



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2897

Madrid, martes 23 de noviembre de 2010



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/190040

TS Sala 3ª, Sección 4, Sentencia 29 septiembre 2010. Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez

### Rechazo de indemnización solicitada por la denegación de la concesión de explotación minera

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia del TSJ de Canarias, por la que se reconoció el derecho de la entidad mercantil a ser indemnizada por el Gobierno de Canarias ante la imposibilidad de explotación del yacimiento minero con la declaración de caducidad del permiso de investigación, finalmente anulada en vía jurisdiccional. La Sala considera que hasta que no se realiza el previo juicio administrativo de prevalencia de los intereses minero y medioambiental, no cabe considerar que existan ni derechos consolidados ni expectativas ciertas y seguras de explotación, y, por consiguiente, no se han incorporado al patrimonio del titular de los permisos de investigación otros derechos que los que de éstos se derivan, ni pueden ser indemnizados otros perjuicios que los nacidos de la propia actividad realizada como consecuencia de tales permisos, en consecuencia, la Sala concluye que la inactividad de la entidad mercantil durante más de tres años en presentar un plan de restauración hace decaer su afirmación de que de no haber mediado las resoluciones administrativas anuladas en la sentencia de 14 febrero 1998, habría concluido con resolución favorable su solicitud de Concesión Directa de Explotación, y como hemos expuesto, no obtuvo nunca un derecho consolidado a la explotación del yacimiento, sino que, además, tampoco cabe afirmar con la certeza que exigiría el acogimiento de su pretensión, que llegara a ostentar en momento alguno una expectativa cierta y segura a ello, y sí sólo, y a lo sumo, una expectativa remota, meramente posible, insegura, dudosa o contingente.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia aquí recurrida estima en parte, al otorgar una indemnización menor de la pedida, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones, primero presunta y luego expresa, que desestimaron la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por la actora el día 16 de agosto de 2006.

Aunque al hilo del análisis de los motivos de casación habremos de

precisar los hechos que son relevantes para identificar el supuesto enjuiciado, conviene ya de entrada indicar cuál era y es en la tesis de la actora el fundamento de su reclamación de responsabilidad patrimonial:

A su juicio, y sintetizando ahora lo que leemos en el escrito de reclamación presentado el 16 de agosto de 2006, el expediente de concesión directa de explotación denominada Carmen (en lo sucesivo CDE, si la redacción no lo desaconseja), solicitada el 19 de julio de 1988 para el

aprovechamiento de recursos de la Sección C), traquitas como roca ornamental, inicialmente sobre 10 cuadrículas mineras, luego reducidas a 6, localizadas en el área de las Montañas de Tebeto, término municipal de La Oliva, e incluidas dentro del Permiso de Investigación Chantal (en lo sucesivo y con la misma salvedad PI), del que era titular, habría concluido con resolución favorable en el año 1993, antes de agosto de 2001 en que entró en vigor el Plan Insular de Ordenación Territorial de Fuerteventura prohibiendo toda actividad extractiva en esa zona, de no haber mediado la improcedente y nula declaración de caducidad del PI, adoptada el 28 de enero de 1993 por el Consejero de Industria y Comercio del Gobierno de Canarias. Esa nula declaración de caducidad fue la causa directa de que la actora no pudiera entrar en 1993 en la explotación del yacimiento. Los perniciosos efectos derivados de ella no han podido ser solventados con el otorgamiento del título concesional (ahora de concesión derivada de permiso de investigación, CDERAPI en lo sucesivo, con igual salvedad) pues a la fecha en que ello ha sucedido - 18 de noviembre de 2004- ya se encontraba en vigor aquel Plan Insular que imposibilita la actividad extractiva. Nada dificulta anular la imposibilidad de explotación del yacimiento minero con la declaración de caducidad del PI, finalmente anulada en vía jurisdiccional. La indemnización a satisfacer ha de ser así la que resulte de la valoración real del yacimiento minero, que asciende a 104.784.995 euros, según el informe de valoración que acompaña.

En la misma línea, dijo la actora en el párrafo segundo del séptimo de los antecedentes de su escrito de demanda que en la reclamación sostuvo "... en síntesis, que la declaración de caducidad del Permiso de Investigación Chantal 23, y la subsiguiente cancelación del expediente de concesión Carmen, actos ambos anulados por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, impidieron a Canteras de Cabo Verde, S.A., acceder en tiempo oportuno a la explotación del yacimiento Carmen, cuya concesión legalmente le correspondía en virtud de lo dispuesto en los artículos 44 y 67 de la Ley de Minas. De tal manera que, de no haber mediado las nulas resoluciones ad-

## SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Insuficiente averiguación judicial para descartar malos tratos 10

TS

CIVIL

Cantidad entregada a cuenta no considerada como cláusula penal en el contrato de compra-venta 12

ADMINISTRATIVO

Rechazo de indemnización solicitada por la denegación de la concesión de explotación minera 1

SOCIAL

Denegada demanda de error judicial en proceso sobre jubilación 14

RS

RESEÑA DE SENTENCIAS

16

INTERNET  
<http://www.elderecho.com>  
e-mail: [clientes@elderecho.com](mailto:clientes@elderecho.com)

administrativas comentadas, podría haber entrado en la explotación del yacimiento en el año 1993, cuando no existía ningún tipo de impedimento o prohibición legal para el ejercicio de la actividad extractiva en la zona donde aquel se encuentra ubicado". Añadió más tarde, en la letra c) del primero de los fundamentos de derecho de dicho escrito, que "(...) se nos antoja difícil que alguien pueda poner en duda que Canteras de Cabo Verde, S.A., de no haber mediado la nula resolución de caducidad del permiso de investigación Chantal 23, forzosamente habría obtenido en el año 1993 la autorización de explotación del yacimiento Carmen, sobre el que tenía un derecho consolidado, que no una mera expectativa".

Afirmó después, en la letra d) del mismo fundamento de derecho, que "(...) el daño irrogado a Canteras de Cabo Verde, S.A., ha quedado materializado, al cabo, en la privación de su derecho a explotar la concesión minera Carmen". Y solicitó en el suplico del repetido escrito una sentencia que condene al pago de aquella cantidad de 104.784.995 euros, "en concepto de indemnización por los daños causados con motivo de las nulas resoluciones de caducidad del Permiso de Investigación Chantal 23 y de cancelación del expediente de Concesión de Explotación Carmen 37, de 28 de enero de 1993 y 20 de julio de 1993, respectivamente".

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos de casación, formulados, al igual que los tres restantes, al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, plantean una misma cuestión (y de ahí que los trataremos juntos), referida a que el derecho a reclamar había prescrito cuando la reclamación se presentó aquel día 16 de agosto de 2006.

El primero de dichos motivos denuncia como infringido el art. 142.4 de la Ley 30/1992, a cuyo tenor: "La anulacion 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".

Y el segundo, que se interpone según dice la parte con carácter subsidiario al anterior, la del inciso primero del art. 142.5 de esa misma Ley, conforme al cual: "En todo caso, el

derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo".

Motivos que, como haremos en los dos siguientes fundamentos de derecho, sí debemos examinar, al entender que no concurre de modo nítido el obstáculo que para ello invoca la parte recurrida en su escrito de oposición. En efecto, la cuestión que plantean esos motivos, aunque traída al proceso por la Administración demandada de un modo anómalo, mediante la remisión, en el fundamento de derecho VI de su primer escrito de contestación, a la resolución desestimatoria expresa, para darla "íntegramente por reproducida", en la cual, discrepando del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, seguía defendiendo el Consejero de Empleo, Industria y Comercio que la dictó que la reclamación sí había prescrito, no es en realidad una cuestión que deba merecer en este caso en concreto el calificativo de "nueva". Lo demuestran así los dos escritos de demanda (el segundo surgido al ampliarse el recurso contencioso-administrativo contra esa resolución expresa), en los que la actora alegó todo lo que tuvo por conveniente en contra de la prescripción (incluida ya en la propuesta de resolución y de ahí que la combatiera también en el primero de esos dos escritos). Y lo demuestra también la propia sentencia de instancia, pues ésta, aunque dice que la tesis de la prescripción "no ha sido esgrimida en sede jurisdiccional", es lo cierto que la trata, analiza y rechaza no por ello y sí por argumentos de fondo en el primero de sus fundamentos de derecho.

En definitiva, no menoscabado el derecho de defensa de la parte actora y habiendo sido analizada por razones de fondo en la sentencia de instancia, el análisis de aquella cuestión en este grado de casación debe imponerse superando obstáculos que procesalmente no sean insalvables, pues a ello conduce una interpretación que, acorde con las exigencias del derecho fundamental en juego, sea proclive a la prestación más plena posible de la tutela judicial y a la consiguiente exclusión, sólo, de las cuestiones que de modo indubitado no hubieran sido traídas al proceso. Aquí, se trata en realidad de una cuestión que la actora aceptó como integrante del debate procesal y de una que analizó y decidió la Sala de instancia.

TERCERO.- Es cierto que la sentencia de fecha 14 de febrero de

1998, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso núm. 848/1994, no anuló formalmente la resolución del Consejero de Industria, Comercio y Consumo de fecha 28 de enero de 1993, que declaró caducado el PI. Buena prueba de ello es, en suma, que no identifica esa resolución, ni en el encabezamiento de la sentencia, ni en sus antecedentes de hecho, ni en sus fundamentos de derecho, como una de las impugnadas en el proceso; que tampoco la incluye en su fallo anulatorio; y que nada razona, claramente al menos, acerca de cuál sería la infracción del ordenamiento jurídico en que habría incurrido.

