactoría, si bien este canal (...) solamente se puede usar cuando la planta está parada (...) y el agua que por él circulase sería agua procedente del embalse de Rioseco y por tanto jamás contendría cloro residual”. Frente a la concreta alegación de que “el agua clorada” se filtra “por la parte de debajo de las balsas”, opone que en ese punto “no existe ninguna tubería procedente” de la Estación, sin perjuicio de que “del estado de las instalaciones y de la estanqueidad de las balsas el único responsable es la propia piscifactoría”.

Se adjunta el informe emitido por el Jefe de Servicio de la Estación, del que se desprende la falta de “rigor científico” de las pruebas presentadas por la empresa afectada, pues las mediciones efectuadas revelan la existencia de “interferentes que estaban dando lecturas erróneas” de cloro libre residual.

9. Mediante escrito de 3 de enero de 2012, la representante de la reclamante adjunta diversa documentación acreditativa de los extremos solicitados por el órgano instructor: informe emitido por la entidad encargada de efectuar las mediciones aportadas, facturas emitidas por la empresa de residuos e informe elaborado por una economista en el que se justifican los daños y perjuicios sufridos.

10. Con fecha 16 de marzo de 2012, el Instructor del procedimiento emite un informe en el que concluye, por lo que razona, la imposibilidad de establecer una relación de causalidad entre el funcionamiento de la Estación de Tratamiento de Agua Potable de Rioseco y la muerte de las truchas.

El día 19 del mismo mes, la Presidenta del Consorcio emite propuesta de resolución en la que considera que procede la desestimación de la reclamación por falta de relación de causalidad.

En esa misma fecha, la Presidenta del Consorcio dicta Resolución por la que ordena remitir copia del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias y dar cuenta de ello a las partes interesadas.

11. El día 24 de abril de 2012, la representante de la empresa perjudicada presenta un escrito de alegaciones en una oficina de correos en el que expone que, notificada la Resolución de remisión al Consejo Consultivo, la misma se produciría sin haberse celebrado el trámite de audiencia previsto en los artículos 11 y 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, advirtiéndose sobre el carácter esencial de dicho trámite y las consecuencias de su omisión.

A la vista de ello, la Presidenta del Consorcio dicta Resolución, de fecha 26 de abril de 2012, en la que ordena la retroacción del procedimiento al momento de la concesión del trámite de audiencia, lo que se formaliza en virtud de acuerdo del Instructor de 27 de abril de 2012.

12. Con fecha 8 de mayo de 2012, el Secretario General del Consejo Consultivo del Principado de Asturias procede a la devolución del expediente, una vez recibida notificación de la Resolución de 26 de abril de 2012.

13. El día 8 de mayo de 2012, se presenta en el registro del Consorcio un escrito de alegaciones de la empresa considerada comunera en la gestión de las instalaciones en el que se reitera en lo expresado con anterioridad.

Igualmente, con fecha 11 de mayo de 2012, se incorporan al expediente las alegaciones formuladas por la empresa encargada de la gestión de la “Estación de Tratamiento de Agua Potable de Rioseco”. En ellas se indica, en relación con el informe de medición aportado por la reclamante, que “la entidad” que lo elabora “no está certificada por ENAC (Entidad Nacional de Acreditación) como entidad nacional de acreditación para realizar la determinación del cloro libre residual en aguas superficiales, puesto que (...) las medidas que ellos reflejan en su informe las tienen ‘subcontratadas’, careciendo de cualquier validez técnica, e incluso legal”. Tras exponer diversos argumentos en defensa de la falta de relación de causalidad, concluye

señalando “que en caso de haber existido algún tipo de fuga que hubiera dado lugar a las filtraciones alegadas” los daños habrían sido “continuados”, y no como los invocados, que ocurren de manera “puntual”.

