



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 326/2007

(Sección 2ª)

La Laguna, a 20 de julio de 2007.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización, formulada por R.B.D. en representación de C.C.V., S.A., por daños derivados de la Orden de 28 de enero de 1993, por la que se acordó la caducidad del permiso de investigación de referencia PI-23 Chantal, motivando la cancelación del expediente de concesión directa de explotación Carmen, tramitada bajo el expediente CPDI-37 (EXP. 275/2007 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Industria, Comercio y Tecnología es el proyecto de Orden Departamental por la que se resuelve la reclamación formulada por R.B.D., en representación de C.C.V., S.A., relativa a la responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de la Orden departamental, de 28 de enero de 1993, por la que se acordó la caducidad del permiso de investigación PI-23 Chantal.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Excm. Sra. Consejera para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 12.1, de carácter básico, del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, RPRP (aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo).

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

II¹

III

1. La Propuesta de Resolución en su consideración jurídica segunda se extiende en argumentar que la acción de reclamación está prescrita. En este punto nos hemos de apartar de ella por las siguientes razones:

Según el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, LPAC, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto en caso de que sus efectos lesivos sean inmediatos; pero si éstos se manifiestan con posterioridad a la producción de aquellos, entonces la fecha de su manifestación será la del inicio del cómputo del plazo de prescripción.

El presunto efecto lesivo por el que se reclama es la imposibilidad de realizar la actividad extractiva de roca ornamental a la que habilitaba la Resolución de 18 de noviembre de 2004 que otorgaba la concesión. Mientras no se otorgara ésta no podía manifestarse la existencia del efecto lesivo que alega la reclamante.

La Resolución de 18 de noviembre de 2004 que otorgó la concesión se dictó en ejecución forzosa de la Sentencia de 14 de febrero de 1998 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJC que devino firme con la Sentencia de 31 de mayo de 2002, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

El procedimiento de ejecución forzosa lo instó la reclamante el 15 de mayo de 2003; y, después de los varios requerimientos de la Sala sentenciadora que atrás se reseñaron, se dictó la Resolución de 18 de noviembre de 2004 que otorgó la concesión y que se notificó a la interesada el 24 de noviembre de 2004. Sólo a partir del momento en que existe y se le notifica el título concesional puede constatar la imposibilidad de desarrollar la actividad extractiva. Antes de que transcurra un año desde la fecha de notificación, el 9 de marzo de 2005 pide a la Sala sentenciadora que declare la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia y que sustituya su cumplimiento por una indemnización de 104.784.995 euros. Tramitado el incidente regulado en el art. 109 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), éste se decide por el Auto de 2 de mayo de 2006 que declara que la Sentencia se ha cumplido en sus propios términos.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

Este Auto se le notificó a la interesada el 29 de mayo de 2006 (folio 334 del expediente), la cual presentó su escrito de reclamación el 16 de agosto de 2006.

El art. 146.2 LPAC, que está en relación inescindible con el art. 121 del Código Penal, establece que la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial. Pero esta regla, que sólo tiene sentido en relación con lo dispuesto en el art. 121 del Código Penal, lo que no dice es que *"un procedimiento judicial no interrumpa la prescripción de la acción de reclamación de responsabilidad extracontractual de la Administración"*.

La Ley 30/1992 no contiene reglas sobre la interrupción de dicha prescripción. Por ello, hay que atenerse a la regla general del art. 1.973 del Código Civil según la cual aquélla se interrumpe por la reclamación judicial, es decir, por el ejercicio de la acción precisa, en este caso la de indemnización de daños y perjuicios, frente al sujeto legitimado pasivamente, aquí la Administración autonómica, no siendo obstáculo para esta interrupción que el órgano judicial se abstenga de conocer sobre el fondo por inadecuación del procedimiento, pues esa reclamación judicial evidencia y pone en conocimiento del legitimado pasivamente el *animus conservandi* del titular de la acción.

2. Por último, se ha de reparar en que la STSJ anulatoria se fundó en vicios procedimentales, por lo que la Administración tuvo que reanudar el procedimiento que no se culminó en su día por las Resoluciones anuladas y dictar un nuevo acto con eficacia sólo desde el momento en que se dictó. Por tanto, el eventual perjuicio no se manifiesta hasta la ejecución administrativa de la Sentencia, la cual se declaró por el Auto de 2 de mayo de 2006. Eso lo corrobora dicho Auto cuando expresa: *"Dice bien pues la promotora del presente incidente cuando afirma que deviene imposible la materialización de los derechos reconocidos al administrador en ésta y no en sentencia donde tiene lugar tal reconocimiento. Su razonamiento sin embargo confunde la ejecución de la Sentencia con la imposibilidad de ejecución en vía administrativa de la Resolución del Director General de Industria de 2004 que es un acto nuevo, que entra a conocer sobre el fondo del asunto no tratado en sentencia, revisable en vía jurisdiccional y que, en su caso, puede hacer valer la interesada para resarcirse de los daños y perjuicios que estime se le hayan ocasionado por los*

medios que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contempla”.