Sin embargo, es cierto también que dicha sentencia, de modo implícito, deja materialmente sin efecto la citada resolución de 28 de enero de 1993. Sólo así se explica (dado que la solicitud de concesión de explotación derivada que puede deducir el titular del permiso de investigación ha de hacerse "dentro siempre del plazo de vigencia del permiso de investigación", según ordenan los artículos 67 de la Ley de Minas de 1973 y 88.1 del Reglamento General para el Régimen de la Minería de 1978) que anule la resolución de 29 de junio de 1993, que desestimó una solicitud de la actora deducida el 26 de mayo del mismo año, posterior por tanto a esa declaración de caducidad del PI, en la que, citando la repetida resolución de 28.1.93, pero sin argumentar nada en contra de ella, pedía que se retrotrajera el expediente al inicio de las actuaciones y se considerara su inicial solicitud (de CDE) "como concesión derivada de permiso de investigación, dado que con aquella fecha (parece referirse a la de 19 de julio de 1988, de inicio del expediente) mi representada era titular del citado Permiso de Investigación Chantal que incluía las 6 cuadrículas objeto de la solicitud de concesión de explotación Carmen". Y sólo así se explica que anule también la resolución de 20 de julio de 1993, que ordenó la terminación y cancelación del expediente de CDE por razón, de un lado, de que con la caducidad del PI su terreno perdió la consideración de franco y registrable, que sólo volvería a recobrar con la convocatoria y posterior resolución del concurso público para su nuevo otorgamiento (artículos 39.2 y 53.1 de la Ley de Minas y 57.2, 72.1 y 73 de aquel Reglamento General), y, de otro, porque la concesión de explotación ha de desestimarse cuan-

do en su tramitación se viniera en conocimiento de que no existe terreno franco y registrable para su otorgamiento (art. 85 del Reglamento General, en relación con el 70.3 del mismo).

Así las cosas, carece de sustento la tesis, primera de las que parece plantear el primer motivo de casación, de que el día inicial del plazo anual de prescripción se sitúe en la fecha de la notificación de aquella resolución de 28 de enero de 1993. Es así, porque el fallo de la sentencia de 14 de febrero de 1998, al anular la resolución de 29 de junio de 1993, llevaba implícito, como luego dirá expresamente el auto de 2 de mayo de 2006 de la misma Sala sentenciadora al que más tarde nos referiremos, "el mandato de retrotraer el procedimiento para que se tramite como una solicitud derivada del permiso de investigación", con la consecuencia, en suma, de que sólo tras esa tramitación subsiguiente y la resolución que le pusiera fin surgiría la posibilidad real de llegar a conocer si acaecería o no una hipotética lesión y de conocer, también, las concretas y específicas circunstancias fácticas y jurídicas definitorias de la misma. Como afirma con reiteración la jurisprudencia de este Tribunal, el cómputo del plazo para el ejercicio de la reclamación de responsabilidad patrimonial no puede iniciarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios; criterio que tiene su origen en la aceptación del principio de la "actio nata" para determinar el origen del cómputo de dicho plazo, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible, y esa coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

CUARTO.- Aquella sentencia de 14 de febrero de 1998, no recurrida en casación ni por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias ni por la mercantil titular del PI (actora en el proceso de responsabilidad patrimonial sobre el que versa el recurso de casación que ahora resolvemos), devino firme cuando este Tribunal Supremo dictó, en el recurso de casación núm. 7537/1998, sentencia de fecha 31 de mayo de 2002, en la que tuvo por defectuosamente preparado y declaró por ello no haber lugar a ese recurso, interpuesto por otra mercantil distinta.

Pero tampoco a partir de la notificación de nuestra sentencia, y aun-

que el Plan Insular de Ordenación Territorial de Fuerteventura hubiera entrado en vigor antes, en agosto de 2001, cabe tener por ya iniciado, de un lado, o por no interrumpido, de otro, aquel plazo anual de prescripción.

Lo primero, porque el 20 de enero de 2003 presentó la actora un escrito en el que solicitó a la Administración la adopción inmediata de cuantas actuaciones administrativas fueran pertinentes para que en el más cabal cumplimiento de la sentencia firme obtuviera de manera definitiva y con carácter exclusivo y excluyente la titularidad de los derechos mineros. Solicitud a la que respondió ésta, no mediante la invocación de aquel Plan Insular, sino con una decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003 y documentada como resolución el siguiente día 24, en la que el Director General de Industria y Energía ordenaba al Jefe del Servicio de Minas que continuara el expediente CDE "como concesión derivada del Permiso de Investigación Chantal núm. 23", requiriendo a la titular de éste, como primer paso o trámite, para que modificara el Plan de Restauración en los términos que había señalado un oficio de 11 de junio de 1990.

Es decir, la Administración no opuso que careciera de sentido reanudar el procedimiento porque fuera ya imposible adoptar una resolución que otorgara la concesión de explotación; al contrario, tomó una decisión que anunciaba o no descartaba la posibilidad de otorgarla, pues sólo así se explica que requiriera la modificación del Plan de Restauración. En consecuencia, y como dijimos en el último párrafo del fundamento de derecho anterior, sólo tras la tramitación que se decidía reanudar y la resolución que le pusiera fin, surgiría la posibilidad real de conocer si acaecería o no una hipotética lesión y de conocer las circunstancias fácticas y jurídicas definitivas de la misma. Por ello, carecen también de sustento las tesis, defendidas tanto en el primero como en el segundo de los motivos de casación, de que el día inicial del plazo de prescripción debe situarse, bien en la fecha de notificación de nuestra sentencia de 2002, bien en la de presentación de aquel escrito de 20 de enero de 2003.

Y lo segundo, porque tras la resolución de 18 de noviembre de 2004, que otorgó a la actora (Canteras de Cabo Verde, S.A.) la concesión derivada del permiso de investigación, promovió dicha mercantil ante la Sala de instancia, en marzo de 2005, un incidente en el que alegaba la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia de 1998 en sus propios términos, dado que, según le informaba el Ayuntamiento de La Oliva, aquel Plan Insular impedía materializar los derechos mineros reconocidos. Razon por la que solicitaba en ese incidente una "ejecución sustitutoria por equivalencia", que fijara en la canti-

dad de 104.784.995 euros (la misma que luego pediría en la reclamación de responsabilidad patrimonial) la indemnización que a su favor había de satisfacer la Administración. Incidente que, aunque no tuviera éxito al considerar la Sala de instancia en su auto de 2 de mayo de 2006 que la sentencia había sido ejecutada con la actuación administrativa de retrotraer las actuaciones y reanudar el procedimiento de concesión derivada del permiso de investigación, sí ha de incluirse, en una interpretación que atiende sobre todo a su espíritu y finalidad (art. 3.1 del Código Civil), entre las causas de interrupción de la prescripción a que se refiere el art. 1973 del mismo Código, pues supuso deducir ante un órgano jurisdiccional la petición de la indemnización luego reclamada en el proceso que ahora nos ocupa, sin que el procedimiento o vía procesal elegido al promover tal incidente merezca ser calificado, según argumentan aquellos motivos, como manifiestamente inadecuado, pues su adecuación dependía de una interpretación no literal y sí finalista de la sentencia de 1998, que esclareciera en definitiva el sentido y alcance de lo que en ella se ordenaba. Por tanto, carece también de sustento la última de las tesis que proponen aquellos motivos de casación, referida a que el plazo anual de prescripción se compute desde la notificación de la resolución de 18 de noviembre de 2004.

En conclusión, el plazo anual de prescripción que prevé el art. 142 de la Ley 30/1992, en los dos apartados del mismo que se dicen infringidos en los dos primeros motivos de casación, quedó interrumpido hasta la notificación del auto de 2 de mayo de 2006 y no había transcurrido, por tanto, cuando el 16 de agosto de ese mismo año se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Procede, pues, desestimar dichos motivos de casación.

QUINTO.- En éste y en los siguientes fundamentos de derecho vamos a proceder de modo sucesivo a dar cuenta de lo que argumentan los motivos de casación tercero y cuarto; de lo que a ellos opone la parte recurrida; y de las razones jurídicas que se perciben en la sentencia de instancia sobre las cuestiones ahí suscitadas. Para terminar por fin exponiendo nuestra decisión sobre ellos, que tratamos juntos porque el cuarto plantea en realidad, bien que desde otra perspectiva, la misma cuestión que se trae a colación en el primer apartado del tercero.

A) El motivo tercero denuncia la infracción de los artículos 106.2 de la CE y 139 de la Ley 30/1992, así como de la jurisprudencia elaborada al interpretarlos.

En lo que importa, comienza argumentando que la sentencia de 14 de febrero de 1998 no reconoció en absoluto el derecho de la actora a que

se le otorgase la concesión solicitada en vía administrativa. Tan sólo dispuso la retroacción de las actuaciones al momento inicial del procedimiento y su tramitación por un cauce determinado, pero sin prejuzgar el resultado de ese procedimiento.

Añade después que todo el razonamiento de la sentencia de instancia para fundamentar la responsabilidad patrimonial de la Administración descansa sobre una premisa errónea: la tesis de que por la mera titularidad de un permiso de investigación la reclamante tenía un verdadero derecho adquirido a explotar y hacer suyos los recursos comprendidos en el ámbito de dicho permiso. A partir de esa tesis, la sentencia viene a considerar que la negativa de la Administración a tramitar la solicitud de concesión en 1993, decisión posteriormente anulada, le privó de ese derecho consolidado dada la posterior entrada en vigor del Plan Insular.

Fundamentación que a juicio de la parte recurrente vulnera aquellos artículos y la jurisprudencia que, al interpretarlos, establece los presupuestos que han de concurrir para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial. En concreto, los errores en que incurre la sentencia al apreciar esos presupuestos son los que detalla el motivo en los tres apartados en que se divide finalmente, de cuyos epígrafes y contenido damos cuenta a continuación:

1.- "Inexistencia de daño sobre derechos subjetivos: indemnización de meras expectativas".

Según la sentencia, el daño recae, y aquí reside su error -afirma el motivo- sobre un verdadero derecho consolidado: el derecho a explotar los recursos, que deriva de la mera titularidad de un permiso de investigación. Sin embargo, ese derecho adquirido es inexistente. Lo que la actora ostentaba era una mera expectativa remota que, en cuanto tal, no es indemnizable. Ni la titularidad de un permiso de investigación, ni la solicitud de una concesión derivada de ese permiso atribuyen un derecho consolidado a la explotación, tal y como ha declarado la sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1995. Ese derecho sólo nace cuando, previa valoración de todos los intereses en presencia, ambientales y mineros, por las Administraciones públicas competentes para ello, se obtienen todos los títulos jurídicos necesarios, al no haber razones que lo impidan por la necesidad de proteger el medio físico. Ello es así porque, cuando de explotación de recursos mineros se trata, ha de efectuarse un juicio de valor que pondere la importancia que para la economía tenga la concreta explotación minera, de una parte, y, de otra, el daño que ésta pueda producir sobre el medio ambiente. Todo ello a fin de cumplir el mandato del art. 45.2 de la CE, así como lo establecido en los artículos

66, 69.1 y 81 de la Ley de Minas de 1973, 2.3 del Reglamento General aprobado por Real Decreto de 25 de agosto de 1978 y la normativa que prevé la vinculación de la Administración y los particulares a las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la legislación urbanística y los planes. Mientras esa valoración no se haga, no puede hablarse de derechos adquiridos a patrimonializar los recursos puestos de manifiesto con la investigación.

