

**Expediente:** 28/2017

**Objeto:** Reclamación de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados por denegación de licencia de actividad.

**Dictamen:** 41/2017, de 9 octubre.

## **DICTAMEN**

En Pamplona, a 9 de octubre de 2017,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza Presidente, doña Socorro Sotés Ruiz, Consejera-Secretaria, y doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente don José Iruretagoyena Aldaz,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **I.1ª. Formulación de la consulta**

El día 26 de mayo de 2017 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 junio, sobre el Consejo de Navarra (en adelante, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo, solicitado por el Ayuntamiento de Yerri, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la sociedad mercantil... (en lo sucesivo, ...), por daños ocasionados por la denegación de licencia de actividad.

Se acompaña el expediente administrativo, tramitado como consecuencia de la indicada reclamación, incluyendo propuesta de resolución desestimatoria formulada por el instructor del expediente y acuerdo del Pleno del Ayuntamiento del Valle de Yerri, adoptado en sesión celebrada el 24 de mayo de 2017, por el que, con carácter previo a la

resolución del expediente, se solicita el dictamen de este Consejo de Navarra.

### **I.2ª. Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por...**

El 26 de agosto de 2016, la mercantil... presenta ante el registro del Ayuntamiento del Valle de Yerri solicitud de reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Ayuntamiento con la finalidad de obtener una indemnización por importe de 4.968.643,76 euros, como consecuencia de los daños y perjuicios producidos a la reclamante derivadas de la denegación de la licencia de actividad para el proyecto de ampliación de la concesión de explotación "...".

#### **a) Antecedentes y hechos que fundamentan la reclamación formulada**

1. En diciembre de 1990 la reclamante arrendó al Concejo de Bearin, perteneciente al Municipio del Valle de Yerri, los terrenos necesarios para llevar a cabo la explotación de la cantera "...", que constituían parte de los terrenos ocupados por la autorización de explotación "...", de la que era titular. Mediante resolución del Ayuntamiento de 19 de febrero de 1992 se le concedió licencia de actividad clasificada para desarrollar la actividad extractiva y el Concejo de Bearin, el 30 de diciembre de 1993, autorizó la apertura de la cantera "...".

2. La mercantil..., interesada en la reclasificación a la Sección C) de la actividad extractiva, formuló ante el Departamento de Industria, Comercio, Turismo y Trabajo la correspondiente solicitud que dio lugar a la Orden Foral 342/1999, de 16 de septiembre, del Consejero del ramo, por la que se otorgaba la autorización para la explotación de recursos de la Sección C), en una superficie de cuatro cuadrículas mineras, sitas entre los términos de Estella y Yerri. Posteriormente, comenzó los trámites para la aprobación de un nuevo proyecto de explotación que, según manifiesta el reclamante, no suponía modificación de las instalaciones existentes sino simplemente ampliación de la superficie de explotación.

3. Mediante resolución del Director General de Medio Ambiente nº 2108, de 26 de octubre de 2004, se emitió Declaración de Impacto Ambiental favorable, y por resolución del Departamento de Industria de 18 de noviembre de 2004, se autorizó el proyecto de explotación “...” que, previamente, había sido informado favorablemente, en materia de actividades clasificadas, por el Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda, con fecha 9 de febrero de 2004.

4. La mercantil..., ante el silencio municipal sobre la concesión de las licencias de actividad, obra y apertura que previamente había solicitado, presentó escrito solicitando que se entendieran otorgadas por silencio. Mediante Resoluciones 1/2004 y 3/2004, el Ayuntamiento denegó las solicitudes formuladas al entender que la explotación no respetaba las distancias mínimas de separación que establecía el Reglamento de Actividades, Molestas, Nocivas e Insalubres (RAMINP), resoluciones que fueron impugnadas, la primera en vía judicial y la segunda ante el Tribunal Administrativo; con resultado desestimatorio.

5. La entrada en vigor de la Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de Intervención para la Protección Ambiental (en lo sucesivo, LFIPA) conllevó, conforme a lo establecido en su disposición adicional tercera, la no aplicación en Navarra de las determinaciones legales contenidas en el RAMINP, motivo por el cual, con fecha 4 de julio de 2005, la mercantil... presentó sendas solicitudes dirigidas al Ayuntamiento del Valle de Yerri y al Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda para que se tuviera a dicha entidad acogida a la disposición transitoria tercera de la LFIPA, en relación con la explotación “...”, solicitando la inmediata concesión de la licencia de actividad al cumplirse las condiciones legales exigibles para ello.

6. Mediante resolución 1440/2005, de 13 de julio, del Director General de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda se accedió a la adaptación al procedimiento de la LFIPA de la actividad clasificada de ...; resolución que impugnada por el Ayuntamiento del Valle de Yerri y por el Concejo de Bearin ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (en lo sucesivo, TSJN), fue confirmada

mediante sentencias de 27 de noviembre y 24 de octubre de 2007, respectivamente.

7. Tras varios escritos de la reclamante solicitando el otorgamiento de la licencia de actividad sin contestar, el Ayuntamiento de Yerri, con fecha 18 de mayo de 2006, dictó resolución denegando expresamente la licencia solicitada por..., resolución que impugnada ante el Tribunal Administrativo de Navarra fue confirmada al inadmitirse el Recurso de Alzada.

8. Ello no obstante, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Pamplona, por parte de la reclamante, se interpuso recurso contencioso contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto, el 23 de febrero de 2006, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud de entrega de certificado de actos presuntos sobre concesión de licencia de actividad; recurso que se tramitó con el nº 34/2006 de procedimiento y que fue resuelto por sentencia 228/07, de 17 de octubre, desestimando e inadmitiendo las pretensiones del recurrente.

La citada sentencia fue objeto del recurso de apelación 12/2008 que fue resuelto por sentencia de apelación nº 453/2008, de 8 de septiembre. Dicha sentencia estimó parcialmente el recurso de apelación, revocó la sentencia recurrida, rechazó las causas de inadmisibilidad y, estimando en parte las pretensiones de la reclamante, declaró “el derecho que le asiste a que se le tenga por acogida a la nueva normativa instaurada por la Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, a lo que a la obtención de licencia de actividad de la ampliación de explotación de cantera... en el Valle de Yerri” se refiere.

Frente a tal sentencia, el Ayuntamiento de Yerri planteó incidente de nulidad de actuaciones que fue rechazado mediante Auto de 16 de enero de 2009.

9. El 23 de octubre de 2008, tras la sentencia de apelación, la mercantil... volvió a solicitar del Ayuntamiento de Yerri que se le otorgara la correspondiente licencia de actividad clasificada para el desarrollo de los trabajos incluidos en el Proyecto de Ampliación de la Concesión de

Explotación... nº 3409, solicitud que fue denegada mediante resolución de la Alcaldía de 26 de febrero de 2009, lo que motivó la interposición por parte de la mercantil del recurso contencioso-administrativo 29/2009, que fue resuelto por sentencia 336/2013, de 20 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3, que estimando el recurso anuló la resolución recurrida, condenando al Ayuntamiento “a conceder en favor de... la licencia de actividad solicitada para el proyecto de ampliación de la concesión de explotación ...”.

Contra la meritada sentencia el Ayuntamiento del Valle de Yerri interpuso recurso de apelación ante el TSJN que fue resuelto mediante sentencia de apelación nº 338/2015, de 12 de noviembre, desestimando la apelación formulada y confirmando íntegramente la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte apelante.

10. Mediante resolución del Alcalde del Valle de Yerri de 11 de marzo de 2016, en ejecución de sentencia, se concede a... la licencia de actividad para ampliación de cantera caliza...

#### **b) Fundamentación jurídica de la reclamación de responsabilidad formulada por...**

La mercantil reclamante considera que desde el 4 de julio de 2005, fecha en que se acogió a la disposición transitoria tercera de la LFIPA y solicitó la inmediata concesión de la licencia de actividad al cumplir con todas las exigencias legales y estar el expediente completo, y hasta el 14 de marzo de 2016, fecha en la que se le notifica la resolución de la Alcaldía concediendo la licencia en ejecución de la sentencia del TSJN nº 338/2015, se le ha impedido realizar los trabajos propios de la concesión de la explotación..., habiendo generado ello unos perjuicios que se cuantifican en 4.968.643,76 €, perjuicios que considera le deben ser indemnizados.

El reclamante funda su pretensión en el artículo 106.2 de la Constitución y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRP-PAC), vigente a la fecha de presentación de la

reclamación, así como en cita de abundante jurisprudencia que establece los requisitos necesarios para que concurra la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El reclamante entiende que, de conformidad con la sentencia 336/2013, confirmada por la sentencia de apelación 338/2015 del TSJN, las lesiones patrimoniales se le produjeron al denegar la licencia de actividad una vez que se había acogido a la disposición transitoria tercera de la LFIPA, momento en el que ya no existía impedimento para su otorgamiento. Considera que “dicha sentencia establece que la licencia de actividad solicitada debió de haberse concedido al no concurrir razones fundadas jurídicamente en motivos ambientales para denegarla, teniendo en cuenta que la solicitud había obtenido el informe favorable de la Administración Foral y no constaba en el expediente prueba técnica que desvirtuara las conclusiones del informe”.

En consecuencia, la reclamante estima que el daño es efectivo y real ya que se le impidió realizar la extracción de caliza prevista en el proyecto de explotación a pesar de cumplir con todos los requisitos. El daño es evaluable económicamente ya que son cuantificables como a continuación expone y, por supuesto, afirma que está individualizado. Además, considera que existe la necesaria relación de causalidad entre las lesiones sufridas y el actuar de la Administración; no existiendo por otra parte, causa de fuerza mayor, ni que haya prescrito la acción para su reclamación, ya que ésta se presentó antes de haber transcurrido el plazo del año desde que adquirió firmeza la sentencia del TSJN nº 338/2015, de 12 de noviembre.

### **c) Cuantificación de los daños**

La reclamante, con apoyo en un informe elaborado por la consultoría “...”, cuantifica los daños en la siguiente forma:

**1. Daño emergente:** que se identifica con el coste que... tuvo que soportar para reestructurar la producción de la cadena y extraer la caliza necesaria para producir el hormigón; en concreto, dice que tuvo que traer

áridos desde la cantera de Murieta, lo que le ha supuesto un coste añadido de 1.437.330 €.