14. Con fecha 21 de mayo de 2012, se presentan en el registro del Consorcio las alegaciones de la reclamante en las que se rebaten los argumentos expuestos por otros interesados en extremos tales como la viabilidad de la existencia de filtraciones o las discrepancias en las fechas de producción del daño.

Adjunta como documentación dos “hojas de visita”, firmadas por el Jefe de Servicio de la Estación, correspondientes a los días 27 de septiembre y 3 de octubre de 2011, respectivamente, y que, a su juicio, confirman la existencia de cloro en el agua.

15. El día 25 de junio de 2012, la Presidenta del Consorcio formula propuesta de resolución en la que propone la desestimación de la reclamación por falta de acreditación del nexo causal entre el funcionamiento de la planta depuradora de la Estación de Tratamiento de Agua Potable de Rioseco y la muerte de las truchas.

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 25 de junio de 2012, registrado de entrada el día 18 de julio de 2012, esa Presidencia solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Presidencia del Consorcio de Aguas, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la empresa interesada activamente legitimada para solicitar la reparación del daño alegado, en tanto que su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que originan la reclamación.

Ahora bien, no se ha acreditado que la persona que suscribe la reclamación tenga facultades para ostentar la representación que dice ejercer. No obstante, dado que el ente local actuante ha reconocido la capacidad de quien afirma obrar en nombre de la entidad mercantil afectada, en aplicación del principio de eficacia reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución y recogido en el artículo 3 de la LRJPAC, procede analizar el fondo de la cuestión controvertida, no sin antes advertir de que no cabría estimar la reclamación formulada en nombre de la compañía sin que, por el procedimiento legal oportuno, se verifique la representación invocada. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

El Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 5 de septiembre de 2011, y los daños alegados se habrían producido, de acuerdo con lo expuesto por la empresa afectada, en dos momentos distintos: en los meses de “septiembre/octubre de 2010” (en concreto, y de acuerdo con el acta levantada por dos veterinarios de la Consejería de Medio Rural y Pesca, “a partir del 10 de septiembre”) y en los de “abril/mayo de 2011”. Por tanto, y con independencia de la cuestión relativa a su consideración como daños de naturaleza permanente o continuada, hemos de considerar que la acción se ha ejercitado dentro del plazo legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

No obstante, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo una vez transcurrido el plazo máximo para la resolución expresa -y notificación- del procedimiento.

En cambio, observamos que en la Resolución en la que se notifica a la reclamante el inicio del expediente se le concede un plazo de siete días para la

aportación de “cuantas alegaciones, documentos o información” estime conveniente “a su derecho” y proponga las pruebas pertinentes, lo que supone obviar que en su escrito inicial aquella ya ha presentado la documentación en que sustenta su petición y propuesto la prueba que considera necesario practicar -un informe “pericial” “de valoración de los daños y perjuicios” que aportará con posterioridad-. Por tanto, si a la vista de la solicitud planteada entiende el órgano instructor que no reúne los requisitos exigidos en el artículo 6 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, procede que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 de la LRJPAC, se requiera a la interesada para su subsanación en el plazo de diez días en él establecido; supuesto que no ocurre en el presente caso, en el que tampoco se recaba una mejora voluntaria de aquella, regulada igualmente en dicho precepto. En consecuencia, puede afirmarse que el trámite efectuado en tales términos resultaba innecesario.

Por otra parte, consideramos que se ha procedido, acertadamente, a retrotraer el procedimiento una vez advertida la omisión del trámite esencial de audiencia, previsto no solo en la normativa específica reguladora del procedimiento de responsabilidad patrimonial citada al efecto (el ya mentado Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), sino en el artículo 84 de la LRJPAC. Sin embargo, llama la atención que la propuesta de resolución remitida a este Consejo, elaborada tras la celebración de aquel, esté suscrita por la titular de la Presidencia del Consorcio.