2.- "Ausencia de relación de causalidad entre el resultado dañoso y la actuación administrativa a la que se imputa el mismo: incorrecta identificación del hecho dañoso".

Se argumenta en este segundo apartado, en suma, que de la reclamación administrativa se desprende que la reclamante vincula la producción de los daños cuyo resarcimiento reclama a la anulación de un acto administrativo, el de declaración de caducidad del permiso de investigación adoptada en resolución de 28 de enero de 1993, que, sin embargo, no fue anulado, constituyendo un acto firme y consentido que no fue objeto del recurso contencioso-administrativo núm. 848/1994. La sentencia de instancia, por el contrario, sí lo considera anulado, entendiéndolo, con error por tanto, que de esa caducidad incorrectamente declarada derivan los daños indemnizables.

3.- "Inexistencia de nexo causal exclusivo entre la actividad administrativa anulada y el resultado dañoso".

El argumento es, ahora, que la sentencia imputa el daño exclusivamente a los actos de la Administración. Pero tal exclusividad no se da, pues a la causación del daño ha contribuido decisivamente la conducta negligente de la reclamante al tiempo de su solicitud, e incluso con anterioridad a la misma.

Del análisis de los antecedentes se deduce que la conducta de la interesada en relación con su permiso de investigación y en el procedimiento de solicitud de concesión no fue nada diligente. A lo que hay que añadir la concurrencia de otras imposibilidades jurídicas que hacían inviable el otorgamiento de la concesión.

En esta línea, este tercer apartado del motivo desgrana a continuación las circunstancias a las que se refiere:

— "Inactividad de la interesada en la ejecución del permiso de investigación", pues permaneció inactiva en el cumplimiento de los deberes inherentes al mismo durante los diez años inmediatamente anteriores a los actos administrativos anulados, no constando en su expediente planes de labores ni autorización de labores alguna en las 33 cuadrículas restantes del inicial permiso de investiga-

ción, lo que llevó a la Administración a tenerlo por caducado.

— “Defectos no subsanados en el plan de restauración”, pues tras su solicitud de CDE se le requirió varias veces, aplicando lo que ordenan los artículos 1, 2 y 4 del Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, para que subsanara las deficiencias de las que adolecía el plan de restauración que había presentado. La última vez con fecha 21 de junio de 1990, a cuyo escrito no contestó la interesada, ni realizó más trámites ni actividad en el procedimiento hasta el 26 de mayo de 1993 (día, éste, al que ya nos hemos referido en esta sentencia en el párrafo segundo de nuestro fundamento de derecho tercero). Guardó así la más absoluta inactividad durante dos años, cuatro meses y siete días.

— “Prohibición de la extracción por las normas subsidiarias de La Oliva de 1990”. La necesidad de licencia municipal para actividades extractivas, dice la parte, se pone de manifiesto en una unánime, reiterada y contundente jurisprudencia, de la que cita las SSTs de 6 de octubre de 1977, 5 de diciembre de 1978, 18 de abril de 1979, 22 de enero de 1982, 27 de julio de 1994, 17 de julio de 1995 y 17 de enero de 1997. Citando después, también, el art. 2.3 de aquel Reglamento General de 1978. Siendo ello así, añade, aunque la Administración autonómica hubiese otorgado la concesión minera en 1993 (suponiendo que en esa fecha la solicitante hubiera subsanado su plan de restauración), ésta no habría podido realizar la actividad extractiva porque lo impedían las Normas Subsidiarias de Planeamiento de La Oliva, en vigor desde 1990, que clasificaban el suelo en cuestión como rústico de protección ecológica, y sólo permitían la extracción en lugares ocultos a la vista y nunca en montañas, prohibiendo la excavación en conos volcánicos.

B) El motivo de casación cuarto denuncia a su vez la infracción de los artículos 45.2 de la CE, 66, 69.1 y 81 de la Ley de Minas de 1973 y 2.3 del citado Reglamento General de 1978.

Aquí, se argumenta de nuevo que la sentencia parte de la idea equivocada de que el permiso de investigación concede a su titular, sin más, un derecho consolidado a explotar los recursos comprendidos en el ámbito de la concesión futura, sin tener en cuenta los intereses ambientales en presencia. Que parte, se añade, de atribuir un carácter reglado a la concesión derivada de un permiso de investigación, de suerte que por la mera titularidad de éste se tiene un derecho preexistente a obtener la concesión y a realizar la actividad extractiva de los recursos comprendidos en la misma. Y de ahí que, al no poderse realizar esa actividad de explotación, reconozca el derecho a la indemnización del lucro cesante.

Pero tal indemnización, añade el motivo, no es posible si aquel derecho no existe. Y en orden a despejar la cuestión de cuando se entiende nacido ese derecho, trae a colación otra vez la sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1995. Vuelve a reiterar lo alegado en el primer apartado del motivo tercero. Introduce la idea de que aquellos preceptos de esas normas preconstitucionales, Ley de Minas y Reglamento General, deben ser interpretados de acuerdo con la declaración del art. 45.2 de la CE. Y, también, la de que los de la Ley que cita como infringidos ya establecían la valoración de la variante ambiental en el otorgamiento de las concesiones mineras; disponiendo el del Reglamento que el otorgamiento de una concesión minera no excluye la necesidad de obtener las demás autorizaciones y concesiones que con arreglo a las Leyes sean necesarias, con cita, una vez más, de la STS de 27 de julio de 1994.

Del juego combinado de los preceptos citados en el motivo, dice la parte, se desprende la obligación de las Administraciones Públicas con competencias concurrentes en materia minera de valorar todos los factores ambientales y mineros presentes antes de autorizar las actividades extractivas, haciendo un juicio de prevalencia entre ellos. Y se desprende también que el derecho concreto a la explotación está condicionado a que resulte su interés prevalente sobre la protección del medio físico.

La sentencia de instancia no lo ha entendido así porque, al pretender derivar directamente del permiso de investigación un verdadero derecho consolidado a la explotación, sin tener en cuenta los factores medioambientales, está excluyendo esa ponderación impuesta por los preceptos citados, con vulneración de los mismos.

SEXTO.- A tales motivos se opone la parte recurrida, actora en la instancia, argumentando en suma lo siguiente:

A) En cuanto al tercero.

El motivo, se afirma en primer término, está llamado a perecer, pues sin una previa denuncia de infracción de las normas sobre valoración de la prueba, se formula a partir de una relación fáctica del todo irrespetuosa con los antecedentes que la sentencia sometida a casación considera probados. Afirmación a la que sigue una exposición de hechos que a juicio de la parte así considera la sentencia, diciendo que ésta, a modo de corolario de la anterior secuencia de acontecimientos concluye su fundamento jurídico noveno con la siguiente afirmación categórica: “... de ahí que tengamos por acreditado que si Canteras de Cabo Verde no patrimonializó antes del 2001 los aprovechamientos inherentes a la explotación de la actividad extractiva, fue,

únicamente y exclusivamente, por culpa del Gobierno de Canarias, cuya actuación en este caso constituye un ejemplo paradigmático de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas regulado en los artículos 139 y siguientes de la Ley de 26 de noviembre de 1992”.

Inicia después la que denomina puntual contestación a todas y cada una de las argumentaciones que la Administración emplea para negar la concurrencia de los requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial:

— Así, refiriéndose al daño efectivo y real que el motivo niega, afirma que la concesión de explotación no puede ser negada por la Administración cuando, como consecuencia de los trabajos realizados durante la vigencia del PI causante, han resultado recursos suficientes, para cuya explotación racional no existen problemas medioambientales. Los artículos 69 de la Ley de Minas y 90 del Reglamento únicamente posibilitan la denegación de la CDERAPI en los siguientes supuestos tasados: cuando la investigación no haya puesto de manifiesto la existencia de recursos, o estos se estimen insuficientemente investigados, y cuando los recursos no se consideren racionalmente explotables. Por tanto, constando como constaba la existencia de recursos suficientes, de un lado, así como la inexistencia de problema medioambiental, de otro, es claro que, de no haber mediado en el año 1993 la cancelación del expediente de CDE, consiguiente a la declaración de caducidad del PI, disposiciones ambas posteriormente anuladas en vía judicial, aquel expediente forzosamente habría concluido con el otorgamiento del título minero CDERAPI, toda vez que nos encontramos ante una actividad reglada, en la que no queda margen para la discrecionalidad, según se desprende de los artículos 69.2 de la Ley de Minas y 90.4 de su Reglamento.

La sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1995, se añade más tarde, no presta apoyo a la tesis del motivo si se lee con detenimiento, pues de su fundamento de derecho quinto sólo puede derivarse que el titular de un PI tiene derecho consolidado a la explotación del yacimiento, o expectativas ciertas y seguras de explotación, si así se prefiere, cuando existan recursos suficientes racionalmente explotables y no medie prevalencia de protección medioambiental frente al interés minero. Sobre esto último, es palmario que en el año 1993, en el que la Administración canceló el expediente de CDE, no existía norma urbanística impeditiva de la actividad extractiva.

— Insiste luego que la sentencia de 14 de febrero de 1998, que anuló la cancelación del expediente de CDE, cuya reanudación ordenó para ser tramitado como CDERAPI, forzo-

samente conlleva el reconocimiento de vigencia y eficacia del mentado PI y, por tanto, la nulidad de su declaración de caducidad.