**2. Lucro cesante:** constituido por los beneficios dejados de obtener por no haber podido explotar el proyecto..., que se cuantifican en 1.816.039 €.

**3. Otras implicaciones económicas** que se concretan en:

- Adquisición de maquinaria móvil, utillaje y maquinaria fija que se cuantifica en 825.112 €.
- Coste derivado de la preparación y adaptación del terreno para llevar la explotación de..., principalmente: desbroce del terreno, excavación y transporte a vertedero, que se cuantifica en 733.843 €.
- Costes asesoramiento legal en defensa de los derechos de la reclamante, cuantificados en 193.800,76 €.

### **I.3ª. Instrucción del expediente de responsabilidad patrimonial**

El Pleno del Ayuntamiento del Valle de Yerri, en sesión celebrada el 15 de septiembre de 2016, acordó admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por..., nombrando instructor del expediente al Secretario Municipal y notificando el acuerdo al interesado con indicación del plazo máximo para resolver y notificar la resolución definitiva del expediente.

Mediante acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de 18 de enero de 2017, a propuesta del instructor del expediente y en atención a la complejidad y necesidad de análisis exhaustivo de los archivos municipales y documentación administrativa, se acordó la ampliación del plazo máximo en otros tres meses, notificando dicho acuerdo a la reclamante.

#### **a) Pliego formulado por el instructor del expediente**

Con fecha 1 de febrero de 2017 el instructor formula el denominado Pliego en el que, tras concretar la normativa con arreglo a la cual se debe tramitar el expediente (LRJ-PAC y Real Decreto 429/1993), indica cual va a ser el procedimiento a seguir por analogía con los trámites de los procedimientos sancionadores. Así, indica que se redactará un pliego, en el que el instructor analizará la reclamación, del que se dará traslado al reclamante, a la vez que se abrirá un periodo de prueba. Concluida la prueba, se redactará una propuesta de resolución que se notificará al interesado concediéndole plazo de alegaciones, e informadas y antes de resolver definitivamente la reclamación, se solicitará informe preceptivo y no vinculante al Consejo de Navarra.

El Pliego indica que la reclamación formulada, y el informe económico que cuantifica los daños reclamados, funda su reclamación por daños emergentes y lucro cesante referidos no solo a la actividad extractiva del material de la cantera de..., sino que también se refiere a daños relacionados con el tratamiento de los áridos y, fundamentalmente, con la fabricación del hormigón, por lo que advierte que aunque esas actividades se encuentren relacionadas entre sí, son distintas, lo que deberá tenerse presente para la adecuada resolución de la reclamación. Por ello, indica que resulta necesario analizar los proyectos presentados y las autorizaciones concedidas a... para conocer qué actividades puede llevar a cabo y valorar adecuadamente la reclamación formulada. En tal sentido, considera que las actividades realizadas por la empresa no se corresponden con las autorizaciones concedidas, ya que no se han obtenido todas las licencias y permisos necesarios para realizarlas en el modo en que se sustenta en la reclamación.

De modo resumido, el pliego, tras explicar cómo ha ido evolucionando la explotación de la cantera a lo largo del tiempo y localizar en los planos que aporta las diferentes fases y ubicación de la maquinaria, analiza los permisos concedidos extrayendo las siguientes conclusiones:

- Por lo que se refiere a la actividad de tratamiento de molturación de áridos, entiende que la autorización, concedida en septiembre de 1979 y enero de 1980, sólo autorizaba para tratamiento de los



excedentes provenientes exclusivamente de la trituración de la cantera..., y considera que el proyecto presentado en el año 2003 para ampliación de la actividad en ningún momento incluye el proceso de fabricación del hormigón ni la planta de tratamiento.

- Que la denegación de la licencia de actividad clasificada para la ampliación de la actividad extractiva conllevó la denegación de la licencia de tratamiento de áridos que se contemplaba en el Anexo presentado por... en 2003.
- Que... no contaba, a excepción de la autorización concedida en 1980, con otra autorización para tratamiento de áridos por lo que la actividad que desarrolla en la parcela 479 del polígono 11, carece de la necesaria cobertura legal.
- Por lo que se refiere a la actividad de fabricación de hormigón, el Pliego, analizando la ortofoto de 2012, considera que... ha contado con dos plantas: una fija de 1982 y otra móvil de 2004. Señala que la fija estuvo activa hasta que en 2004 entró en funcionamiento la planta móvil. En relación con tal planta móvil, el instructor considera que no obtuvo la legalización, existiendo incluso una orden de demolición que fue confirmada por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3, de 3 de mayo de 2011 (procedimiento 17/2010), que desestimó el recurso de la reclamante.

La demolición no se ejecutó y se inició un procedimiento de legalización en enero de 2012 que se vio afectado por la suspensión del otorgamiento de licencias decretada a consecuencia de la aprobación inicial del Plan Municipal. En consecuencia, el instructor en el pliego concluye reconociendo que la reclamante ha venido desarrollando la actividad de fabricación de hormigón desde 2004 con la planta móvil, careciendo de las preceptivas licencias municipales.

A continuación, el instructor analiza los antecedentes que se derivan de las múltiples sentencias recaídas en orden a determinar su contenido, efectos jurídicos y fechas a las que deben referirse. Tras el análisis de las sentencias dictadas y la transcripción de alguno de sus fundamentos, el instructor llega a las siguientes conclusiones:

- Existen dos resoluciones judiciales del año 2006, anteriores a la fecha en que la reclamante inicia el cómputo de los daños, en las que se declara la adecuación a derecho de los acuerdos municipales denegatorios de la licencia.
- La sentencia 453/2008 del TSJN, de 8 de septiembre de 2008, que estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por..., rechazó la pretensión de la recurrente de que se le tuviera por concedida la licencia de actividad pretendida.
- La sentencia de 20 de noviembre de 2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3, que estimó el recurso de... contra la resolución de Alcaldía de 26 de enero de 2009, denegatorio de la licencia, habla de anulabilidad, no de nulidad y, además, no se confirmó tal pronunciamiento hasta la sentencia 338/2015, del TSJN de 12 de noviembre de 2015, que confirmó la sentencia anterior; procediendo inmediatamente el Ayuntamiento, en ejecución de sentencia, a la concesión de la licencia el 11 de marzo de 2016.

A continuación, el Pliego del instructor, tras realizar referencias legales y jurisprudenciales sobre la regulación y requisitos necesarios para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, analiza la reclamación formulada y cuestiona tanto la fecha a la que la reclamación retrotrae el momento de inicio del cómputo de los daños, como el modo en que se concreta y cuantifica el daño.

En relación con la primera cuestión, tal y como hemos indicado, niega que pueda retrotraerse la reclamación del daño a la fecha del 4 de julio de 2005, fecha en la que solicita acogerse a la LFIPA, ya que existen dos pronunciamientos posteriores que confirman la legalidad de los acuerdos

municipales denegatorios de licencia. No fue hasta la sentencia 336/2013, de 20 de noviembre, cuando se ordenó la concesión de la licencia; sentencia que no fue confirmada hasta la sentencia 338/2015, de 12 de noviembre de 2015. Por todo ello, el instructor entiende que, aunque podría discutirse si los efectos de la sentencia 338/2015 se retrotraen a la fecha de la sentencia de instancia (20 de noviembre de 2013), resulta claro que no puede considerarse como fecha a efectos del cómputo de los daños la fecha del 4 de julio de 2005, ni tampoco la de 23 de octubre de 2008, en la que nuevamente solicitó la licencia de actividad con apoyo en la LFIPA.

El instructor analiza si concurren los requisitos para que nazca la responsabilidad y, en primer lugar, recuerda que la licencia concedida en marzo de 2016 lo era para actividad extractiva, no para otras actividades. En segundo lugar, señala que... en 1998 había obtenido autorización para descenso de la cota de la cantera, lo que le permitía seguir extrayendo material. Añade, respecto a la actividad de tratamiento de áridos, que la única autorización de la que dispone... es la concedida en 1979-1980 y sólo autorizaba para tratar el material que se extrajera en Bearin no otro procedente de otras localidades como puede ser Murieta. Por lo que se refiere a la fabricación de hormigón, que se realiza en la planta móvil, el instructor señala que al no estar legalizada, no puede computarse como daño el incremento del coste del porte del material de la cantera de Murieta, al ser una actividad ilegal.

El instructor añade que la mercantil..., desde 2008, presenta en sus balances una situación de pérdidas continuas; pérdidas que podrían hacerle incurrir en causa de disolución.

Finalmente, el instructor concluye señalando que debe desestimarse la reclamación, al no haber lesión efectiva ni antijurídica que no tenga el deber de soportar. Entiende que desde que se confirmó la sentencia que declaraba la obligación municipal de conceder la licencia, el Ayuntamiento lo hizo de modo inmediato. Entre tanto, pudo seguir extrayendo material de la cantera y realizando la actividad de tratamiento de áridos en los términos en que fue autorizada en 1980, mientras que para la fabricación de hormigón en la planta móvil, nunca ha estado autorizada, ni tampoco puede imputarse a la

conducta municipal unas pérdidas que se deben a decisiones empresariales y a la situación de crisis económica general, especialmente gravosa en el sector de los áridos y, aunque termina cuestionando el informe pericial que acompaña a la reclamación, considera que debe solicitarse un informe económico para que analice y, en su caso, valide o contradiga su contenido desde un punto de vista exclusivamente económico.

### **b) Proposición de prueba a instancia del instructor y alegaciones**

Tras la elaboración del pliego, el instructor acuerda la apertura de un periodo de prueba proponiendo documental y pericial. La prueba documental, tras tener conocimiento de que la empresa reclamante había presentado precurso en el Juzgado de lo mercantil, consistente en requerir a... la “memoria expresiva de la historia jurídica y económica del deudor para su examen y conocimiento por parte del Ayuntamiento”. La prueba pericial solicitaba la emisión, por un economista, de un informe en el que se analizase la documentación económica aportada por... junto con la reclamación, y especialmente respecto del informe pericial firmado por...