Asimismo, y respecto a la falta de pronunciamiento sobre las pruebas solicitadas por una de las partes personadas como interesada en el procedimiento (la empresa encargada de la gestión de la “Estación de Tratamiento de Agua Potable de Rioseco”), ha de recordarse que el artículo 80 de la LRJPAC prescribe que su rechazo por parte del órgano instructor deberá realizarse “mediante resolución motivada”, en caso de ser “manifiestamente improcedentes o innecesarias”; circunstancia que entendemos concurre en este caso, al consistir las solicitadas en declaraciones testimoniales de diversos profesionales -informantes a instancia de la reclamante-, pues es presumible que aquella no variaría respecto del contenido de los correspondientes informes

suscritos. Por este mismo motivo, estimamos que no resulta necesario proceder a la retroacción del procedimiento, pues tal omisión no ha originado indefensión alguna, aunque habrá de subsanarse el defecto incorporando a la resolución que finalmente se adopte el pronunciamiento motivado ahora omitido. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Por último, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la

Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), dispone que “Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- La empresa reclamante, dedicada a la producción de ejemplares de trucha, solicita una indemnización por los daños derivados de un incremento en la mortandad de aquellos, que atribuye a la existencia de filtraciones de cloro procedentes de una estación de tratamiento de agua potable cuya titularidad

pertenece al Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias.

Al respecto hemos de señalar, en primer lugar, que la realidad y efectividad del daño constituye el presupuesto previo ineludible de toda valoración sobre la responsabilidad administrativa, lo que implica su necesaria y plena acreditación, siendo insuficiente su mera alegación por parte de la interesada.

En este caso, de lo actuado a lo largo del procedimiento resulta que la certeza sobre la misma mortalidad de los peces no se encuentra exenta de dudas, pues únicamente se sustenta en los informes, sin fecha, emitidos por dos veterinarias de la propia piscifactoría. Además, debe tenerse en cuenta que, pese a que en el primero de ellos se indica que se elabora a partir de una visita llevada a cabo el día 16 de septiembre de 2010, en el acta levantada por dos veterinarios de la Consejería competente el mismo día consta que dicha responsable "aún no ha sido informada de la situación" -sin que exista "registro de visitas ni informes clínicos" en la explotación-. Tampoco evidencia el contenido de estas actas si las muestras recogidas por los veterinarios de la Consejería son de peces vivos o muertos. A ello ha de añadirse que la documentación (recibos y facturas) emitida por la empresa de residuos no acredita que los entregados fueran peces muertos y que tampoco es posible verificar, como señala el Instructor del procedimiento, cuál es su procedencia, habida cuenta que la reclamante dispone de otras "instalaciones destinadas al mismo fin" ubicadas "aguas arriba del embalse"; por otra parte, la empresa de residuos no ha respondido a la solicitud de "relación certificada" de las entregas de peces formulada desde el Consorcio.

La interesada refiere, además, la concurrencia de otro tipo de daños, los perjuicios derivados de la denominada "pérdida de producción", identificada con la ralentización del crecimiento de los ejemplares vivos, ocasionada a su vez por la necesidad de paralizar su alimentación, "protocolo habitual ante este tipo de incidencias". Tal conceptualización remite -aunque la afectada no lo diga expresamente- a la noción de lucro cesante, en cuanto ganancia o rendimiento

de la explotación que se ha dejado de obtener, en los términos de lo establecido en el artículo 1106 del Código Civil. En lo concerniente a su efectividad, se apoya en el informe emitido por una economista que señala basarse en “una metodología empleada por el sector de la piscicultura para la valoración de los daños” sin que, más allá de su mera calificación como pericial, se acredite la condición de perito de su autora.

No obstante, y pese a la escasa consistencia de los elementos objetivos de que este Consejo dispone en orden a adquirir la convicción de la realidad y certeza del daño alegado -cuya falta de apreciación, como decimos, supondría la ausencia de un requisito esencial para la eventual declaración de responsabilidad de la Administración pública, conduciendo, sin más, a la desestimación de la reclamación-, debemos considerar que, al menos, se ha producido una “alta mortandad” de “peces con signo de asfixia” -en número no determinado-, y que la sospecha de la existencia de filtraciones de cloro en los estanques ha afectado a la producción, como consecuencia de la adopción de las medidas preventivas indicadas.