— En cuanto a la negada culpa exclusiva de la Administración, afirma el escrito de oposición que ahí introduce la parte recurrente dos cuestiones que no han sido consideradas por la sentencia recurrida, referidas a una supuesta actitud negligente de la solicitante y al impedimento que para la actividad extractiva suponían las normas subsidiarias de La Oliva, en vigor desde 1990. Consecuentemente, son cuestiones que ahora no pueden introducirse si no van acompañadas de la denuncia previa del vicio de incongruencia omisiva.

Con independencia de ello, ningún rastro hay en el expediente sobre los supuestos incumplimientos de los deberes inherentes al PI. Y las normas subsidiarias citadas nunca han afectado a las seis cuadrículas mineras de la concesión de explotación, habiendo sido además anuladas por la sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de junio de 1999.

B) Y en cuanto al cuarto.

Sostiene el escrito de oposición que por mucho que se empecine la Administración recurrente, bien claro está lo que la sentencia recurrida dice: el carácter reglado de las concesiones de explotación derivadas de PI impide la denegación administrativa cuando de las labores efectuadas en la fase de investigación hayan resultado recursos suficientes racionalmente explotables, y al mismo tiempo no exista prevalencia del interés medioambiental sobre el minero. Esto es conforme con lo dispuesto en los artículos 44, 67 y 69 de la Ley de Minas, así como con lo sancionado en reiterada jurisprudencia, de la que cita las sentencias de 30 de mayo de 1991 y 15 de junio de 2007. Y de ahí que la sentencia recurrida llegue a la conclusión de que la actora fue ilegalmente privada en el año 1993 de la concesión de explotación, sobre la que tenía derechos consolidados, no meras expectativas remotas, pues no existía norma urbanística o medioambiental que impidiera la extracción, habiendo resultado del PI recursos suficientes racionalmente explotables.

SÉPTIMO.- La sentencia de instancia dedica el primero de sus fundamentos de derecho a tratar y rechazar la tesis de la prescripción. El segundo, a exponer lo que a su juicio constituye la síntesis de la demanda. El tercero, a hacer lo mismo respecto del escrito de contestación a la demanda. El cuarto, a transcribir aquella sentencia de 14 de febrero de 1998 y a dar cuenta de la desestimación del recurso de casación interpuesto contra ella por la de este Tribunal de 31 de mayo de 2002. El séptimo, a expresar el criterio de la Sección que sentencia, distinta de la que dictó el auto de 2 de mayo de

2006, de que a su juicio ninguna dificultad insalvable existía para que el derecho que hoy ha de reconocerse a la actora lo hubiera sido años atrás, en el seno del incidente de ejecución de sentencia planteado. El undécimo, a analizar, con el fin de cuantificar los perjuicios padecidos por la actora, un informe acompañado por ésta, de fecha 21 de febrero de 2005. El duodécimo, a decantarse por la solución intermedia de las tres alternativas de valoración consignadas en ese informe; y a tratar de lo concerniente al abono de intereses. Y el decimotercero y último al pronunciamiento sobre las costas del proceso.

Por lo tanto, es en los fundamentos de derecho quinto, sexto, octavo, noveno y décimo de la sentencia recurrida en los que hemos de fijarnos para encontrar las razones jurídicas que utiliza la Sala de instancia en el análisis de las cuestiones suscitadas en aquellos motivos de casación tercero y cuarto.

El quinto expone unas breves consideraciones al hilo de aquella sentencia de 14 de febrero de 1998. En concreto, su tenor literal es el siguiente: "Llegado este punto no puede albergarse ninguna duda de, por lo menos, que la Sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 1998 anuló el acto administrativo que rechazó la solicitud de Cabo Verde de retroacción de actuaciones. Ni de que la ejecución de la sentencia llevaba consigo un mandato al Gobierno de Canarias para proceder a la retroacción de actuaciones, como así lo entendió la Dirección General de Industria y Energía. Como tampoco ofrece ninguna duda que el motivo por el que se decretó tal nulidad fue porque la Sala -contrariamente a lo que afirma la demandada- apreció igual invalidez en la declaración administrativa que dispuso la caducidad del Permiso de Investigación Chantal 23; permiso del que ya en 1988 -dato igualmente relevante- era Cabo Verde legítimo titular.

Consecuencia incontestable de las anteriores consideraciones son estos otros dos datos:

1. La concesión de explotación "Carmen 37" es consecuencia directa del permiso de investigación "Chantal 23". Ello es así, primero, porque lo establece la Ley de Minas y su Reglamento, como más adelante se verá; y en segundo lugar, porque precisamente bajo esta rigurosa premisa ha actuado siempre la administración desde que se iniciara el expediente, en 1988. Y

2. De la precedente reflexión deriva el segundo de los datos fundamentales que debemos señalar: la concesión de explotación "Carmen 37" se hallaba en trámite cuando -en 1993- el expediente fue archivado como consecuencia directa de la declaración de caducidad del permiso de investigación "Chantal 23". De ahí la posterior solicitud de Cabo

Verde a la administración para que continuara con la tramitación del expediente. Solicitud que, repetimos, fue rechazada en vía administrativa en virtud de una resolución que luego sería anulada por la sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 1998. En cualquier caso, esta conclusión no es discutida por la administración. Ni lo podría ser porque es obvia, tanto en un plano de lógica intelectual como en el ámbito jurídico."

El sexto refleja, en los términos que a continuación transcribimos, algunas actuaciones llevadas a cabo en ejecución de aquella sentencia, tras dictar este Tribunal Supremo la suya. Dice así: "Pues bien, en ejecución de nuestra sentencia, la Dirección General de Industria y Energía, una vez tuvo conocimiento de la sentencia del TS, comenzó un proceso de anulación de permisos y autorizaciones que se habían concedido a otras personas y entidades. Autorizaciones y concesiones que tuvieron su razón de ser en el hecho jurídico -inexistente tras la sentencia- de la caducidad del permiso Chantal. Y también en ejecución de nuestra sentencia, la Dirección General de Industria y Energía comunicó a Cabo Verde (el 24 de noviembre del 2003) la continuación del expediente Carmen 37, que ilegalmente había archivado en 1993.

Y tras aportar la documentación requerida por la Dirección General I.E., en el mes de noviembre del 2004 la referida Dirección General otorgó a la hoy actora la concesión Carmen 37; resolución que constituye un hito capital -aunque no el único- en el presente litigio. Entre otras razones porque supone un expreso reconocimiento de la idea que siempre defendió la actora respecto al carácter reglado de la concesión. Tesis, por lo demás, pacífica en nuestra doctrina jurisprudencial, pudiendo citarse, entre otras muchas, la STS, Sala 3ª, sec. 5ª, de 29 de abril de 1988, en la que se dice exactamente:

"La Ley 22/73 de 21 de julio de Minas establece en su art. 44 que el permiso de investigación concede a su titular el derecho a realizar dentro del perímetro demarcado y durante un plazo determinado los estudios y trabajos encaminados a poner de manifiesto y definir uno o varios recursos de la Sección C) y una vez definidos se le otorga la concesión de explotación de los mismos, y en el art. 77 que en cada Delegación Provincial se llevará un Libro-Registro de "solicitudes de permisos de investigación" y de "permisos de investigación" este último con el mismo número que le hubiese correspondido en el de "inscripción de solicitudes", siendo el mismo régimen el seguido por el Reglamento de 9 de agosto de 1946 dictado en desarrollo de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944, cuyo art. 39 del Reglamento establecía un Registro en el que se constataba la aprobación -Libro-Registro de Permisos y Concesiones-

de un permiso de investigación una vez cumplidos los requisitos establecidos en los artículos precedentes, siendo el otorgamiento de tales permisos actividad reglada al tener que ser concedidos si se cumplen todos los requisitos establecidos".

En definitiva, no cabe duda que la resolución que ordenó reanudar el expediente sólo podía conducir a otra que concediera el permiso, puesto que los requisitos para obtener ese título -de concesión reglada- estaban cumplidos con anterioridad.

Entonces, dentro de un orden legal y lógico es forzoso extraer de las anteriores conclusiones una más: la resolución de noviembre del 2004, de la DGIE del Gobierno Canario, no confería derecho alguno al peticiona-

■

*"...el cómputo del plazo para el ejercicio de la reclamación de responsabilidad patrimonial no puede iniciarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios; criterio que tiene su origen en la aceptación del principio de la "actio nata" para determinar el origen del cómputo de dicho plazo..."*

■

rio que no fuere preexistente, ya que, como se ha razonado, era estrictamente procedente la concesión de la explotación. Y sin duda fue por eso por lo que la administración otorgó la concesión sin trabas ni obstáculos de ningún tipo".

El octavo dice literalmente: "De cuanto se lleva dicho resulta con nitidez que los daños y perjuicios que aquí se reclaman son precisamente atribuidos por la interesada, fundamentalmente, a las resoluciones dictadas durante el siglo pasado -que resultarían posteriormente anuladas por esta Sala-, impeditivas de la explotación económica a que la actora tenía derecho, pero también a las modificaciones que en 2001 el propio Gobierno de Canarias introdujo en el planeamiento urbanístico de

Fuerteventura (concretadas, en lo que aquí importa, en una prohibición para toda actividad de extracción de áridos en la zona objeto de la concesión), todo lo cual trajo consigo que, de antemano, estuviera vacía de contenido la inefable resolución de 18 de noviembre del 2004, del Gobierno de Canarias, mediante la que se otorgó a Canteras de Cabo Verde, con más de 10 años de retraso, exclusivamente imputable al Gobierno de Canarias, la concesión en cuestión".

El noveno comienza exponiendo la doctrina general sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, para añadir en los términos que a continuación transcribimos que en el caso concurren todos los requisitos mencionados.

"(...) En efecto, es evidente, en primer lugar, que la actora no tenía el deber jurídico de soportar los perjuicios que la antijurídica actuación administrativa le ha ocasionado. Esta conclusión es axiomática.