El 23 de febrero de 2017, la reclamante formula escrito en el que solicita que se le concrete y aclare los trámites que se le confieren, y el 24 de febrero el instructor remite escrito por el que se le concede, expresamente, un plazo de quince días para formular alegaciones al pliego y se le requiere aporte la documentación que acompañó al precurso.

El 21 de marzo de 2017, la mercantil... presenta escrito de alegaciones en el que se ratifica íntegramente en su escrito de reclamación y en el informe pericial que adjuntaba, acreditativo, en su opinión, de los daños generados por el actuar administrativo. Por lo que se refiere al pliego del instructor, entiende que lo único que busca es quitar la razón a la empresa invocando razones totalmente ajenas a lo acontecido. Entre otras cuestiones señala que... ha venido desarrollando en Bearin, “desde hace décadas, una actividad consistente en explotación de áridos, con el tratamiento en planta de los mismos y la explotación de una planta de hormigón, disponiendo para ello de todas las autorizaciones, permisos y licencias preceptivas. En un momento dado lo que ocurrió es que el proyecto de explotación de la caliza

llegó a su máxima extensión, por lo que esta empresa hubo de solicitar su ampliación a más superficie, obteniendo la misma autorización sustantiva de la autoridad minera mediante el otorgamiento de la concesión –...- esa explotación de más superficie es la que carecía de licencia municipal, es la licencia que se solicitó y es la licencia que ilegalmente denegó irrogando daños y perjuicios. Ahora el Ayuntamiento, que durante tantos años ha lesionado los intereses de esta empresa crea una ficción que consistiría supuestamente en que ya no bastaría con la licencia para la actividad extractiva ilegalmente denegada durante años, sino que además supuestamente harían falta otras dos, una para la planta de tratamiento y otra para la planta de hormigonado, como si estas actividades no hubieran estado englobadas en las licencias de las que ha dispuesto y dispone esta empresa, como si la falta de licencia para la actividad extractiva afectara a actividades que... ha venido realizando en condiciones de absoluta legalidad o como si estas no estuvieran comprendidas incluso en las autorizaciones sustantivas y ambientales de la concesión”.

El escrito de alegaciones termina solicitando se acceda a las pretensiones recogidas en la reclamación. Indica que no propone otra prueba que la presentada junto con la reclamación y, en relación con el requerimiento de aportar la documentación de “precurso”, hace constar que no ha presentado “ninguna solicitud de precurso, como institución regulada en el artículo 5.bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, por lo que solicita se le aclare a que se refiere con tal requerimiento.

El 8 de marzo de 2017, el instructor del expediente solicita del Administrador concursal el informe íntegro al que se refiere el artículo 75 de la ley concursal, informe que se recibe el 9 de marzo y, ese mismo día, el instructor solicita del economista don... la emisión de informe económico sobre la reclamación formulada por..., para lo que se le adjunta el informe de la administración concursal.

### **c) Breve referencia al informe del administrador concursal**

Por la trascendencia que pueda tener para la resolución de la reclamación y en la medida en que es tenida en consideración por el informe

pericial emitido para el Ayuntamiento del Valle de Yerri, resulta preciso alguna referencia, siquiera somera, al informe del administrador del concurso, que fue declarado mediante Auto de 26 de octubre de 2016.

El informe analiza la actividad de la mercantil reclamante en los términos siguientes:

“En la práctica, la actividad de la sociedad desde sus inicios ha venido constituida por la extracción y comercialización de áridos y por la producción y comercialización de hormigón, suministrando a clientes del sector de la construcción principalmente de Navarra y más concretamente de la zona de Tierra Estella. Para la fabricación del hormigón se necesita esencialmente cemento, materia prima que se adquiere de una de las mercantiles socias de..., ...

Hasta noviembre de 2015... también explotó, en régimen de arrendamiento con opción de compra, 5 plantas de hormigón propiedad de la mercantil... en las siguientes localizaciones, Beriain; Liédena; planta móvil de Yesa; Santa Lucía (Pamplona); Tafalla.

Tuvo especial importancia la actividad desarrollada desde la planta de Liédena ya que desde ella se suministró hormigón para la construcción de la Autovía del Pirineo y también para la obra de recrecimiento de Yesa cuyo retraso en su ejecución hacen, como se explicará, que... tenga –actualmente- en ella una alta expectativa de beneficios, si bien en el momento en el que se ostentaba la posición de arrendataria dicho retraso supuso un claro impacto negativo sobre su tesorería.

...

En la actualidad la concursada únicamente se dedica a la fabricación de hormigón desde la planta de Bearin (Estella), vendiendo ocasionalmente las existencias de áridos de las que dispone en la Cantera de Murieta (Estella).

...

La Sociedad, encuadrada en el Sector de Construcción, tiene como actividad la extracción y producción de árido y hormigón y su suministro a empresas del Sector, con destino tanto a obra privada como pública, tal y como la propia concursada hace referencia en el punto 9 de la memoria jurídica y económica.

Tiene por tanto, dos líneas de actividad perfectamente diferenciadas: Hormigón y Árido.

En ambas líneas de actividad y, como consecuencia de la profunda crisis económica que ha afectado a prácticamente todos los sectores de actividad y muy especialmente al Sector Construcción y Obra

Pública, se ha venido produciendo una evolución negativa de la cartera de pedidos y, en consecuencia, de la cifra de ventas.

La evolución de la cifra de ventas desde el año 2013 tiene una dirección claramente negativa, pasando de los 3.660.475 € a los 937.381 € de 2016”.

Por lo que se refiere a la situación económica, el informe de la administración concursal señala que, la evolución ha sido la siguiente:

- “1.- La facturación de 2015 ha sido la más baja de todo el periodo de referencia.
- 2.- Respecto al año 2007, año de inicio del periodo de referencia, la cifra de facturación del ejercicio 2015 ha experimentado una evolución negativa del 73%.
- 3.- Respecto al año 2009, año de mayor facturación del periodo de referencia, la evolución negativa ha sido del 83,22%.
- 4.- Respecto al ejercicio 2013 la evolución negativa ha sido del 55,26%.
- 5.- Respecto al año 2014, la evolución negativa ha sido del 46,81%.

Con estas cifras de ventas, la empresa viene arrastrando pérdidas desde el año 2008. Así:

- 1.- En el año 2008 el resultado de la empresa fue de pérdidas por importe de 416.258 €.
- 2.- En el año 2009 el resultado de la empresa fue de pérdidas por importe de 858.156 €.
- 3.- En el año 2010 el resultado de la empresa fue de pérdidas por importe de 893.865 €.
- 4.- En el año 2011 el resultado de la empresa fue de pérdidas por importe de 684.145 €.
- 5.- En el año 2012 el resultado de la empresa fue de pérdidas por importe de 842.714 €.
- 6.- En el año 2013 el resultado de la empresa fue de pérdidas por importe de 161.926 €.
- 7.- En el año 2014 el resultado de la empresa fue de pérdidas por importe de 218.964 €.
- 8.- En el año 2015 el resultado de la empresa fue de pérdidas por importe de 1.702.286 €.

Las pérdidas acumuladas ascienden a 5.146.567 €”.

El informe analiza las causas del estado de insolvencia de la sociedad en los términos siguientes:

“Teniendo en cuenta que... tiene como actividad la extracción y producción de árido y de hormigón, es decir, dos áreas de actividad diferenciada, ésta manifiesta en su Memoria, según el apartado 2.2º del

Artículo 6 de la Ley Concursal, que las causas que han llevado a la sociedad a su situación actual consistente, principalmente, en:

- i) La crisis del sector de la construcción y obra pública.
- ii) Más concretamente, en relación al Área del Árido: que desde el año 2007 se experimenta una caída en las ventas del, nada menos, que 80%.
- iii) Con respecto al Área del hormigón: que de igual forma y en relación al año 2007 la cifra de ventas ha experimentado una evolución negativa del 72%, dándose la circunstancia que el año 2011 (el de mayores ventas) la evolución con respecto al 2007 es negativa en un 87%.
- iv) La facturación del ejercicio 2015 ha sido la más baja desde 2007, año desde el que la cifra de facturación ha experimentado una evolución negativa del 73%.
- v) La sociedad arrastra pérdidas desde el año 2008, ascendiendo las mismas a un importe de 4.460.918 € hasta el año 2015.
- vi) Retraso en la obra de Yesa.
- vii) Impacto de la sanción impuesto por la Comisión Nacional de la Competencia cuya firmeza se produjo en enero de 2016”.

Por lo que se refiere a la propuesta de viabilidad, el informe recoge que “según el Consejo de Administración de la Compañía pese a los números que se expresan en la Memoria presentada que reflejan la crítica situación económica de la sociedad, ésta puede tener viabilidad y superar dicha situación: i) reduciendo drásticamente los gastos fijos inherentes a la actividad, como parece evidente pensar; ii) con la reactivación de los esperados suministros de hormigón para la presa de Yesa; iii) con los ingresos extraordinarios que puedan derivarse de la reclamación patrimonial interpuesta contra el Ayuntamiento del Valle de Yerri cuantificada, inicialmente, en 4.968.643,76 €”.

#### **d) Consideraciones del informe económico realizado para el Ayuntamiento del Valle de Yerri**

Con fecha 24 de abril de 2017 emite informe el economista don... comentando, en primer lugar, la documentación analizada y, en relación con el informe de la administración concursal sobre las causas del concurso, indica que:



“..., se encuentra desde finales de 2016 en situación de concurso de acreedores, arrastrando pérdidas desde 2008 hasta 2015 que suponen varios millones de euros.

Entre las siete causas que según... y el administrador concursal motivan la situación actual de insolvencia en que se encuentra la Sociedad, no se cita la falta de capacidad extractiva de la cantera de Bearin por falta de concesión de licencia de actividad. Las causas de la insolvencia las identifican fundamentalmente en la crisis del sector y de la obra pública, especialmente en relación con el área de árido, donde las caídas de venta han sido de nada menos que el 80%, cuestiones todas ellas ajenas a la falta de concesión de licencia.

Ello sorprende cuando estamos ante una reclamación patrimonial al Ayuntamiento de Yerri de casi 5 millones de euros, por daños derivados de no conceder licencia de actividad extractiva en la cantera de Bearin. Ni tan siquiera se menciona que este hecho haya contribuido a generar las pérdidas que arrastra”.