3. En definitiva, el eventual efecto lesivo sólo se manifestaría con la notificación del otorgamiento de la concesión a la reclamante, el 24 de noviembre de 2004, y el 9 de marzo de 2005 reclamó judicialmente que se le indemnizara por dicho efecto lesivo, cuestión de la que se abstuvo de conocer el Auto de 2 de mayo de 2006 que declaró la ejecución administrativa de la Sentencia, y el escrito de reclamación se presentó el 16 de agosto de 2006. Ello significa que el plazo de prescripción empezó a correr el 24 de noviembre de 2004, tres meses y medio después se interrumpió hasta el 29 de mayo de 2006, fecha de notificación a la interesada del Auto de 2 de mayo de 2006; y dos meses y 18 días después se presentó la reclamación. Es claro, pues, que no es extemporánea.

IV

1. El fundamento de la reclamación, como se recogió en el apartado II del presente Dictamen, antecedente nº 27º, es el siguiente: Si la Administración hubiese otorgado la concesión en plazo, la actividad minera se habría iniciado con anterioridad a la entrada en vigor, el día 23 de agosto de 2001, del Plan Insular de Ordenación de Fuerteventura, PIOF, (Decreto 159/2001, de 23 de julio, BOC de 22 de agosto de 2001, en relación con el Decreto 100/2001, de 2 de abril, BOC de 18 de abril de 2001) cuya disposición transitoria 4ª *in fine*, prohíbe toda actividad extractiva en el área donde se ubicaban las cuadrículas mineras cuya concesión había solicitado.

2. La argumentación en la que se fundamenta la reclamación no puede ser acogida por este Consejo, por las razones que a continuación se exponen:

A. En primer lugar, y dado que el daño por el que se reclama consiste en la imposibilidad jurídica de ejercitar la actividad industrial minera, habrá que determinar si tal imposibilidad deriva de la actividad o inactividad de la Administración reclamada; luego, y en el supuesto de que tal imposibilidad resulte imputable a la misma, procedería determinar si la reclamante no tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias de tal imposibilidad.

El efecto lesivo no deriva de la Resolución de 18 de noviembre de 2004 que otorga la concesión, pues permite precisamente el ejercicio de aquella actividad; además, se trata de un acto administrativo firme y no recurrido, dictado en ejecución de sentencia, por lo cual no puede producir ninguna lesión antijurídica. La

STSJ, como recuerda la Sala sentenciadora en su Auto de 2 de mayo de 2006, que declara cumplida en sus propios términos dicha Sentencia, recuerda que ésta *“no reconoce el derecho de la actora a que se le otorgue la concesión solicitada en vía administrativa ya que tan sólo dispone la retroacción de las actuaciones; el actor no pidió en su demanda que se le otorgase la concesión minera y la sentencia no se pronunció sobre ello, sino que contiene un pronunciamiento formal; ni la titularidad de un permiso de investigación ni la solicitud de una concesión derivada de dicho permiso atribuyen un derecho consolidado a la explotación pues tal derecho nace cuando las Administraciones competentes realicen una valoración de los intereses económicos y medioambientales en presencia y se pronuncien sobre los mismos otorgando los correspondientes títulos jurídicos, tal y como determina el Reglamento de la Minería en su art. 2.3”*.

B. La reclamante pretende basar su derecho a ser indemnizada en la no resolución en tiempo de su solicitud de otorgamiento de la concesión minera, de tal manera que cuando en ejecución de sentencia termina otorgándose ésta, concurren ya otras imposibilidades jurídicas concurrentes que la hacen inviable.

Lo primero que cabe responder a la pretensión de la reclamante de imputar el perjuicio al retraso de la Administración en resolver ya desde 1993 es que su solicitud adolecía entonces de importantes defectos en relación al Plan de Restauración.

Como se recoge en los apartados 2º a 4º del apartado II de este Dictamen, el procedimiento se tramitó correctamente y cumpliendo los plazos reglamentarios, hasta el 4 de mayo de 1989, cuando el Director Territorial envía un escrito a la interesada solicitándole la subsanación de las deficiencias de las que adolecía el Plan de Restauración que había presentado.

El Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración de espacios naturales afectados por actividades extractivas (en adelante R.D. 2994/1982) dispone que quienes realicen el aprovechamiento de recursos regulados en la Ley de Minas de 21 de julio de 1973 (LM) están obligados a realizar trabajos de restauración del espacio natural afectado por las labores, trabajos que procederán siempre que la explotación se vaya a desarrollar a cielo abierto, como era el caso de la que pretendían ampararse en la concesión solicitada (art. 1). Por esta razón, el solicitante de una concesión debe presentar junto con su solicitud un Plan de Restauración (art. 2), con el contenido que señala el art. 3.

El órgano competente para conceder la concesión podría aprobarlo o exigir ampliaciones o introducir modificaciones al mismo previo informe del Instituto Geológico Minero y del Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza (art. 4.1).

Lo decisivo aquí radica en que la aprobación del Plan de Restauración se produce conjuntamente con la concesión de la explotación de la cual constituye condición especial; y que la concesión no puede otorgarse si a través del Plan de Restauración no queda debidamente asegurada la restauración del espacio natural (art. 4.2).

Como se narra en los antecedentes 5º a 10º del apartado II, la Administración requirió varias veces a la solicitante para que subsanara las deficiencias del Plan de Restauración sobre el cual el Instituto Tecnológico Geominero de España había emitido informe desfavorable porque no cumplía con lo dispuesto en el R.D. 2994/1982.

Las deficiencias del Plan de Restauración no eran de orden menor, como resulta del Informe de dicho Instituto Tecnológico y del escrito de 7 de agosto de 1989 dirigido a la solicitante por el Director Territorial de Las Palmas de la Consejería de Industria y Energía que ocupa siete folios (folios 47 a 53 del expediente). Estos dos documentos evidencian que el Plan de Restauración presentado no cumplía con ninguno de los apartados del art. 3 del RD 2994/1982.

Como se recoge en el antecedente 10º del apartado II, el último escrito que el Director Territorial dirige a la solicitante requiriéndole para que subsane deficiencias del Plan de Restauración es de fecha de 21 de junio de 1990. A ese escrito no contestó la interesada, ni realizó más trámites ni actividad en el procedimiento hasta el 26 de mayo de 1993 en que presenta alegaciones a la propuesta de cancelación del expediente de la solicitud de concesión. Guardó la más completa inactividad durante dos años, cuatro meses y siete días. Ya se vio que, según el R.D. 2994/1982, no se podía otorgar la concesión sin que se aprobara simultáneamente el Plan de Restauración.

Por otro lado, junto a la imposibilidad de otorgar la concesión por los defectos del Plan de Restauración, aparece otra totalmente ajena a la responsabilidad exigible a la Administración ahora reclamada, pero impeditiva por otro motivo del ejercicio de la actividad minera que se pretende. En efecto, antes de la aprobación del PIOF la empresa reclamante, incluso aunque hubiese obtenido el otorgamiento de la concesión minera, no hubiera podido ejercer la actividad, por impedírsele las Normas Subsidiarias de Planeamiento de La Oliva, NSP (BOC de 7 de noviembre de 1990). El

art. 2.3 del Reglamento General para el Régimen de la Minería (aprobado por el Real Decreto 2857/1978 de 25 de agosto) dispone que el otorgamiento de una autorización, un permiso o una concesión minera no excluye la necesidad de obtener las demás autorizaciones y concesiones que con arreglo a las leyes sean necesarias. En relación con este precepto, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la existencia de una autorización o concesión concedida conforme a la Ley de Minas en modo alguno hace innecesaria la intervención municipal pues todas las autorizaciones exigidas por el Ordenamiento para la actividad en cuestión han de ser consideradas concurrentes y plenamente exigibles, porque *"las diferentes autorizaciones licencias son necesaria pero no suficientes por sí mismas para desarrollar la actividad, dada la exigencia legal de todas ellas que recaen sobre idéntico objeto o actividad se encaminan al ejercicio de las propias potestades de cada una de las Administraciones fiscalizadoras, cada una de ellas obedeciendo a una finalidad diferente"* (STS de 27 de julio de 1994, RJ 1994/5624; en el mismo sentido las SSTs de 17 de julio de 1995, RJ 1995/6168 y de 17 de enero de 1997, RJ 1997/172, entre otras muchas).