Debe insistirse en que la antijuridicidad del actuar administrativo -segundo de los requisitos exigibles- radica en que la ilegal negativa inicial de la Administración a otorgar la concesión ha impedido al titular del permiso de investigación llevar a cabo la explotación de los recursos mineros puestos de manifiesto y definidos por los estudios y trabajos realizados, respecto de los que, según lo dispuesto concordadamente por los artículos 44 y 67 de la Ley de Minas, tenía derecho, tal y como la propia Administración admitiría más tarde -demasiado tarde-, al proceder al otorgamiento de la concesión mediante resolución del Director General de Industria y Energía de 18 de noviembre del 2004. Es decir, desde la fecha en que se dictan los actos anulados -durante 1993- hasta aquella otra en que se otorga la concesión -2004-, se produce una situación jurídica en que la imposibilidad de llevar a cabo la actividad extractiva es imputable exclusivamente al Gobierno de Canarias; órgano que, repetimos, fue el que aprobó el Plan Insular de Ordenación de Fuerteventura del 2001, cuyas determinaciones impedirían la extracción de áridos a que tenía derecho la actora.

Repárese, no obstante, en que las referidas determinaciones no estaban vigentes en el momento en que la ilegal actuación administrativa determinó la necesidad de acudir a la vía jurisdiccional.

Por tanto, los óbices al respecto consignados por la Administración serían relevantes en un procedimiento en que la decisión tuviera carácter discrecional, que no es el caso de autos, de ahí que tengamos por acreditado que si Canteras de Cabo Verde no patrimonializó antes del 2001 los aprovechamientos inherentes a la explotación de la actividad extractiva, fue, únicamente y exclusivamente,

por culpa del Gobierno de Canarias, cuya actuación en este caso constituye un ejemplo paradigmático de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas regulado en los artículos 139 y siguientes de la Ley de 26 de noviembre de 1992.

En tercer lugar, esta Sala no alberga duda alguna respecto a que los perjuicios alegados cabe calificarlos de efectivos y presentes, tal y como exige el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por daño efectivo, claro está, hay que entender daño cierto ya producido, no simplemente posible, contingente o futuro, y en el caso que analizamos está plenamente acreditado en el expediente que los daños son efectivos y presentes. Así se desprende muy claramente del extenso y minucioso informe pericial confeccionado por los señores... (...)"

Y el décimo insiste en que la situación a la que se llegó de que la resolución de noviembre de 2004 carezca de contenido económico lo ha sido "exclusivamente por el irregular proceder de la propia administración, habida cuenta que de no mediar el cúmulo de actos nulos judicialmente declarados -es decir, de haberse tramitado en plazo y con arreglo a Derecho los expedientes-, la concesión de explotación "Carmen 37" habría sido exactamente lo que su nombre le presupone, una verdadera explotación económica. Y añade tras otros párrafos que a nuestro juicio carecen de interés, que "por todo esto, si de la resolución de noviembre del 2004, al haberse dictado con más de diez años de retraso, no puede derivar para Cabo Verde ningún beneficio de manera directa, es decir, si no puede ser ejecutada "in natura", por impedirlo ese cambio de planeamiento que afectó de lleno a la explotación económica "autorizada" por la sedicente resolución, es de todo punto procedente declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por ende, conceder a la actora la indemnización a que tiene derecho".

OCTAVO.- Comenzamos aquí a exponer nuestra decisión sobre aquellos motivos de casación tercero y cuarto:

A) El estudio de la sentencia de instancia, de cuyo contenido acabamos de dar cuenta en lo relevante, nos conduce a deducir que hay en ella una idea rectora que en esencia coincide con las afirmaciones que sirven de punto de partida a esos dos motivos: para ella, el derecho a explotar el yacimiento, otorgando de modo reglado, no discrecional, la correspondiente concesión, nace, se adquiere, consolida e ingresa en el patrimonio del titular del permiso de investigación una vez que las labores propias de éste han puesto de manifiesto que concurren los requisitos que exigen la Ley de Minas de 1973 y su Reglamento General de 1978,

esto es: la existencia de recursos mineros suficientemente investigados y racionalmente explotables. El sentido general de lo que leemos en los fundamentos de derecho que acabamos de transcribir en todo o en parte; la invocación, prácticamente sin adición ni matiz alguno, de los artículos 44 y 67 de dicha Ley como determinantes de aquel derecho; y la redacción, bien significativa, de los dos últimos párrafos del sexto de dichos fundamentos, no nos permiten alcanzar una deducción distinta.

En esa línea, y fijándonos ahora en lo que leemos en esos fundamentos sobre la incidencia del Plan Insular vigente desde 2001, deducimos también que la eventual existencia de valores medioambientales que pudieran prevalecer sobre los de estricto carácter minero, esto es, sobre la oportunidad y rentabilidad de la explotación de los recursos, constituye para dicha sentencia no un hecho impeditivo del nacimiento de aquel derecho y sí sólo un obstáculo para su ejercicio, a reparar mediante su equivalente económico.

Consecuencia de esa idea rectora, o tal vez de ella y de otras circunstancias, es que aquella sentencia no incluya como elemento jurídico a considerar para decidir sobre la pretensión deducida, referencia alguna a las Normas Subsidiarias de La Oliva. Pero ello no constituye propiamente un vicio de incongruencia omisiva, pues con tal silencio no omite tratar una cuestión en sentido estricto, que con el carácter de motivo de impugnación de dicha pretensión hubiera sido planteado en el proceso, y sí sólo una de las varias alegaciones introducidas en sus escritos rectores, para las que, como es sabido, no rige para el juzgador la obligación de una respuesta pormenorizada que haga referencia a todas y cada una de ellas. Por ende, ese silencio no impide que al defender la parte recurrente en casación una idea rectora distinta de la que gobierna la sentencia que recurre, pueda traer a colación, sin necesidad de denuncia previa de aquel inexistente vicio, ese elemento jurídico omitido o no aludido.

B) Aquel estudio muestra también, ahora de una manera repetida y reiterada, que la sentencia imputa exclusivamente al Gobierno de Canarias el retraso en otorgar la concesión (así, en los fundamentos de derecho octavo, noveno y décimo). Por ende, tampoco necesita la parte recurrente en casación denunciar previamente un vicio de incongruencia omisiva para defender una tesis distinta, en la que intenta poner de relieve supuestas actitudes negligentes de la solicitante.

C) Además de esos dos obstáculos de naturaleza procesal que ya hemos rechazado, el escrito de oposición introduce otro, al inicio de la respuesta que da al tercero de los motivos, al afirmar que está llamado a perecer, pues sin una previa denuncia de in-

fracción de las normas sobre valoración de la prueba, se formula a partir de una relación fáctica del todo irrespetuosa con los antecedentes que la sentencia sometida a casación considera probados. Obstáculo que también hemos de rechazar, tanto porque no llegamos a ver la relación fáctica del todo irrespetuosa a la que se refiere, como, sobre todo, porque en aquellos fundamentos que la sentencia recurrida dedica a decidir las cuestiones que ahora nos ocupan, no hay afirmaciones estrictamente fácticas, que tengan o no por probados simples hechos, o hechos propiamente dichos, sino, más bien, valoraciones y deducciones jurídicas. Así, lo es con toda evidencia la "afirmación categórica" a la que se refiere la parte recurrida como "corolario de la anterior secuencia de acontecimientos".

D) Ciertamente es que del ordenamiento jurídico en su conjunto no se deduce que la Administración ostente una potestad de naturaleza discrecional a la hora de decidir si ha de otorgar o denegar una concesión de explotación derivada de un permiso de investigación; es decir, una en que ambas soluciones puedan ser al mismo tiempo igualmente justas. Ostenta una potestad reglada en la que, sin embargo, los datos o elementos fácticos y jurídicos a tomar en consideración no son sólo aquellos a los que de modo explícito se refiere la Ley de Minas de 1973 y su Reglamento General de 1978, esto es: la puesta de manifiesto mediante una investigación suficiente de recursos de la Sección C), que sean susceptibles de aprovechamiento racional. Es así, porque la naturaleza preconstitucional de esas normas y la evidencia de que las explotaciones mineras pueden con alto grado de probabilidad incidir de modo negativo sobre otros bienes jurídicos, especialmente el de conservación y protección del medio ambiente, y entrar en conflicto, singularmente, con determinaciones propias de la ordenación territorial y urbanística, obligan hoy a que sean interpretadas de conformidad con la Constitución, de suerte que aquella decisión descansa también en la ponderación racional de los bienes jurídicos enfrentados, a efectos de justificar cuál de ellos deba prevalecer en cada caso en concreto, y, asimismo, en el ejercicio coherente y armónico de los títulos competenciales concurrentes.

Por lo que hace en especial a la protección medioambiental, se ha dicho con frecuencia que constituye uno de los aspectos más conflictivos de aquella decisión y, más aún, de la posibilidad real de reconocimiento de un derecho a la explotación de los recursos investigados. Tanto por razón del mandato del art. 45 de la Constitución, en sus números 1 y 2, que como todos los que se integran bajo la rúbrica de principios rectores de la política social y económica tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmen-

te operativos. Como por razón de los problemas específicos que suscita desde el punto de vista competencial, pues el ambiente tiene un "carácter metafóricamente transversal" que incide en otras materias incluidas en el esquema constitucional de competencias (STC 102/1995). Y así, con referencia singular a las actividades mineras, se afirma que la preocupación por lo ambiental no es una adherencia, algo residual, sino una exigencia constitucional que habrá de tenerse siempre presente.

Asimismo, más allá de aquella decisión, pero también con efectos en lo que hace al nacimiento, adquisición, consolidación y patrimonialización del derecho a la explotación de los recursos investigados, no ha de olvidarse tampoco que el art. 2.3 de aquel Reglamento General de 1978 dispone literalmente que "el otorgamiento de una autorización, un permiso o una concesión para la explotación, investigación, aprovechamiento o explotación, de yacimientos minerales y recursos geológicos, se entiende sin perjuicio de tercero y no excluye la necesidad de obtener las demás autorizaciones y concesiones que con arreglo a las leyes sean necesarias". En esta línea, sin desconocer la existencia de pronunciamientos contradictorios, hoy es jurisprudencia mayoritaria la que determina el sometimiento de las actividades extractivas a la previa obtención de las licencias municipales sobre actividades clasificadas y sobre movimiento de tierras. Es decir, frente a una interpretación literal derivada del art. 116.1 de la Ley de Minas, ha de sostenerse hoy que las actividades extractivas están obligadas a someterse al control de las autoridades urbanísticas municipales y al que derive de las determinaciones propias de la ordenación territorial. Así, y en este sentido, son representativas las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 27 de julio de 1994, 17 de julio de 1995, 17 de enero de 1997 y 17 de noviembre de 1998, entre otras.