A continuación, analiza los motivos por los que se solicita la indemnización realizando una valoración crítica del informe pericial presentado por la reclamante. En relación con el concepto de daños emergentes proveniente del coste de transporte de árido de la cantera de Murieta a la planta de Bearin para fabricar hormigón, señala que:

- El dato de los volúmenes de árido extraído en Murieta y transportado a la planta de hormigón, para la mayor parte de los años, se basa en hojas excel que aporta el informe de..., sin que se acredite con facturas o albaranes que permitan su comprobación.
- Con algunas salvedades, estima que el informe pericial considera en sus cálculos más volumen de árido que el empleado en la planta de hormigón.
- Igualmente, respecto de los costes del transporte, sólo se dispone de facturas correspondientes a los años 2013 a 2016, por los transportes realizados por medios externos.

Respecto al lucro cesante tenido en consideración en la reclamación y en el informe pericial que la sustenta, el informe del economista a instancias municipales, tras analizar la metodología usada por... y analizar

pormenorizadamente los datos de cada ejercicio, teniendo en consideración los datos evolutivos a nivel provincial y nacional de las actividades extractivas de áridos en esos periodos de tiempo, concluye señalando que:

“El método utilizado por... para analizar el lucro cesante no le parece razonable ya que no tiene en cuenta el desplazamiento que ha habido de la actividad extractiva de Bearin a Murieta y el hecho de que la explotación más intensiva de Murieta compensó la falta de capacidad extractiva en Bearin. Las estimaciones de venta que realiza no tienen presente la situación de mercado que vivía la sociedad, ni el sector en general. Además, considera que, a la vista de la situación de la sociedad en particular y del sector de áridos en general, no está suficientemente acreditado que en algún ejercicio hayan existido ingresos dejados de percibir, sin perjuicio de que en los ejercicios de 2005 y 2006 existan circunstancias que así lo apunten (obras especiales que se realizan en la zona y manifestaciones de los administradores). Sin embargo, considera que del informe de... no se acredita suficientemente la exigencia de estos ingresos dejados de percibir, ni la metodología del cálculo utilizado para su cuantificación”. Continúa señalando que en los ejercicios de 2007 y siguientes la cantera de Murieta disponía de una importante capacidad extractiva que permitía compensar el cierre de Bearin y mantener el nivel general de producción, por lo que nada impedía, salvo la falta de demanda, seguir extrayendo árido de Murieta al menos con los mismos niveles de producción que se alcanzaban en 2006, a menos que se acreditara el agotamiento de sus reservas; opinión que cree se corrobora con los informes de gestión de los administradores, ya que para los ejercicios de 2007 y siguientes no hacen mención a que la falta de licencia les haya supuesto pérdidas de ingresos en esas fechas. Por todo ello, el informe concluye afirmando que “salvo mayor acreditación, no se constata que la falta de licencia de actividad extractiva para la cantera de Bearin haya podido suponer un mayor volumen de negocio dejado de percibir por... en el periodo relevante”.

Respecto de las otras implicaciones tomadas en consideración por el informe de... para determinar los daños (coste de reposición de maquinaria y coste de preparación y adaptación del terreno), el informe económico realizado a instancias del Ayuntamiento del Valle de Yerri, considera que “salvo opinión mejor fundada, no parece que el motivo de la venta de la maquinaria haya sido exclusivamente la no obtención de la licencia de explotación de la ampliación de la cantera de Bearin”, considera que esa venta generó beneficios, y que la maquinaria vendida era susceptible de haber tenido uso, aun habiendo cesado la actividad de Bearin, por lo que considera que no debe ser objeto de indemnización. Además, cuestiona la metodología utilizada para su cuantificación ya que: algunos elementos vendidos estaban ya completamente amortizados. El valor que se obtiene de la venta es superior al valor neto contable, por lo que la reclamante obtuvo beneficio por la venta de la maquinaria, por lo que entiende que “habiéndose generado beneficios en la venta de una maquinaria que había cubierto su vida útil, y sin acreditar pérdida alguna, no vemos sentido responsabilizar a un tercero del coste de reposición”.

En referencia al coste de adaptación y preparación del suelo, coste de desbroce y excavación para la explotación de la nueva sección, el informe considera que ese es un gasto que hay que hacer en cualquier caso y, aunque no es competencia de su conocimiento profesional, afirma, que no debería ser objeto de indemnización.

Igual conclusión obtiene respecto de los gastos judiciales ya que considera que es una discusión de contenido jurídico ajeno a su competencia profesional.

#### **e) Propuesta de resolución**

El 27 de abril de 2017 el instructor del expediente formula la propuesta de resolución proponiendo la desestimación de la reclamación formulada en un extenso escrito en el que, siguiendo las tesis argumentales señaladas en el pliego anteriormente formulado, insiste en que:

- La licencia que fue denegada, y que motiva la reclamación, únicamente se refería a la licencia de actividad para explotación, cuestión diferente a la de tratamiento de áridos y fabricación de hormigón.
- Considera que la actividad de tratamientos de áridos de 1979-1980 sólo facultaba para tratar el material extraído en la cantera de Bearin, por lo que no amparaba tratar material traído de Murieta. Por lo que se refiere a la fabricación de hormigones con planta móvil, ratifica que no estaba autorizada, que se ordenó su demolición, que fue judicialmente ratificada en 2012 y, aunque no se ejecutó la demolición, nunca obtuvo después su legalización.
- Rechaza que pueda tomarse como fecha de referencia del inicio del daño la de julio de 2005, cuando la sentencia 453/2008, de 8 de septiembre, confirmó la improcedencia de la concesión.

La propuesta, a continuación, analiza la prueba practicada, con especial mención al informe emitido por el perito economista a instancia del Ayuntamiento y a la documentación remitida por el administrador concursal, y considera que:

- El traslado de áridos desde Murieta para fabricar hormigón era una realidad anterior a 2005.
- Se podía seguir extrayendo áridos en Bearin y la decisión del transporte es una decisión unilateral de la reclamante, sin que guarde relación directa con decisiones municipales.
- Para la cuantificación del daño emergente se tiene en consideración más árido del que se utiliza para fabricar hormigón, y para calcular el precio del transporte se carece, en la mayor parte del tiempo, de soportes documentales que lo acrediten.

En cuanto al lucro cesante, la propuesta, considera que el cálculo del volumen de ingresos supuestamente dejados de percibir no se acredita debidamente y no tiene en consideración la situación de crisis del sector, ni

tampoco se ha tenido en cuenta el incremento de la producción que se realizó en la cantera de Murieta. Así, dice la propuesta que en 2006, el año de mayor producción, el volumen de extracciones de Murieta se incrementa en 2,6 veces la de 2003 y, pese al cierre de Bearin, se produce un record en las ventas de la sociedad. Igualmente considera que el informe de la reclamante no acredita, ni justifica debidamente, las cifras que tiene en cuenta para calcular el margen de beneficio que aplica a los ingresos supuestamente dejados de percibir.

Por lo que se refiere a la venta de la maquinaria, la propuesta reproduce las principales objeciones señaladas por el informe del economista realizado para el Ayuntamiento, a la vez que insiste en la idea de que la venta de la maquinaria fue una decisión mercantil encaminada a minimizar la situación de pérdidas por la que atravesaba y no directamente relacionada o motivada por la no concesión de la licencia de actividad, y que tal operación no solo no produjo pérdidas, sino que le supuso beneficio en relación con los valores contables de las mismas.

Analizando la pretensión de indemnización por los costes derivados del desbroce y excavación para la explotación de la nueva sección, la propuesta considera que, caso de que fuera necesario, sería exigible en cualquier momento, con independencia de que la explotación estuviera paralizada durante años.

Por lo que se refiere a los honorarios devengados por la defensa legal, además de haber sido libremente pactados entre las partes, se indica que al Ayuntamiento sólo se le impuso una condena en costas, por lo que no viene obligado a indemnizar nada por esos conceptos.

La propuesta de resolución, al igual que hacía el Pliego, insiste en la improcedencia de tomar en consideración como fecha de inicio de los daños la de julio de 2005 y, con apoyo en las diferentes sentencias recaídas y con la interpretación que realiza el Ayuntamiento, entiende correcta la fecha de concesión de la licencia efectuada mediante resolución de 11 de marzo de 2016, dictada en ejecución de la sentencia de apelación 338/2015, de 12 de

noviembre, ya que en esa sentencia, al igual que la que confirma, se habla de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho.

La propuesta, con apoyo en lo expuesto anteriormente, entiende que no concurre ninguno de los requisitos exigidos para declarar la responsabilidad administrativa; “los hechos no son como los relata la reclamante, sin que además, se le haya ocasionado daño alguno, ni la causa de los daños, caso de haberse originado, tengan nada que ver con la actuación administrativa, ni siquiera con la denegación de la licencia de ampliación de la actividad. No hay lesión efectiva y antijurídica que no tenga el deber de soportar, consecuencia de un funcionamiento de un servicio público, entendido como actuación administrativa (...). No hay daño, ni es efectivo ni es evaluable, la petición de lucro cesante a la vista de todo lo expuesto no tiene soporte alguno. El lucro cesante no deja de ser totalmente incierto, para nada asegurado. Se trata, la mayoría de casos en los que solicita, de meras expectativas. Se olvida, además, la reclamante de la situación económica en general, de la crisis que afectó especialmente al sector y de su propia situación económica”.

#### **f) Alegaciones de... a la propuesta de resolución**

El 19 de mayo de 2017, la reclamante formula alegaciones a la propuesta de resolución remitida por el Ayuntamiento del Valle de Yerri. En dicho escrito se ratifica íntegramente en su reclamación y en las alegaciones formuladas al Pliego, ya que de la propuesta no se derivan hechos o argumentaciones nuevas. Considera que el pliego y la propuesta contienen un compendio de cuestiones heterogéneas y ajenas invocadas con la única finalidad de intentar encontrar motivos para denegar la justa reclamación de daños generados por la obcecación del Ayuntamiento del Valle de Yerri de dar cobertura a la ilegal conducta del Concejo de Bearin.