Por otro lado, de acuerdo con sus Estatutos reguladores, corresponde al Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias “la finalidad genérica de contribuir a la solución de las necesidades de abastecimiento de agua y saneamiento del territorio de la Comunidad Autónoma que comprenden” los Concejos que forman parte del mismo.

La reclamante esgrime la incidencia expuesta como causa de los daños que aduce, aportando en orden a sostener su argumentación el informe elaborado por un equipo de la Facultad de Veterinaria de una Universidad española y otros dos, de fechas 10 de abril y 4 de mayo de 2011, emitidos por empresas especializadas. Sin embargo, su contenido no permite afirmar, con el necesario rigor, que la causa de la muerte de los ejemplares remitidos haya sido la señalada por la empresa perjudicada, ni que se hayan producido filtraciones de cloro desde la depuradora.

Así, el Servicio Universitario de Diagnóstico Patológico en Peces considera que “el cuadro básico observado es compatible con un cuadro de

BGD con presencia de infección por flavobacterias”, que “suelen ser multifactoriales y asociados a condiciones suboptimales del agua, sea por presencia constante de materia orgánica en suspensión, desviaciones de pH, exceso de amoníaco, etc.”, sin que, “en este caso”, pueda confirmarse ni descartarse que “pueda estar ligado a niveles subletales crónicos de cloro”. Resalta que, aun así, podría darse la circunstancia de que “los peces tuvieran ya previamente estas lesiones y pudieran estar afectados por presencia de cloro (...) a dosis más bajas de las habituales” -en cuyo caso nos encontraríamos ante una eventual concurrencia de causas en la producción del resultado dañoso-. Pese a que de ello se desprende que la causa de la muerte de los ejemplares analizados no ha sido determinada, ambas hipótesis, aun planteadas en términos de probabilidad, nos llevan a analizar la posible existencia de filtraciones, pues, a la vista de la documentación disponible, observamos que dicho extremo tampoco se ha justificado.

Así, el primero de los informes técnicos presentados por la perjudicada (de abril de 2011) se limita a recoger, mediante fotometría, los resultados de un muestreo llevado a cabo los días 17 y 22 de septiembre de 2010, sin ningún tipo de valoración de los mismos. A su contenido se opone el Jefe de Servicio de la Estación, quien resalta que la empresa que llevó a cabo dichos trabajos no se encuentra acreditada para efectuar tales mediciones y cuestiona el método empleado por no ofrecer las garantías adecuadas, sin que la reclamante contradiga la falta de validez denunciada.

En cuanto al segundo (fechado el 4 de mayo de 2011, y realizado a partir de muestras obtenidas en el mes de abril), ciertamente, en él se afirma de forma expresa que “la mayor parte de las medidas de cloro libre, tanto las efectuadas en el punto de entrada de agua en la piscifactoría como las efectuadas en el punto de toma del embalse, estuvieron por encima del umbral de cuantificación del método (0,02 mg Cl₂/l)”, siendo los “niveles (...) medidos (...) incompatibles con la producción de salmónidos” (que cifra en “0,019 mg Cl₂/l”). Sin embargo, la misma empresa (consultora de ingeniería) elabora durante el procedimiento y a instancia del Consorcio para el Abastecimiento de

Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias “un nuevo estudio con más puntos de muestreo”, habida cuenta que un Ingeniero del Servicio de Explotación y Mantenimiento considera necesario, el 9 de septiembre de 2011, “encargar un estudio de mayor profundidad” a la vista de “la incongruencia de las mediciones obtenidas”, pues arrojaban cifras “de cloro libre en cantidades muy elevadas (...) para el agua de un río”. En este segundo estudio se recogen las posibles interferencias en los resultados, concluyéndose que “la ausencia de trihalometanos descartaría la cloración de las muestras” y que “existen interferencias de origen desconocido que no hacen adecuada la medida del cloro con método colorimétrico de la DPD”. En ello abunda el informe emitido por el Jefe de Servicio de la Estación de Tratamiento de Agua Potable de Rioseco, que, tras describir el método -en el cual se emplea la “molécula de DPD o N,N-dietil-p-Fenilendiamina”, que “reacciona con el cloro molecular libre en el medio para formar una especie química coloreada”-, explica que no es adecuado para “este tipo de aguas superficiales”, en las que “algunas especies químicas y orgánicas desconocidas actúan como interferentes en el método (...) y ofrecen coloración por facilitar la oxidación de esta molécula, dando lecturas de absorbancia que no pueden ser atribuibles a la presencia de cloro libre residual”, proporcionando “falsos positivos a estas concentraciones tan bajas”.

Tales argumentos no resultan desvirtuados por las alegaciones efectuadas por la reclamante durante el trámite de audiencia, en el que esta, al respecto, se limita a subrayar una pretendida e inexistente contradicción en el informe del Jefe de Servicio de la Estación, basándose para ello en la mera existencia de unas hojas acreditativas de muestras tomadas por él en las que se constata la presencia de cloro en las aguas, lo que no contradice el prolijo razonamiento efectuado por aquel en su informe, con arreglo al cual tal presencia respondería, como ya se ha apuntado, a la utilización del método DPD, que proporciona “valores erróneos de lecturas ficticias de CLR (cloro libre residual)”. Apoya esta conclusión el hecho de que aparecieran valores de CLR en las tomas efectuadas por un Ingeniero del Consorcio dos días después de presentarse la reclamación en “aguas superficiales naturales” que se

encuentran “alejadas de las instalaciones” y que no están “afectadas por ningún tipo de actividad industrial ni proceso”.

Por tanto, ha de considerarse probado que la aparición de valores de cloro residual se debe a fallos inherentes a la metodología empleada para la medición, cuya idoneidad o posibles alternativas no se cuestionan. Sin perjuicio de ello, otros datos obrantes en el expediente también permiten descartar el modo de producción de las filtraciones indicado por la interesada en su escrito inicial, en el que señala que se deben a que “la canalización de agua desde la depuradora hacia la piscifactoría transcurre a un nivel de suelo inferior” al de esta última. Pues bien, tanto el Jefe del Servicio de Explotación del Consorcio como la empresa encargada de la gestión de la Estación de Tratamiento de Agua Potable de Rioseco precisan, respectivamente, que tal canalización no parte de la depuradora y que su “nivel del suelo” se encuentra “por encima de la piscifactoría”, así como que “las instalaciones” de la Estación y “las de la piscifactoría son vecinas pero independientes”, que ninguna instalación de la Estación “que pueda tener agua clorada es común o tiene contacto directo con la piscifactoría” y que “solamente existe un canal de by-pass que es paralelo a la toma de agua de la piscifactoría”, si bien el mismo está concebido para ser usado exclusivamente “cuando la planta está parada” (y de ahí su nombre, “en by-pass”), momento en el que “el agua que por él circulase sería agua procedente del embalse de Rioseco”, por lo que “jamás tendría agua residual”.

En consecuencia, no cabe sino concluir que no ha resultado acreditado el nexo causal existente entre los daños invocados y la actividad desarrollada en las instalaciones de la Estación de Tratamiento de Agua Potable de Rioseco, cuya titularidad corresponde al Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias para el cumplimiento de los fines propios del servicio público que tiene atribuido.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y,

en consecuencia, una vez atendidas las observaciones esenciales contenidas en el cuerpo de este dictamen, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. PRESIDENTA DEL CONSORCIO DE AGUAS.