En suma y para concluir este apartado, debe interpretarse el art. 44, in fine, de la Ley de Minas, no en el sentido de que otorgue directamente al titular del permiso de investigación un derecho a obtener la concesión de explotación, y sí, más bien, un simple derecho de prioridad para su tramitación. Se trata en fin de modular el alcance de los derechos que la Ley de Minas reconoce a los titulares de tales permisos, interpretándolos desde el conjunto del ordenamiento jurídico y vinculándolos, por ello, con la concurrencia de otros bienes jurídicos dignos de mayor protección y con las exigencias de la ordenación territorial y urbanística, entre otras. Existe así y en definitiva la posibilidad de denegar la explotación ante la concurrencia de intereses jurídicos dignos de mayor protección.

E) Muy expresiva del núcleo básico del criterio que acabamos de ex-

poner en el apartado anterior, es la sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1995, dictada en el recurso de casación núm. 1619/1992. En ella se enjuició, entre otras, una pretensión de indemnización del lucro cesante por el beneficio dejado de obtener para el caso de que una determinada explotación minera no pudiera llevarse a cabo por razones de medio ambiente. En la sentencia de instancia se había declarado, entre otros particulares, que la actora inició en el año 1983 un amplio programa de investigación minera de óxido de plata en la Sierra de Aracena, y tras realizar cuantiosas inversiones, al parecer, descubre reservas suficientes para su tratamiento y beneficio industrial. En 1986 se aprueba definitivamente el Plan Especial de Protección del Medio Físico de Huelva. Y en 1987 solicita aquélla las autorizaciones administrativas pertinentes para ejecutar el Proyecto de Explotación Minera, que no llega a obtener al denegar la Comisión Provincial de Urbanismo en 1988 la Declaración de Utilidad Pública e Interés Social del Proyecto, aprobado sin embargo en 1989 por la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Fomento y Trabajo.

En aquella sentencia de 11 de febrero de 1995, dijo este Tribunal, en los párrafos segundo y tercero del fundamento de derecho tercero, lo siguiente: "No es objeto, como hemos expresado anteriormente, de este recurso de casación (ni lo fue de la sentencia de instancia) la revisión de los acuerdos administrativos por los que se decidió la prevalencia de la protección ambiental frente a la explotación de los recursos mineros. Sin embargo, no es ocioso recordar, como ya declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia (reiteradamente invocada por una y otra parte en apoyo de sus respectivas tesis contrapuestas) núm. 64/1982, de 4 de noviembre, que, cuando se plantea en cada caso concreto el conflicto entre la protección del medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero, es obligado ponderar la importancia que para la economía tenga la concreta explotación minera y el daño que ésta pueda producir al medio ambiente.

Tal contraste o juicio de valor comparativo no sólo viene impuesto por la legislación sectorial y por el Texto Refundido de la Ley del Suelo, que en los artículos invocados por la Administración recurrente obliga a respetar las determinaciones de los Planes de Ordenación, sino por la propia Ley de Minas (aducida por ambas partes en apoyo de sus antagónicos planteamientos), que, en sus artículos 66, 69.1 y 81, prevé la imposición de condiciones para proteger el medio ambiente al otorgarse las correspondientes autorizaciones y concesiones, y cuya interpretación y aplicación ha de hacerse, al tratarse de una norma preconstitucional, a la luz de lo establecido por el artículo

45.2 de la vigente Constitución, según el cual "los poderes públicos velarán por la utilización de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva".

En consecuencia, la Administración, al llevar a cabo el indicado juicio de prevalencia, se decantó en favor de la protección medioambiental, si bien tal decisión, dado el desistimiento de la parte recurrente, quedó al margen del enjuiciamiento sin que ello constituya obstáculo alguno a que el Tribunal resolviese la pretensión de reparación de daños y perjuicios producidos en el patrimonio de la entidad demandante, titular de los permisos de investigación minera, quien a pesar de haberse aprobado el Plan de Explotación Minera, no pudo realizar las labores necesarias a tal fin por impedirlo la negativa de la Administración a declarar la utilidad pública del Proyecto de Explotación Minera en atención a la protección del medio ambiente conforme a lo establecido por un Plan General de Protección del Medio Físico, aprobado con posterioridad a la concesión de los permisos de investigación y antes de que se aceptase el mencionado Plan de Explotación Minera por la Administración fijando las condiciones precisas para ello".

Y en el trascendental fundamento de derecho quinto lo que a continuación transcribimos: "Al estudiar los motivos de casación segundo y tercero, invocados por la entidad demandante, y el segundo y quinto de los aducidos por la Administración demandada, examinaremos si la Sala de instancia ha incurrido en la infracción de ley que las recurrentes denuncian al determinar la cuantía de lo que dicho Tribunal considera como daño emergente a reparar por la citada Administración Autónoma demandada, pero antes debemos analizar si, como se declara en la sentencia recurrida en sus fundamentos jurídicos quinto y sexto, la titularidad de un permiso de investigación minera atribuye un derecho consolidado a la explotación cuando concurren los supuestos previstos por el artículo 67 de la Ley 22/1973, de Minas, cuál era el caso enjuiciado. De ser así, habría que llegar a la misma conclusión que aquélla, declarando el derecho de la titular de tales permisos de investigación a ser indemnizada por la Administración por el lucro cesante causado por la imposibilidad de llevar a cabo la explotación minera, pero de no ser conforme a derecho tal relación de causa a efecto habría que estimar el motivo de casación que atribuye a la Sala de instancia la vulneración de las normas y Jurisprudencia citados sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y la infracción de los artículos 33.3 de la Constitución y 1.1 de la Ley de Expropiación Forzosa por aplicación indebida de éstos.

Hemos de recordar que, como esta Sala y Sección ha declarado, por todas, en su sentencia de 14 de octubre de 1994 (recurso de apelación 7.318/90 -fundamento jurídico tercero, núm. 3-), la raíz del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, configurada legalmente como una responsabilidad objetiva o por el resultado, se encuentra en la necesidad de que un ciudadano o "administrado" no soporte las consecuencias lesivas o dañosas de la actuación administrativa que tiene como finalidad el interés general, pero también la propia Sala (Sección Sexta) ha rechazado indemnizar las expectativas remotas, por ser meramente posibles, inseguras, dudosas o contingentes, al estar desprovistas de certidumbre (Sentencia de 18 de octubre de 1993 -recurso de apelación 8002/90- fundamento jurídico tercero "in fine"-).

Aplicada dicha doctrina al supuesto enjuiciado por la Sala de instancia, es conforme a derecho concluir que la empresa titular de los permisos de investigación no tiene que soportar las consecuencias dañosas para su patrimonio derivadas de la prevalencia declarada del interés general en la protección del medio ambiente sin que, no obstante, deba concederse indemnización alguna por un lucro que sólo obtendría hipotéticamente de llevarse a cabo la explotación minera en el caso de que no hubiese razones que lo impidiesen por la necesidad de proteger el medio físico.

Según la doctrina expuesta en el fundamento jurídico tercero de esta nuestra sentencia, cuando de explotar recursos mineros se trata, ha de efectuarse, en todo caso, un juicio de valor que pondere la importancia que para la economía tenga la concreta explotación minera y el daño que ésta pueda producir al medio ambiente a fin de cumplir lo dispuesto por el artículo 45.2 de la Constitución así como lo establecido por los artículos 66, 69.1 y 81 de la propia Ley de Minas y 17.1, 34.1 y 57.1 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y, en la actualidad, por los artículos 84.3, 88 y 134 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que prevén la vinculación de la Administración y de los particulares a las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la legislación urbanística aplicable y en los Planes.

En definitiva, al ser imprescindible, para llevar a cabo una concreta explotación minera, el previo juicio administrativo de prevalencia de los indicados intereses enfrentados (minero y medioambiental), no cabe considerar que existan ni derechos consolidados ni expectativas ciertas y seguras de explotación hasta tanto

no se haya efectuado el mencionado juicio de valor, y, por consiguiente, hasta que la Administración se pronuncie al respecto, no se han incorporado al patrimonio del titular de los permisos de investigación otros derechos que los que de éstos se deriven ni pueden ser indemnizados otros perjuicios que los nacidos de la propia actividad realizada como consecuencia de tales permisos (artículos 44 y 67 de la Ley 22/1973, de Minas).

Así pues, si la Administración declara prevalente la protección del medio físico y por ello deniega la declaración de utilidad pública del Proyecto de Explotación Minera, el titular del permiso de investigación está legitimado para impugnar tal acuerdo administrativo si considera que el interés minero es prevalente frente a la protección medioambiental a fin de llevar a cabo la explotación de los recursos existentes, pero, si no se combate dicha resolución (cuál es el caso presente en virtud del desistimiento declarado por la sentencia recurrida) o al revisarla jurisdiccionalmente se declarase ajustada a derecho, el titular de los permisos de investigación no puede exigir el reconocimiento del lucro cesante por la imposibilidad de llevar a cabo la explotación minera, dado que legalmente está condicionada a que resulte su interés prevalente frente a la protección del medio físico, y, en consecuencia, ni aquél tenía derechos consolidados a la concreta explotación ni tampoco expectativas ciertas y seguras por cuya desaparición deba indemnizarse, lo que obliga a estimar, en relación al concepto de lucro cesante, los motivos de casación aducidos por la Administración recurrente por haber aplicado la Sala de instancia indebidamente, al conceder tal indemnización, lo dispuesto por los artículos 33.3 de la Constitución y 1.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, pues no hubo, según acabamos de exponer, privación singular alguna de derechos consolidados ni de expectativas ciertas y seguras, y, consiguientemente, también ha infringido lo establecido concordadamente por los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, 121.1 y 122.1 de la Ley de Expropiación Forzosa al no existir perjuicio, en cuanto a tal extremo, evaluable económicamente e individualizado".