La reclamante considera que son evidentes las lesiones producidas a... (daño efectivo, evaluable, económicamente individualizado), existe una obvia relación de causalidad entre las lesiones sufridas y el actuar administrativo, no son daños que... tenga el deber jurídico de soportar. Es más, con referencia a la documentación presentada junto con la solicitud de concurso

y al informe del administrador concursal, incide en la grave y directa influencia que sobre la situación de la empresa ha tenido precisamente la actuación ilegal del Ayuntamiento al denegar la licencia de actividad.

En contra de lo afirmado en la propuesta, considera que, precisamente, la razón por la que se solicitó la aprobación del proyecto “...” era por el agotamiento de los recursos anteriormente autorizados, no siendo posible explotar reservas inexistentes procedentes de la autorización de 1998. Alega que el que haya sufrido pérdidas y padecido las consecuencias negativas de la crisis no significa que la actuación municipal no haya contribuido a empeorar las cosas, incrementando los daños sufridos.

La reclamante considera que las autorizaciones administrativas y ambientales concedidas para el desarrollo del proyecto “...” comprendían tanto la actividad extractiva como la de tratamiento del producto obtenido. En cuanto a la fabricación de hormigón afirma que la planta que la empresa ha tenido en Bearin ha funcionado en condiciones de legalidad e invoca el informe de la Orve Tierra Estella de 26 de octubre de 2016 que, en su opinión, evidencia la legalidad y el mal actuar municipal.

La reclamante se ratifica en que los daños deben retrotraerse a la fecha de 4 de julio de 2005, fecha de solicitud inicial de la licencia.

Niega que con anterioridad a la denegación se trajera material de Murieta para la fabricación de hormigón en Bearin.

En cuanto al lucro cesante, y a la crítica sobre la metodología se responde indicando que no hay otro método de cálculo y que los cálculos tenidos en consideración por el informe de... son muy prudentes y muy inferiores al volumen estimado de la explotación prevista en el proyecto autorizado de “...”, que ascendía a 125.000 metros cúbicos/año, equivalentes a 325.000 tn/año.

Por lo que se refiere a la venta de maquinaria se ratifica en el informe inicial y considera que la respuesta municipal resulta estrambótica.

Insiste en la incorrección de la argumentación municipal para rechazar la referencia a julio de 2005 como inicio de los daños, considera que las únicas sentencias que deben tenerse en consideración son las del Juzgado de 20 de noviembre de 2013, recaída en el procedimiento ordinario 29/2009 y la confirmatoria recaída en el recurso de apelación 44/2014. Las disposiciones sobre anulabilidad y nulidad carecen de trascendencia y añade que una cosa es pretender tener licencia desde 2005 (cosa que no defiende) y otra muy diferente que el Ayuntamiento haya incurrido en una ilegalidad que ha irrogado daños y perjuicios que se retrotraen al momento en que se empezaron a producir.

Por último, en relación con el informe emitido por el economista a instancia municipal, considera que se trata de un informe totalmente partidista, realizado con el único ánimo de mantener la línea argumental de defensa del Ayuntamiento, que se dedica a “buscar fallos” al informe de..., sin ofrecer datos económicos ni atreverse a realizar ninguna cuantificación alternativa a las efectuadas por el reclamante.

Por todo ello, termina solicitando se acceda a las pretensiones formuladas en el escrito de reclamación presentado el 26 de agosto de 2016.

**g) Informe del instructor a las alegaciones de... y acuerdo municipal de solicitud de dictamen, previo a la resolución definitiva**

El 24 de mayo de 2017 el instructor del expediente de responsabilidad patrimonial informa las alegaciones formuladas por... a la propuesta de resolución en sentido desfavorable.

El informe se reitera en lo manifestado en el pliego y en la propuesta, se ratifica en la improcedencia de retrotraer los daños al mes de julio de 2005 y considera que la denegación de la licencia no le impidió continuar explotado la cantera de Bearin en lo que le autorizaba el descenso de cuota. El traslado de árido desde la cantera de Murieta es una decisión imputable a la empresa que no está directamente relacionada con la denegación de la licencia y buena prueba de ello es que ese traslado ya venía realizándose con anterioridad a julio de 2005. La situación de crisis del sector llevó a la



empresa a pérdidas reiteradas y para mejorar las cuentas de explotación se decidió la venta de la maquinaria existente en Bearin. Se insiste en que la única actividad autorizada para tratamiento de áridos era la concedida en 1980 y sólo autorizaba para tratar el material que se produjera en Bearin, y por lo que se refiere a la fabricación de hormigón la única autorización era para la utilización de la planta fija y que la instalación de la planta móvil en 2004 carecía de licencia, existiendo incluso una orden de demolición ratificada por sentencia judicial que no llegó a ejecutarse.

En consecuencia, concluye considerando la ausencia de todos y cada uno de los requisitos exigibles para que proceda la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento.

A la vista del citado informe, el Pleno del Ayuntamiento del Valle de Yerri, en sesión celebrada el 24 de mayo de 2017, teniendo en consideración la propuesta de resolución del instructor y antes de resolver definitivamente la reclamación formulada, acuerda solicitar la emisión de dictamen preceptivo a este Consejo de Navarra.

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **II.1ª. Objeto del dictamen y carácter preceptivo**

La presente consulta versa sobre el expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento del Valle de Yerri como consecuencia de la reclamación de responsabilidad patrimonial instada por la mercantil... por los daños y perjuicios derivados de la denegación de la licencia de actividad para el proyecto de explotación de la cantera "...", en la localidad de Bearin.

El artículo 14.1.i) de la LFCN requiere el dictamen preceptivo del Consejo de Navarra en relación con los expedientes de responsabilidad patrimonial en los que se solicite una indemnización igual o superior a trescientos mil euros. Por lo tanto, estando ante un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento del Valle de Yerri por una cantidad de 4.968.643,76 euros, este dictamen se emite con carácter preceptivo.

## **II.2ª. Sobre la tramitación del procedimiento**

La reclamación formulada fue presentada ante el Ayuntamiento del Valle de Yerri el 26 de agosto de 2016, estando vigente la LRJ-PAC de conformidad con lo establecido por la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que le es de aplicación (Disposición transitoria tercera, de la Ley 39/2005) la normativa anterior recogida en la ya citada LRJ-PAC y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado mediante Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En el presente caso, el expediente se inició en virtud de reclamación de la empresa interesada. Por parte del Ayuntamiento se designó al instructor del expediente que elaboró el pliego en el que se analizaban las argumentaciones de la reclamante y se adjuntó cuanta documentación administrativa se consideró necesaria para la adecuada resolución.

El Pliego y la proposición de pruebas formulados por el instructor se notificaron a la reclamante concediéndole plazo para formular alegaciones y proponer las actuaciones probatorias que considerara convenientes. Las alegaciones formuladas por la reclamante fueron analizadas por el instructor quien elaboró la propuesta de resolución que, junto con las actuaciones probatorias practicadas, fue nuevamente comunicada a la empresa reclamante para que formulara alegaciones. Estas nuevas alegaciones a la propuesta de resolución fueron nuevamente informadas, proponiendo su desestimación, con carácter previo a que por el Ayuntamiento remitiera a este Consejo de Navarra la propuesta de resolución para la emisión del dictamen preceptivo con carácter previo a la resolución definitiva del expediente.

A la vista de todo ello puede considerarse que se ha dado debido cumplimiento a las previsiones procedimentales, por lo que la tramitación del procedimiento se estima adecuada.

## **II.3ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración**

Como viene estableciendo este Consejo en dictámenes anteriores, la responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución de garantía de los ciudadanos prevista en el artículo 106.2 de la Constitución Española (CE). Su regulación se contiene en los artículos 139 a 144 (capítulo I del título X) de la LRJ-PAC, que ha sido parcialmente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y en el RPRP. El punto de partida lo constituye el artículo 139.1 de la LRJ-PAC, a cuyo tenor “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”. El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2). 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 (artículo 141.1 de la LRJ-PAC). La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado (artículo 141.2 de la LRJ-PAC). El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (artículo 142.5 de la LRJ-PAC).

Con carácter general, la STS de 23 de octubre de 2007, recogiendo una reiterada doctrina, señala que: “Es sabido que la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico, tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución de 1978, sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución al disponer 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 los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en

los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta”.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, debiendo identificarse el servicio público a los fines del artículo 106.2 de la Constitución con toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso con la omisión o pasividad, con resultado lesivo, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de determinado modo (SSTS de 18 de abril y 12 de julio de 2007).

Por lo que se refiere a las características del daño causado, este ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (STS de 10 de octubre de 2007), debiendo entenderse por daño efectivo el daño cierto ya

producido, no simplemente posible, contingente o futuro, lo que no excluye que, en algún caso, deba indemnizarse también el daño que habrá de ocurrir en el porvenir pero cuya producción sea indudable y necesaria por la certeza de su acontecimiento en el tiempo (STS de 14 de junio de 2007), recordando la STS de 16 de octubre de 2007 que, para que el daño sea indemnizable ha de ser real y efectivo, no traducible a meras especulaciones o simples expectativas, incidiendo sobre derechos o intereses legítimos - SS.17-12-1981-, evaluable económicamente, cuya concreción cuantitativa o las bases para determinarla pueden materializarse también en ejecución de sentencia - SS. 13-11-1981 y 14-4-1981- e individualizado en relación con una persona o grupo de personas, daño producido por la actividad de la Administración en relación de causa a efecto, pesando sobre el perjudicado la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos legales para que surja la obligación de indemnizar, añadiendo que en cuanto al lucro cesante la jurisprudencia viene exigiendo la certeza del mismo, que se manifiesta en la realidad de la actividad, desarrollo y rendimiento, de manera que no pueden considerarse como tal las aspiraciones, deseos y previsiones cuya materialización no resulte contrastada y constituya una mera eventualidad, pues, como señala la sentencia de 18 de octubre de 1993 como ganancias meramente posibles, pero inseguras, dudosas o contingentes, por estar desprovistas de certidumbre y carecer de prueba rigurosa, no es admisible su cómputo para fijar la indemnización reclamada, según ha declarado la Jurisprudencia de este Tribunal, entre otras, en sentencia de la Sala Tercera -Sección Tercera- de fecha 20-2-1989. En el mismo sentido se expresa la sentencia de 28 de enero de 1999 que además precisa que se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, y que, como también señala la sentencia de 3 de febrero de 1989, es necesaria la prueba que determine la certeza del lucro cesante.