Las Normas Subsidiarias de Planeamiento del Municipio de La Oliva en el suelo rústico común permitían las explotaciones mineras siempre que se obtuviera licencia municipal y se acreditara documentalmente que el impacto ambiental era reducido. Las cuadrículas mineras cuya concesión solicitaba la interesada se ubicaban en las Montañetas de Tebeto, a las cuales las NSP categorizaban como suelo rústico de protección ecológica. Para este suelo las NSP permitían la actividad de extracción de materiales pétreos siempre que se realizaran en lugares ocultos a la vista y nunca en montañas, prohibiendo la excavación en conos volcánicos. Esa actividad se debía situar en las zonas debidamente autorizadas por la Corporación Municipal y restantes organismos competentes (Normas 11.3 del Título II, 1.2, c) y 1.4.3 del Título IV de las NSP).

Cuando entraron en vigor las NSP de La Oliva la solicitante no ostentaba ningún derecho a la concesión, porque no se había dictado la resolución administrativa otorgándola, sino simplemente iniciado un expediente de solicitud de concesión directa, resolución administrativa que según el art. 65 LM no es un acto reglado. Ese expediente estaba además paralizado por su inactividad en presentar el Plan de Restauración. Tenía una mera expectativa que no podría concretarse nunca en un derecho de concesión minera porque para la existencia de éste necesitaba también la correspondiente licencia municipal y la autorización del Director General de

Urbanismo contemplada en el art. 11.1 de la entonces vigente Ley 25/1987, de 7 de abril, sobre Ordenación Urbanística del Suelo Rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias, LOSR, licencia y autorización que era imposible legalmente conceder dada la ordenación urbanística que para la Montañeta de Tebeto establecían las NSP de La Oliva y dada la regulación contenida en los arts. 5.2 y 9 de la citada Ley 25/1987.

El efecto lesivo que se alega, la imposibilidad de realizar la extracción de roca ornamental de la Montaña de Tebeto, era una imposibilidad jurídica que existe desde la aprobación de las NSP de La Oliva, si bien no imputable a la Administración hoy reclamada.

Con posterioridad al 18 de noviembre de 2004, otorgada la concesión derivada del permiso, la empresa C.C.V., S.A. ya puede desarrollar la actividad minera; no existe imposibilidad jurídica imputable a la Administración frente a la que ahora se reclama. Tal imposibilidad tiene entonces otro origen, el PIOF, que aquí no es objeto de directa reclamación, y que en todo caso chocaría con la no indemnizabilidad por la ordenación urbanística o territorial.

La aprobación del PIOF extiende el ámbito territorial de esta prohibición porque ya no las circunscribe a las montañas; pero ello no afecta en nada al hecho de que antes de la entrada en vigor del Plan Insular, y mucho antes de que la solicitante transformara su solicitud de concesión directa en una solicitud de concesión derivada de un permiso de investigación, esa imposibilidad legal ya existía y no era indemnizable porque la solicitante no era titular de un derecho a la explotación minera que solicitaba, cuando entraron en vigor las NSP de La Oliva. Según el art. 139 LPAC sólo son indemnizables las lesiones en bienes y en derechos, no las de meras expectativas, razón por la cual exige que el daño sea real y efectivo.

En definitiva, aunque la Administración hubiera accedido a la solicitud formulada en 1993 de transformar la inicial concesión directa en una derivada de permiso de investigación, no por ello hubiera podido ejercer la interesada el derecho a realizar la actividad, porque para ello necesitaba de la obtención de la correspondiente licencia urbanística municipal y de la autorización del Director General de Urbanismo que eran jurídicamente imposibles de obtener en el año 1993, según se ha explicado.

Para que el derecho concesional pueda ejercerse es necesario que se obtengan, con carácter concurrente, las licencias urbanísticas y medioambientales conforme a la legislación y planificación territorial y de los recursos naturales. Si dichas licencias son imposibles de obtener por impedirlo la planificación urbanística municipal y el PIO, esta imposibilidad no se puede calificar de lesión antijurídica, son limitaciones

legales que está obligada a soportar la reclamante; pues, como indican los arts. 2.2 y 41 de la Ley 6/1998, en vigor al formularse la presente reclamación, la ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecida en el planeamiento no conferirá en principio derecho a los propietarios a exigir indemnización. Además, conforme argumenta con acierto la Propuesta de Resolución, no podría imputarse a la Administración reclamada las consecuencias de la imposibilidad de ejecutar la concesión otorgada por no poder obtener otras autorizaciones que sean necesarias conforme a la normativa aplicable, pero que no dependen de ella.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, al desestimar la pretensión resarcitoria.