Dicha sentencia, que reconoce el derecho a la indemnización por el concepto de "daño emergente" (en aquel caso: el precio que la actora había abonado por la adquisición de los permisos de investigación y por las inversiones efectuadas en investigación minera así como en la construcción y funcionamiento de la planta piloto, más las indemnizaciones abonadas por el despido de los trabajadores), pero no por el de "lucro cesante" (esto es, por la imposibilidad de llevar a cabo la explotación minera), refleja, pues, una

doctrina que no es coincidente, sino, más bien, opuesta a aquélla que definimos como idea rectora de la sentencia de instancia en el apartado A) de este mismo fundamento de derecho.

F) Debemos ahora detenernos en el examen de las concretas circunstancias del caso que enjuiciamos, para decidir si en él la actora fue privada también de meras expectativas remotas a la explotación del yacimiento, y no de expectativas ciertas y seguras; y para decidir, en suma, si tenía o no derecho a la indemnización por el concepto de “lucro cesante”, única que solicitó en su reclamación y posterior demanda.

A tal fin, no podemos prestar atención a lo que hubiera podido ocurrir desde el 25 de enero de 1982, en que se concedió el permiso de investigación Chantal 23 por un periodo de un año, hasta el 19 de julio de 1988, en que se presentó, no una solicitud de concesión de explotación derivada del permiso de investigación, sino una de concesión directa de explotación, pues nada nos consta con certeza distinto de lo que relata aquella sentencia de 14 de febrero de 1998 -trascrita en la aquí recurrida- en el primero de sus fundamentos de derecho, expresivo, tal vez, de una cierta inactividad de la titular del permiso, pero también de una dejadez de la Administración en el ejercicio de sus potestades.

Ni debemos tampoco fijarnos en el hecho cierto -y en lo que serían sus lógicas consecuencias- de que la actora no llegara a impugnar jurisdiccionalmente la resolución de 28 de enero de 1993, que declaró caducado aquel PI y que, por ende, constituiría formalmente un acto firme y consentido, pues como explicamos en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia, lo cierto es también, aunque no comprendamos las razones jurídicas que condujeron a ello, que aquella de 14 de febrero, de modo implícito, dejó materialmente sin efecto esa resolución de 28 de enero. El respeto que todos los poderes públicos debemos a las resoluciones judiciales firmes, nos obliga a lo que decimos en este párrafo.

En cambio, sí debemos prestar atención a otras circunstancias relevantes:

1) Tras presentar la actora el 19 de julio de 1988 la solicitud de CDE, y tras varios actos administrativos que ordenaron diversos trámites previos, como los de admisión definitiva de la solicitud y apertura del periodo de información pública a que se refieren los números 1 y 2 del art. 70 del Reglamento General de 1978, al que remite a efectos de tramitación su art. 85, presentó aquélla, ya el 4 de abril de 1989, el Plan de Restauración del espacio natural que quedaría afectado por las labores de explotación, que exigía con carácter previo al otorgamiento de la concesión el art.

2 del Real Decreto 2994/1982. Plan ante el que recayó una primera decisión, de fecha 4 del siguiente mes de mayo, que oponía al mismo diversos defectos; y una segunda, de 7 de agosto del mismo año, que volvía a reiterar con amplitud de detalles y explicaciones los reparos expuestos en la primera tras la contestación dada a ésta por la solicitante en fecha 22 de junio. Siguió a ello un informe del Instituto Tecnológico GeoMinero de España, de fecha 14 de septiembre de 1989, que afirma que el Plan de Restauración presentado no cumple con lo requerido en aquel RD 2994/1982. Y un nuevo escrito de la solicitante, presentado el 17 de mayo de 1990, acompañando el que a su juicio constituía el Plan de Restauración corregido, que, una vez más, fue considerado insuficiente por decisión de 11 de junio siguiente, al apreciar que el mismo hacía referencia a una sola cuadrícula minera y no a las seis sobre las que se solicitaba la concesión de explotación.

A ello siguió, pues nada distinto muestra el expediente administrativo, el silencio e inactividad de la solicitante hasta su escrito de 26 de mayo de 1993, citado ya en el párrafo segundo del fundamento de derecho tercero de esta Sentencia es decir, uno en el que ante la notificación de la propuesta de cancelación del expediente de CDE, solicitaba aquélla que se retrotrajera éste al inicio de las actuaciones y se considerara su inicial solicitud de CDE como concesión derivada del PI. Se refería ese escrito a la discrepancia sobre el Plan de Restauración puesta de relieve aquel 11 de junio de 1990, alegando que no respondía a la realidad, pero sin justificar tal alegación. Y añadía también que desde esa fecha el expediente se encuentra paralizado “por las actuaciones de las diferentes administraciones (en plural, por tanto) en razón a motivos de medio ambiente”.

Hubo pues un silencio e inactividad de la solicitante de casi tres años. No siendo irrelevante tampoco destacar que cuando por decisión de 18 de noviembre de 2003, documentada como resolución el siguiente día 24 (actos a los que nos referimos ya en el párrafo tercero del fundamento de derecho cuarto de esta sentencia), fue requerida para que, como primer paso o trámite, modificara en el plazo de tres meses el Plan de Restauración en los términos que había señalado el oficio de 11 de junio de 1990, presentó un escrito el 12 de febrero de 2004 en el que pedía la ampliación de ese plazo por sesenta días.

Ni lo es, desde luego, destacar la importancia de dicho Plan de Restauración. Para ello, nada mejor que recordar la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 17 de mayo de 1999, dictada en el recurso de apelación núm. 11894/1991, en cuyos fundamentos de derecho quinto a noveno se lee lo siguiente:

“Quinto.- Ninguno de los dos planteamientos de las partes apelantes puede ser compartido por esta Sala que, por el contrario, estima plenamente ajustada a derecho la sentencia de instancia. Tal como en ésta se hace constar, las cuestiones debatidas no se han de plantear en términos de constitucionalidad (pues el artículo 45.2 de la Constitución se limita a expresar un principio rector de la política económica, cual es el de la utilización racional de los recursos naturales con el fin, entre otros, de defender y restaurar el medio ambiente) sino de aplicación de las normas legales y reglamentarias que disciplinan el otorgamiento de concesiones mineras, en relación con la restauración de espacios naturales afectados por las actividades extractivas.

Sexto.- Bajo este enfoque, la norma clave de desarrollo es el Real Decreto 2994/1982, antes citado, sobre cuya interpretación se ha de desarrollar el debate procesal. En él se regula el procedimiento para hacer efectivas las previsiones generales de los artículos 66 y 69,1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, sobre el condicionamiento de las concesiones de explotación por razones derivadas de la protección del medio ambiente. Ninguna duda cabe, y así lo reconocen todas las partes, de que, en cuanto al fondo, un condicionamiento de este tipo es legítimo: en el caso de autos, además, resultaba obligado pues, como la propia resolución de alzada afirma y ni siquiera el favorecido por la concesión rebate, tanto los perjuicios ya ocasionados por la explotación a la zona de El Montí, con su consiguiente deterioro medioambiental, como los perjuicios futuros previsible, en caso de no adopción de las medidas restauradoras, eran patentes.

Séptimo.- El problema se limita, pues, a una cuestión de forma: si era procedente otorgar la concesión, pero sometida a la condición de que se presente un plan de restauración (tesis de la Administración) o, por el contrario, no concederla hasta tanto que, presentado aquel plan, la Administración lo aprobara junto con la concesión misma (tesis de la sentencia, apoyada por el Ayuntamiento codemandado). La respuesta viene dada en los artículos 2 y 4 del Real Decreto 2994/1982: a tenor del artículo 2, “con carácter previo” al otorgamiento del título concesional ha de presentarse el plan de restauración; según el artículo 4 el órgano competente, “a la vista del plan presentado podrá aprobarlo, exigir ampliaciones o introducir modificaciones al mismo”, pero, en todo caso, “la aprobación del Plan de Restauración se hará juntamente con el otorgamiento de la autorización de aprovechamiento o la concesión de explotación, y tendrá la consideración de condición especial de dichos títulos. No podrán otorgarse éstos si a través del Plan de Restauración no queda

debidamente asegurada la restauración del espacio natural.”

Octavo.- La aplicación de estos preceptos no permite, pues, (incluso lo prohíbe, al utilizar la expresión “no podrá”) que la Administración otorgue concesiones de explotación sin la simultánea aprobación de los planes de restauración, cuando éstos sean necesarios. La “concesión condicionada” debe incluir ya los propios términos de la condición, esto es, la relación circunstanciada de las concretas exigencias de restauración que contenga el plan y se consideren oportunas: no puede, por el contrario, remitirse a una futura e hipotética aprobación ulterior del propio plan de restauración. Esta conclusión es, por lo demás, no sólo la que se deriva de la inmediata y lógica aplicación de las normas reglamentarias que regulan la materia, sino la que mejor protege las exigencias de seguridad jurídica, incluso para el mismo titular de la concesión de explotación.

Noveno.- En efecto, decisiones como la impugnada no sólo incumplen las exigencias reglamentarias sino que, además, generan inseguridad jurídica: pues, si bien es cierto que, en principio, nominalmente otorgan la concesión, el otorgamiento se hace subordinando su eficacia no sólo ya a la presentación del plan de restauración por parte del interesado, sino a la aprobación ulterior de aquel plan por la Administración que, a su vez, puede contener otros condicionamientos. Para evitar esta indeterminación, entre otros motivos, los preceptos reglamentarios antes transcritos disponen que ha de ser precisamente en el momento de otorgar la concesión de explotación cuando se apruebe, simultáneamente, el plan de restauración. Al haberlo entendido así, con toda corrección, la sentencia objeto de apelación, procede la desestimación de ésta”.

2) Obra en el expediente administrativo un informe titulado “sobre medidas de protección territorial en la Montaña de Tebeto”, emitido el 20 de mayo de 2005 por el Consejero de Infraestructura y Ordenación del Territorio del Cabildo de Fuerteventura, en el que se lee que las Normas Subsidiarias del Municipio de La Oliva, aprobadas por acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias de 4 de julio de 1990 y publicadas el 7 de noviembre, clasifican la montaña de Tebeto como Suelo Rústico de Protección Ecológica. Afirma después, o así parece, que su zonificación delimitada mediante plano cartográfico, con una superficie de 712.808 m<sup>2</sup>, coincide “con el permiso de investigación minera CDPI-núm.37, Carmen”. También, que para esa parte de suelo, el apartado 1.4.3-4º de aquellas Normas “establece las condiciones para la extracción de materiales pétreos siguientes:

1. ‘Se sitúen en zonas debidamente autorizadas por la Corporación

Municipal y restantes organismos competentes’.