En este sentido, la STS de 25 de mayo de 1999 declara que “el concepto de lucro cesante comprende las siguientes notas que delimitan su ámbito de aplicación: a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo (así, en sentencia de 15 de octubre de 1986) que no

computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes, excluyéndose en la cuestión examinada tales circunstancias, al valorarse como esencial la prueba pericial. b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, puesto que la indemnización ha de limitarse al daño emergente que genera el derecho a la indemnización. c) Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia, entre otras, de 3 de febrero de 1989) es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de este como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia de 15 de octubre de 1986, entre otras), ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios”.

Por su parte, el artículo 142.4 de la LRJ-PAC contiene una norma especial sobre la responsabilidad de la Administración por anulación de actos administrativos cuando señala:

“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”.

Para la doctrina del Tribunal Supremo la expresión “no presupone” debe interpretarse como que no se da por supuesto siempre y en todo caso el derecho a la indemnización, pero que tampoco excluye su procedencia cuando concurren los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, primero al interpretar el antiguo artículo 40.2 de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y después del artículo 142.4 de la LRJ-PAC, tras excluir el automatismo,

recogió la denominada “doctrina del margen de tolerancia”, según la cual se distinguía según que la nulidad del acto o disposición fuera manifiesta o simple, reputando sólo a la primera como causa de imputación de responsabilidad patrimonial, ya que caso contrario se llegaría a la conclusión inaceptable de que toda anulación conllevaría responsabilidad lo que afectaría al normal ejercicio de las potestades atribuidas a la Administración por el ordenamiento jurídico.

Posteriormente, la doctrina jurisprudencial ha venido evolucionando hasta considerar que no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio. Se abandona la idea de la mayor o menor gravedad del vicio administrativo como parámetro para determinar la existencia o no de responsabilidad y se centra en la idea de la lesión antijurídica y si se da o no el deber jurídico de soportar por parte del administrado las consecuencias derivadas de la anulación administrativa o jurisdiccional del acto o disposición administrativa.

A este respecto, la jurisprudencia diferencia entre actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales y de potestades regladas. Así, el Tribunal Supremo viene manteniendo que “el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribiera el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda

compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión [véase nuestra sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, FJ 3º, recordada en la de 24 de enero de 2006 (casación 536/02, FJ 3º); en igual sentido se manifestaron las sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/95, FJ 2º), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/02, FJ 5º), 5 de junio de 2007 (casación 9139/03, FJ 2º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 3º y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/06, FJ 3º)].”

Añade la doctrina del Tribunal Supremo que «no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4º y 3º, respectivamente)».

La aplicación de la doctrina sobre el margen de apreciación y su carácter casuístico nos obliga a analizar si la anulación por los tribunales de los acuerdos municipales del Ayuntamiento del Valle de Yerri, denegatorios de la licencia de actividad para la explotación de la concesión “...”, le han producido a la mercantil... una lesión antijurídica y si tiene o no el deber



jurídico de soportar las consecuencias, ya que si no estuviéramos ante una lesión antijurídica procedería sin más trámite desestimar la reclamación formulada.

#### **II.4ª. Análisis de la reclamación de responsabilidad y sus pretensiones**

##### **a) Lesión antijurídica derivada de la denegación de la licencia de actividad mediante resolución de la Alcaldía de 2 de febrero de 2009**

La reclamación formulada por... imputa la lesión patrimonial y el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento del Valle de Yerri a la denegación de la licencia solicitada el 4 de julio de 2005, tras haber entrado en vigor la LFIPA y entender que se cumplía con todas las exigencias legales para ello; planteamiento que no puede ser compartido por este Consejo de Navarra.

En efecto, tal y como se deriva de los hechos acontecidos, la mercantil..., ante la falta de contestación del Ayuntamiento a tal solicitud, interpuso recurso de reposición y, ante el silencio municipal frente al mismo, interpuso el recurso contencioso-administrativo nº 34/2006, que se tramitó ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 que fue resuelto mediante sentencia nº 228/07, de 17 de octubre, que desestimó las pretensiones del recurrente declarando conforme a derecho las desestimaciones tácitas de la solicitud de licencia y del recurso de reposición interpuesto. Ciertamente es que tal sentencia fue recurrida en apelación (rollo de apelación 12/2008) y mediante sentencia de apelación nº 453/2008, de 8 de septiembre, se estimó parcialmente el recurso interpuesto revocando la anterior y rechazando las causas de inadmisibilidad, estimando en parte la pretensión de la parte actora declarando el derecho que le asiste, a que se le tenga por acogido a la nueva normativa instaurada por la Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, en lo que se refiere a la obtención de licencia de actividad de la ampliación de explotación de cantera ... en Valle de Yerri, descartando el resto de pretensiones.

Si se analiza la fundamentación jurídica de la sentencia de apelación se comprobará que se desestima la pretensión del recurrente de que se entendiera concedida la licencia de actividad reclamada. En efecto, en el fundamento jurídico sexto, in fine, tras haber declarado que efectivamente la mercantil... se acogía a la “nueva normativa”, añade que: “mas no es tan sencilla y simple la consecuencia que de lo anterior quiere sacar con invocación, además, del artículo 53 y Anexo 4B de la Ley Foral 4/2005, ambos, en el sentido de que se tenga por concedida la licencia. No, ello no es así ya que entre una y otra medida deben mediar las actuaciones y mecanismos pertinentes conforme determina, precisamente la propia disposición transitoria de la ley..., es decir, del acogimiento a esta normativa hasta alcanzar la licencia, si procede en su caso, deben activarse los mecanismos correspondientes para fijar las condiciones a que se refiere este precepto y con arreglo a los procedimientos que la propia Ley Foral establece; cosa ésta última de la que se carece en el momento presente, por lo que esta petición debe ser denegada”; pronunciamiento que se ratifica en el fundamento séptimo.

Por tanto, no puede considerarse como lesión antijurídica que motive la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento del Valle de Yerri una denegación de licencia que fue declarada ajustada a derecho por sentencia judicial firme.

Cuestión diferente es, a juicio de este Consejo de Navarra, la denegación de la licencia, nuevamente solicitada el 23 de octubre de 2008, mediante resolución de 26 de enero de 2009; resolución que fue revocada por contraria a derecho mediante sentencia nº 336/2013, de 30 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3, y ratificada por sentencia de apelación nº 338/2015, de 12 de noviembre, del TSJ de Navarra, que condenó al Ayuntamiento del Valle de Yerri a conceder la licencia de actividad tantas veces denegada.

En efecto, tal y como se desprende de la propia sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 336/2013, la denegación de la licencia por parte del Ayuntamiento del Valle de Yerri se basó en “la frecuencia e intensidad de las voladuras previstas y en la separación, inferior a 500

metros, entre cantera y viviendas habitadas”. La sentencia argumenta que, aunque no se cite expresamente, las razones esgrimidas por el Ayuntamiento para denegar la licencia, vienen a reproducir los preceptos del Decreto 2414/1961, del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, cuya aplicabilidad a la Comunidad Foral había quedado desplazada por la nueva normativa desplegada en materia medioambiental mediante la LFIPA y, tras analizar los hechos y pruebas practicadas, concluye afirmando que ha quedado acreditado “que no existía razón técnica ni jurídica alguna para la denegación de la licencia”.

Por su parte, la sentencia de apelación del TSJ de Navarra, que ratifica la de instancia, señala que “la juzgadora de instancia concluye que la licencia de actividad solicitada debía haberse concedido, pues no se acredita la concurrencia de razones fundadas jurídicamente en motivos ambientales para denegarla, teniendo en cuenta que la solicitud había obtenido el informe favorable de la Administración Foral y que en el expediente no consta prueba técnica que desvirtúe las conclusiones de dicho informe”. La citada sentencia, tras repasar los principales hitos de la tramitación de la licencia desde el 14 de mayo de 2003 fecha en que la mercantil... inició los trámites para la aprobación del proyecto de ampliación de “...”, con indicación de las actuaciones judiciales habidas, cita jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece el carácter reglado de la concesión de las licencias de actividad, “lo que exige un examen previo de las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, su valoración y posterior determinación de conformidad con el ordenamiento jurídico, para, en el primer caso, concederla imperativamente y en el segundo, denegarla”.

Tras analizar la regulación contenida en la LFIPA y en el Reglamento que la desarrolla, considera que el Ayuntamiento del Valle de Yerri no puede denegar la licencia de actividad basándose en aspectos que excedan de su competencia urbanística y de aplicación de las Ordenanzas Municipales y que son aspectos propios de la Evaluación de Impacto Ambiental, que fue aprobada por resolución 2108/2004, del Director General de Medio Ambiente y que, además, impugnada por el Concejo de Bearin, fue confirmada por

sentencia del TSJ de Navarra de 24 de octubre de 2007, ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de febrero de 2012.

La sentencia de apelación añade que “debe rechazarse la alegación de la apelante cuando sostiene que el otorgamiento de la DIA favorable no vincula al Ayuntamiento en su decisión relativa a la licencia de actividad afirmando que la LFIPA no establece la posibilidad de que el Ayuntamiento discrecionalmente pueda denegar la licencia cuando se han emitido todas las demás autorizaciones previstas y no existen razones urbanísticas ni basadas en las Ordenanzas Municipales para denegarla, realizando un juicio de valor sobre si los riesgos son oportunos y/o aceptables”.

A la vista de todo ello, teniendo en cuenta los antecedentes ya referenciados, las sentencias judiciales que correctamente denegaron inicialmente la licencia de actividad por aplicación de la normativa sobre distancias mínimas establecidas en el RAMINP, la posterior aprobación de la LFIPA que desplaza la aplicación de la norma estatal, la solicitud de... manifestando que se acogía a dicha normativa al amparo de lo establecido en la disposición transitoria tercera, adaptación validada mediante resolución 1440/2005, del Director General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio y ratificada por el TSJ de Navarra, así como el pronunciamiento de la sentencia de apelación 453/2008 revocando la distancia y declarando el derecho de la reclamante a que se le tuviera por acogido a la nueva legislación en la que desaparecía el régimen de distancias mínimas, este Consejo de Navarra considera que la decisión del Ayuntamiento del Valle de Yerri de denegar, una vez más, mediante resolución de 26 de enero de 2009, la licencia de actividad solicitada, sin invocación de nuevas razones o sin apoyarse en informes que las motivaran, volviendo a incidir en la escasez de la distancia entre la explotación y las viviendas, es una conducta que queda fuera de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar del correcto funcionamiento de una administración pública que sirve con objetividad a los intereses generales en el ejercicio de una potestad reglada de concesión de una licencia de actividad que contaba con todos los informes favorables otorgados por los organismos competentes.

En definitiva, el Ayuntamiento del Valle de Yerri, mediante resolución de 26 de enero de 2009, no sólo dictó un acto contrario a derecho, como fue puesto de manifiesto por las sentencias judiciales que lo anularon, sino que, además, ejerció una potestad reglada fuera del margen de razonabilidad esperado a la luz de los antecedentes ya expuestos, ocasionando con ello una lesión antijurídica a la mercantil... consistente en la imposibilidad de ejercer su actividad extractiva a la que tenía derecho durante el tiempo en que los tribunales tardaron en anular la ilícita actuación municipal; conducta antijurídica que puede ser generadora de responsabilidad patrimonial si concurren además el resto de los requisitos necesarios para ello.

Por otra parte, una vez determinada cual es la conducta municipal que genera la lesión antijurídica al administrado (indebida denegación de la licencia mediante resolución de 26 de enero de 2009), queda resuelta la discusión o debate de la fecha a la que se debe retrotraer el expediente a fin de cuantificar los posibles daños causados susceptibles de ser indemnizados; fecha que reiteramos será la del 26 de enero de 2009, en la que por la Alcaldía del Ayuntamiento se denegó indebidamente la licencia actuando fuera del margen de razonabilidad exigible en ese momento a la luz de las actuaciones que le precedieron.

#### **b) Análisis de los daños invocados a efectos de determinar la procedencia de su indemnización**

EL primer concepto reclamado es el del daño emergente que, con fundamento en el informe elaborado por la consultoría..., se cuantifica en 1.437.330 euros. El informe sostiene que como consecuencia de la prohibición de extracción de material de la cantera de Bearin, al denegarse la licencia para la explotación de...,... tuvo que traer, desde otra cantera de la empresa sita en Murieta, el material necesario para la producción de hormigón en la planta móvil existente en Bearin.

Por lo tanto, el daño emergente es el resultado del coste del transporte de ese material que se realizaba en parte con medios propios y en parte mediante servicios exteriores. El informe, teniendo en cuenta los datos que se derivan de los ficheros auxiliares de la sociedad y de las facturas emitidas

por la empresa transportista que realizaba los traslados, calcula el volumen transportado, el precio del transporte y el sobrecoste total, que se cuantifica en 1.285.056 euros, que actualizado a la fecha del informe asciende a 1.437.330 euros.

El Ayuntamiento rechaza el daño y el método de cálculo. Aduce que el traslado de material de Murieta a Bearin ya se realizaba con anterioridad a la denegación de la licencia, lo que demuestra que ello es una decisión voluntaria de la empresa y no una consecuencia derivada fatalmente de la denegación de la licencia. Cuestiona el cálculo del volumen de material transportado sobre ficheros auxiliares de la empresa y considera que el informe de... tiene en consideración más volumen de árido transportado que el que resulta de la producción de hormigón en la planta de Bearin. Igualmente cuestiona el cálculo del precio del transporte. Además considera que, puesto que la planta de producción de hormigón es ilegal por no estar autorizada, no puede indemnizarse cantidad alguna por la realización de una actividad ilegal.

Resulta necesario analizar en primer lugar esta última invocación de la propuesta municipal ya que si realmente no procede la indemnización por la utilización de la planta móvil de hormigón, huelga cualquier consideración con respecto al método de cálculo utilizado por la reclamante.

Tal y como ha quedado referenciado anteriormente, es cierto que... venía ejerciendo la actividad de fabricación de hormigón en una planta fija autorizada hasta que en 2004 planteó su sustitución por una nueva de carácter móvil. Esa planta se instaló sin que previamente hubiera sido autorizada, dando lugar, incluso, a resoluciones municipales que ordenaban su demolición y que fueron ratificadas por sentencias judiciales, aunque finalmente no llegaron a ejecutarse. Ante esta situación, la reclamante inició un expediente de legalización que quedó paralizado en 2012, al emitir el Ayuntamiento el informe urbanístico preceptivo en el que se hacía referencia a que tal solicitud se vio afectada por el acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias, adoptado como consecuencia de la aprobación inicial de la revisión del Plan Municipal (BON nº 93, de 16 de mayo de 2011),

sin que se tenga conocimiento de que con posterioridad a tal fecha se hubiera reanudado el expediente de autorización.

Ciertamente resulta sorprendente que, dada la situación de conflicto en la que se ha desenvuelto todo lo relacionado con la explotación de la cantera... de Bearin, se haya mantenido y tolerado el funcionamiento de la planta de fabricación de hormigón sin que la misma se encontrase legalizada. Frente a la invocación realizada por el Ayuntamiento del Valle de Yerri, en el Pliego y en la propuesta de resolución, de que la planta carece de legalización, la mercantil... se ha limitado a realizar consideraciones generales encaminadas a afirmar, sin datos, que dicha planta está plenamente legalizada y debe entenderse incluida en el expediente de ampliación de actividad autorizado.

Este Consejo de Navarra ha repasado la documentación referente a la citada autorización en la que sí hay referencias, tanto en la memoria como en los informes administrativos, a la planta de tratamiento del material, pero no se ha encontrado referencia alguna a la planta de producción de hormigón, que fue objeto de expediente independiente, tramitado con posterioridad en 2012, y que, como hemos indicado, no concluyó con ninguna autorización.

Siendo ello así, con independencia de la opinión que pueda extraerse sobre la conducta municipal que ha tolerado la existencia de la planta y ahora niega su legalidad para intentar evadir una cuantiosa reclamación económica, lo cierto es que debemos analizar si es posible reconocer el daño emergente en el modo en que es reclamado por la mercantil..., siendo la respuesta negativa.

En efecto, es pacífica la doctrina jurisprudencial que proclama que la mera tolerancia, o la no reacción frente a actividades no legalizadas, no convierten a las mismas en actividades lícitas a efectos de su consolidación. Igualmente, es pacífica la doctrina que establece la no indemnización por el cierre o clausura de actividades no autorizadas a pesar de las situaciones de tolerancia administrativa, y la imposibilidad de considerar como un derecho

indemnizable los rendimientos a obtener por el ejercicio de una actividad no legalizada.

Por tanto, desde ese punto de vista, no teniendo derecho –según la documentación obrante en este Consejo de Navarra- la mercantil reclamante a utilizar la planta de fabricación de hormigón por carecer de licencia, no puede lícitamente calcular el daño emergente por referencia al sobrecosto del transporte del material desde otra cantera para producir hormigón en la planta no legalizada de Bearin.

Aun cuando la conducta del Ayuntamiento del Valle de Yerri haya sido antijurídica por haber denegado fuera del ámbito de razonabilidad la licencia de actividad, el daño emergente, en los términos en los que es calculado por la reclamante, no resulta procedente, al no tener derecho al uso de la planta móvil instalada en Bearin por carecer de las preceptivas autorizaciones legales, por lo que la lesión no sería antijurídica, ni existiría la necesaria relación de causalidad entre la denegación de la licencia y el derecho del reclamante a la fabricación del hormigón en Bearin en una planta no legalizada.

En segundo lugar, la reclamante solicita una indemnización de 1.458.251 euros en concepto de lucro cesante. Tal reclamación se apoya en el informe elaborado por la consultoría...que lo calcula teniendo en consideración un escenario económico en el que, partiendo de los ingresos obtenidos por la venta de áridos procedentes de la cantera de Bearin en el periodo de 2000 a 2004, estima los ingresos que... previsiblemente habría obtenido entre el 4 de julio de 2005 y el 11 de marzo de 2016, si se le hubiera otorgado la licencia de actividad en cuestión.

Para los años 2005 a 2007 calcula los ingresos considerando la media de las tasas de variación reales experimentadas durante el periodo comprendido entre el ejercicio de 2000 y el mes de noviembre de 2004. Para el cálculo de los ejercicios de 2008 a 2016, teniendo en cuenta la crisis que afectó a España y en particular al sector de la construcción y su repercusión sobre el sector de los áridos, estima los ingresos esperados considerando



las tasas de variaciones reales relativas a los ingresos generados en la explotación de los áridos de la Cantera de Murieta.

Con esos datos, el informe de... calcula o estima unos ingresos previsibles, entre julio de 2005 y marzo de 2016, de 10.834.339 euros. A continuación, el informe calcula los ingresos reales obtenidos por... por la explotación de la cantera de Bearin durante el periodo de consideración, que se cuantifica en 1.776.816 euros, y considera que los ingresos dejados de percibir son la diferencia entre los ingresos estimados, menos los realmente obtenidos en Bearin, por lo que se cuantifican en la cantidad de 9.057.523 euros.

A continuación, tomando los datos de la cantera de Murieta, calcula el margen de beneficio anual de la explotación (que va desde un beneficio del 51 por 100 del ejercicio de 2006 hasta un beneficio negativo del 114 por 100 imputable al ejercicio de 2012) y, aplicando el margen de beneficios o de pérdida a los ingresos estimados en cada año, obtiene un lucro cesante de 1.458.251 euros que, actualizado a la fecha de la reclamación, asciende a 1.816.039 euros.

Como ya hemos señalado, el Ayuntamiento, rechaza tal lucro cesante por no compartir la metodología utilizada para su cálculo al entender que no son pérdidas acreditadas y al no considerar ni la situación económica de la empresa y del sector, ni el hecho de que durante el tiempo en que no se explotó la cantera de Bearin, se incrementó la capacidad de extracción en la cantera de Murieta para hacer frente a las pérdidas de la empresa.

En relación con el reconocimiento del concepto de lucro cesante, la jurisprudencia viene reiterando de modo inequívoco que, aunque se reconoce el derecho del administrado, en los supuestos de responsabilidad patrimonial, a la reparación integral del daño, no cabe olvidar que es exigible, en todo caso, la acreditación de la efectividad del daño o perjuicio producido, esto es su realidad material prescindiendo de las meras expectativas o conjeturas.

Este Consejo de Navarra, de conformidad con la doctrina jurisprudencial viene manteniendo reiteradamente que el concepto de lucro cesante comprende las siguientes notas características que delimitan su ámbito de aplicación (entre otros, dictamen 16/2014):

“a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo (así, en sentencia de 15 de octubre de 1986) que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes.

b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, puesto que la indemnización ha de limitarse al daño emergente que genera el derecho a la indemnización.

c) Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia, entre otras, de 3 de febrero de 1989), es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia de 15 de octubre de 1986, entre otras), ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios”.

Pues bien, a la vista de los datos obrantes en el expediente, teniendo en consideración la metodología de cálculo utilizada por la consultoría..., las objeciones manifestadas por el Ayuntamiento del Valle de Yerri y el informe económico por él encargado, la situación económica del sector de los áridos y especialmente la fecha a la que con arreglo a nuestro dictamen debe retrotraerse el cálculo de los daños ocasionados a la reclamante (26 de enero de 2009), consideramos que no procede la reclamación por lucro cesante, ya que se fundamenta en meras expectativas, en estimación de ingresos cuya procedencia es altamente dudosa.

Pero, además, si diéramos por válidas las cifras y metodología utilizada por la consultoría... para el cálculo del lucro cesante y trasladáramos tales cifras a los ejercicios afectados (de 2009 a 2016), observaríamos que en tal

periodo de tiempo la mercantil... no habría tenido beneficio estimado, sino que habría tenido pérdidas resultantes de la explotación. En efecto, téngase en cuenta que los beneficios se imputan a los ejercicios de 2005 a 2008, respectivamente, con una cifra de beneficio dejado de obtener de 1.574.708 euros, lo que supone que, para obtener la cifra de lucro cesante de 1.458.251 euros tenidos en consideración por el informe aportado por la reclamante en los ejercicios siguientes, a partir del 2008 tuvo que tener unas pérdidas de 116.457 euros.

La mercantil..., a la hora de cuantificar los daños sufridos por la ilegal actuación municipal, incluye un apartado que denomina “otras implicaciones económicas derivadas de las actuaciones del Ayuntamiento del Valle de Yerri” que considera necesarias para reanudar la actividad productiva. Dentro de este apartado incluye dos conceptos diferentes: adquisición de maquinaria y preparación y adaptación del terreno para llevar a cabo la explotación.

Respecto a la adquisición de nueva maquinaria mantiene que, debido al tiempo de paralización, la empresa vendió la maquinaria existente para la producción y que ahora es necesario reponer. Para calcular el perjuicio, toma en consideración los presupuestos emitidos por una empresa especializada en la venta de esta clase de maquinaria y de reputación en el sector, y al importe de adquisición de la nueva maquinaria le descuenta el importe que en su momento la mercantil... obtuvo por la venta de la antigua maquinaria y le aplica una tasa de descuento por uso del 45 por 100 “ya que según la experiencia en el sector, los precios de la maquinaria usada en buen estado son del orden del 45% del valor de la maquinaria nueva”. Entre maquinaria móvil (91.269 €) y maquinaria fija (733.843 €), solicita por el concepto de reposición de maquinaria un total de 825.112 euros.

La propuesta de resolución y el informe económico municipal rechaza tal petición ya que, según se afirma,... obtuvo entre 2011 y 2016, por este concepto un beneficio estimado en 306.244 euros; cuantía que dice se obtiene comparando el valor obtenido por la venta y el valor neto contable de los elementos vendidos. Considera que todo lo obtenido fue beneficio porque el valor contable de los equipos era cero al estar amortizados. Añade que

analizando la fecha de las ventas, especialmente de la maquinaria fija (entre marzo de 2013 y enero de 2016), se extrae la conclusión de que la causa de esas ventas deben encontrarse en la necesidad de la empresa de obtener otros ingresos ante la grave situación económica por la que atravesaba (“de no haber enajenado esa maquinaria las pérdidas de la sociedad hubieran sido mayores”). Por ello, considera que no se ha acreditado la necesaria relación de causalidad entre la denegación de la licencia y la venta de maquinaria ya que esto parece realizarse para mejorar la situación económica.

Además, cuestiona el cálculo del valor de reposición que se fundamenta únicamente en una opinión subjetiva de la empresa que suministró el presupuesto de valor a nuevo y que, en un correo enviado a la consultoría tras indicar que ellos no se dedican a adquirir o vender maquinaria usada, informa que “en operaciones que hemos tenido conocimiento de venta de maquinaria usada en buen estado, los precios de venta han sido del orden del 45% del valor de la maquinaria a nueva”.

A juicio de este Consejo de Navarra los argumentos esgrimidos por el Ayuntamiento no son determinantes de la ausencia de daño relacionado directamente con la conducta municipal. Así el hecho de que la venta de maquinaria le hubiera generado a la empresa beneficio en el momento de su realización no es causa o motivo que exonere al Ayuntamiento de toda responsabilidad. La clave está en determinar dos cuestiones, la primera si existe la necesaria relación de causalidad entre la inactividad de la cantera y la venta de maquinaria, y la segunda si esa venta forzada le ha supuesto a la empresa algún perjuicio económico. Con respecto a la primera cuestión, no resulta extraño que, ante la inactividad de la cantera como consecuencia de la reiterada negativa del Ayuntamiento a la concesión de la licencia y ante la precaria situación por la que atravesaba la mercantil reclamante, esta se viera forzada a desprenderse de unos activos a los que no podía dar el uso adecuado. Para negar esta razonable relación de causalidad no basta con las simples opiniones subjetivas e interesadas de la Administración afectada. No puede exigirse a... una mayor exigencia de prueba de la relación entre paralización, crítica situación económica y venta de maquinaria. Ahora bien,

tampoco el hecho de que se haya vendido la maquinaria por la indebida paralización de la cantera por causa imputable al Ayuntamiento del Valle de Yerri determina necesariamente la existencia de un daño económicamente individualizado e indemnizable. Para ello sería necesario acreditar que esa venta, forzada por la situación económica y de paralización en que se encontraba, se realizó por debajo del precio de mercado de la maquinaria vendida en relación con su estado de conservación, antigüedad y grado de adecuación a su finalidad. Y este extremo no ha quedado acreditado en el expediente. Como hemos señalado, en el informe de...se toma en consideración el valor actual de unas nuevas instalaciones fijas que se valoran en 2.105.985 euros y, sin otra base que un simple correo electrónico de una empresa de venta, se estima que el precio de venta de la maquinaria de segunda mano en buen estado es del 45 por 100 del precio a nueva, por lo que a ese importe de 947.693 euros, le descuenta el importe de 213.850 euros que se obtuvo con la venta, y el diferencial de 733.843 euros, es la cantidad que se reclama. Pero para que ello fuera así debería acreditarse que la maquinaria ofertada y vendida son las mismas, que efectivamente la vendida se encontraba en buen estado de conservación, que en tal caso el precio de venta debería haber sido del 45 por 100 del valor y que por la situación que atravesaba la empresa se vio obligada a vender por debajo del coste; aspectos todos ellos que por no estar acreditados debidamente nos impiden aceptar la reclamación en los términos en los que viene formulada a este Consejo de Navarra.

Por lo que se refiere a la reclamación de 696.362 euros de trabajos necesarios para la reclamación de la actividad de explotación de la cantera (desbroce del terreno, excavación de tierra vegetal, excavación de tierras y rocas hasta llegar a la roca sana), tampoco queda acreditado, con el rigor que es necesario para estar ante un daño directo y evaluable económicamente. En primer lugar, se carece de informe técnico que justifique las obras y las cifras reclamadas. Pero más aún, a salvo de opinión técnica fundada que acredite lo contrario los costes reclamados son inherentes al inicio de la actividad extractiva con independencia de que se haya concedido o no la licencia de actividad en el momento en que legalmente correspondía. Para que pudiera prosperar este concepto sería

necesario la acreditación de que el tiempo en el que la cantera ha estado paralizada ha conllevado un perjuicio o un incremento de los costes necesarios para comenzar la explotación, en relación con lo que hubiera costado tales operaciones preparativas de haberse concedido la licencia en su momento oportuno; cuestiones que no están acreditadas en el expediente analizado y por lo tanto no pueden ser aceptadas.

Por último, en relación con la pretensión de reclamación de los costes de asesoramiento legal cifrados en 193.800 euros, tampoco resulta procedente conforme con reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, STS de 18 de abril de 2000, recurso nº 1472/1996) que viene declarando que los derechos y honorarios abonados por los recurrentes a abogados y procuradores para obtener la nulidad de los acuerdos causantes del perjuicio deben quedar fuera del quantum indemnizatorio por cuanto no puede identificarse con el requisito del daño efectivo anudable a toda reclamación indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues, aun cuando la vía jurisprudencial terminase acogiendo las tesis del recurrente, la simple anulación de resoluciones en vía administrativa o contencioso-administrativa, no presupone derecho a indemnización cuando los Tribunales no estiman temeridad alguna en el comportamiento de las Administraciones autoras de los actos a efectos de una condena en costas, pues no existe relación de causalidad entre dichos gastos y el actuar de la Administración y tiene, en consecuencia, la parte el deber jurídico de soportarlos, pues tales conceptos no son un daño efectivo a efectos de la responsabilidad patrimonial.

En definitiva, a juicio de este Consejo de Navarra, a pesar de que la conducta del Ayuntamiento del Valle de Yerri denegando a la mercantil... la licencia de actividad, mediante resolución de 26 de enero de 2009, puede considerarse como conducta antijurídica a efectos de generar el nacimiento del derecho a ser indemnizado como consecuencia de haber incurrido la administración municipal en motivo o causa de responsabilidad patrimonial, los daños reclamados por la mercantil..., en los términos expuestos en la reclamación, no reúnen los requisitos exigidos por la jurisprudencia para poder ser estimados.

### **III. CONCLUSIÓN**

El Consejo de Navarra considera que la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños derivados por denegación de la licencia de actividad, formulada por la mercantil "...", contra el Ayuntamiento del Valle de Yerri, en los términos en los que ha sido formulada, debe ser desestimada.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.