2 ‘Se realicen en lugares ocultos a la vista y nunca en montañas (el subrayado es del propio informe). Se prohíbe la excavación en conos volcánicos. Se mantendrán las autorizaciones vigentes que cumplan los puntos 1 y 2. El resto de los usos estarán totalmente prohibidos’. Y más tarde que “a tenor de lo previsto en las citadas N.N.S.S. del Municipio de la Oliva, de 1990, a partir de aquella fecha en la Montaña de Tebeto, no resultaba posible, otorgar Licencia Municipal, para la explotación aún cuando el titular de la autorización minera, hubiera cumplido los requisitos previos de acreditación documental del reducido impacto ambiental”.

A ese informe se refirió la parte actora en su primer escrito de demanda (el pleito no se recibió a prueba ni hubo en él escritos de conclusiones) y ahora en el de oposición al recurso de casación, afirmando, en suma: Que aquellas Normas en modo alguno prohíben la explotación del yacimiento Carmen, toda vez que sus seis cuadrículas mineras se extienden sobre un terreno de topografía prácticamente horizontal, sólo alterada por la Montaña de Tebeto propiamente dicha. Que esas seis cuadrículas mineras equivalen a 2000.000 m<sup>2</sup> (con remisión aquí al documento obrante al folio 317 del expediente) y, por tanto, aún en el supuesto de que se entendiese afectada por la prohibición de aquellas, tendría todavía disponible para explotar una superficie aproximada de 1.300.000 m<sup>2</sup> (tanto es así, añade, que el 8 de enero de 1993, remitiéndose ahora al documento obrante a los folios 97 a 102 -en realidad, 95 a 100- también del expediente, otra mercantil entró en la explotación efectiva de una de esas seis cuadrículas mineras, acompañando a su oferta, según se especifica en el Acta del Concurso, la Licencia Municipal de Obras otorgada por el Ayuntamiento de La Oliva). Que las citadas Normas Subsidiarias fueron anuladas por el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de junio de 1999. Y que no fue hasta el 16 de agosto de 2000 cuando se publicó en el BOC número 107 la Resolución de la Dirección General de Ordenación del Territorio que ordenó la inserción en dicho medio del Acuerdo de la COTMAC por el que fueron aprobadas definitivamente las Normas Subsidiarias de Planeamiento del Municipio de La Oliva.

Fuera de aquel informe y de las alegaciones y remisiones de las que acabamos de dar cuenta, combatidas a su vez por la Administración en sus escritos correlativos, no obran en las actuaciones remitidas a este Tribunal otros elementos de prueba sobre la exacta incidencia de aquellas Normas Subsidiarias en la posibilidad real de la explotación minera en cuestión. En concreto, echamos en falta la aportación por la actora, a la que correspondía en cuanto acreditativa de un ele-

mento constitutivo más de su pretensión, de un documento de información urbanística, a cuya solicitud estaba facultada, que constatare como cierta la posibilidad de obtener sin vulnerar dichas Normas las licencias y autorizaciones necesarias para llevar a cabo la citada explotación.

A su vez, la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 1999, dictada en el recurso de casación núm. 3646/1993, dimanante de un proceso en el que no fue parte la aquí actora, se remitió a la jurisprudencia que exige una nueva información pública después de la aprobación provisional cuando se introducen en la definitiva modificaciones sustanciales que comportan un cambio esencial en el planeamiento provisionalmente aprobado. Y tras ello, razonó literalmente lo siguiente: “En el asunto que decidimos, e independientemente de las modificaciones que afectan al recurrente, se produce una modificación consistente en que de los cinco millones de metros previstos como suelo “Apto para Urbanizar” en la Aprobación Provisional, se pasa, en la Aprobación Definitiva, a un millón de metros cuadrados. Esta reducción del suelo “Apto para Urbanizar”, que se reduce a la quinta parte de la provisionalmente aprobada, entendemos que constituye una modificación esencial del planeamiento provisionalmente aprobado, en materia que caracteriza la discrecionalidad del autor del planeamiento, y, que, al verse modificada hacía necesaria la información pública omitida, lo que comporta la estimación del recurso contencioso interpuesto”. Ni de ahí, ni de lo alegado en este proceso, se deduce que la razón de la anulación afectara o tuviera que ver con el régimen urbanístico aplicable a las Montañetas de Tebeto. Ni nada se nos dice, en fin, acerca de que ese régimen sufriera variación alguna en la posterior aprobación definitiva del año 2000.

G) Y llegamos así a las conclusiones que obtenemos:

Como primera, que carece de todo fundamento la afirmación que la actora hizo en la reclamación administrativa y en el escrito de demanda de que en el año 1993, de no haber mediado las resoluciones administrativas anuladas en la sentencia de 14 de febrero de 1998, habría concluido con resolución favorable su solicitud de CDE y hubiera entrado en aquel año en la explotación del yacimiento. Su prolongada inactividad desde junio de 1990 en el cumplimiento de su obligación de presentar un Plan de Restauración que pudiera ser aceptado por la Administración, es demostración más que suficiente de esa carencia absoluta de fundamento de esa tesis de partida de su reclamación y demanda.

Y como segunda, que no sólo no obtuvo nunca un derecho consolidado a la explotación del yacimiento, sino

que, además, tampoco cabe afirmar con la certeza que exigiría el acogimiento de su pretensión, que llegara a ostentar en momento alguno una expectativa cierta y segura a ello, y sí sólo, y a lo sumo, una expectativa remota, meramente posible, insegura, dudosa o contingente. Aquella prolongada inactividad en el cumplimiento de su obligación antes citada, de la que no cabe derivar certezas sobre el tiempo que realmente hubiera seguido prolongándose. La referencia que ya hacía en su escrito de 26 de mayo de 1993 a la paralización del expediente por actuaciones de diferentes Administraciones en razón a motivos de

■  
*“...la empresa titular de los permisos de investigación no tiene que soportar las consecuencias dañosas para su patrimonio derivadas de la prevalencia declarada del interés general en la protección del medio ambiente sin que, no obstante, deba concederse indemnización alguna por un lucro que sólo obtendría hipotéticamente de llevarse a cabo la explotación minera en el caso de que no hubiese razones que lo impidiesen por la necesidad de proteger el medio físico.”*  
 ■

medio ambiente, y su anómala solicitud de que se retrotrajera al inicio de las actuaciones, es decir, a un año, 1988, en que ningún obstáculo medioambiental parecía haber aflorado. La incertidumbre, que no vemos decididamente despejada, sobre la incidencia real entre los años 1990 y 1999 de las Normas Subsidiarias de La Oliva para poder obtener las licencias y autorizaciones necesarias para llevar a cabo la explotación pretendida, unida a la eficacia jurídica de los hipotéticos actos administrativos firmes anteriores a la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 1999, derivada de lo que dispone el art. 73 de la

Ley de la Jurisdicción. Y la prohibición surgida con toda rotundidad en agosto de 2001 de toda actividad extractiva en la zona, son razones más que suficientes para no calificar aquella expectativa como cierta y segura, y sí, sólo, como remota, y para aplicar, en definitiva, el criterio de interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico expuesto para casos como el de autos en nuestra sentencia de 11 de febrero de 1995, desestimando, pues, la pretensión de indemnización por el concepto de lucro cesante, única deducida en el proceso.

NOVENO.- La estimación de los motivos de casación tercero y cuarto a que conduce lo razonado, hace ya innecesario pronunciarse sobre el quinto y último, pues éste denuncia una incorrecta valoración de los dictámenes periciales a la hora de fijar la cuantía de una indemnización que ya hemos declarado improcedente en su totalidad.

DÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

#### FALLO

Ha lugar al recurso de casación que la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias interpone contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2008, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso núm. 132/2007. Sentencia que casamos, dejándola sin efecto. Y en su lugar:

Primero.- Desestimamos ese recurso contencioso-administrativo núm. 132/2007 que la representación procesal de la mercantil “Canteras de Cabo Verde, S.A.” interpuso contra la resolución desestimatoria, primero presunta y luego expresa, de la reclamación de responsabilidad patrimonial que dedujo el 16 de agosto de 2006. Y

Segundo.- No imponemos las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.- Celsa Pico Lorenzo.- Antonio Martí García.

(...)



2010/212791

TC Sala 1ª, Sentencia 18 octubre 2010. Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio

Sufridos por etarra durante detención

## Insuficiente averiguación judicial para descartar malos tratos

*Se promueve amparo contra los autos que, respectivamente, acordaron y confirmaron en reforma el sobreseimiento libre de las diligencias previas, incoadas por presunto delito de torturas durante la detención, así como contra el auto que confirmó los anteriores. El TC considera que el órgano judicial clausuró la investigación sobre los hechos denunciados omitiendo la práctica de medios de investigación disponibles e idóneos para el esclarecimiento de los hechos, y a partir de una motivación incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, por lo que declara su vulneración, otorgando el amparo solicitado.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La presente demanda de amparo se dirige contra los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 14 de Valencia que, respectivamente, acordaron y confirmaron en reforma el sobreseimiento libre de las diligencias previas núm. 2979/2005, incoadas por presunto delito de torturas durante la detención, así como contra el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección cuarta) que en apelación confirmó los anteriores.

La recurrente sostiene que tal decisión vulneró tanto el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) como los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías y a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE). La primera vulneración se sustenta en la inexistencia de una reparación jurídica suficiente en el procedimiento judicial abierto de las agresiones físicas y psíquicas sufridas durante la detención.

Las restantes quejas se fundamentan en la insuficiencia de los argumentos utilizados en las resoluciones impugnadas para justificar la procedencia del sobreseimiento libre del procedimiento y en que no se ha desarrollado una actividad judicial suficiente orientada a la averiguación de los hechos denunciados, no habiéndose practicado diversas diligencias, solicitadas en el escrito de denuncia, que resultaban relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

El Ministerio Fiscal hace suya la pretensión de la demandante y solicita el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

**SEGUNDO.-** Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las exigencias constitucionales, derivadas tanto del art. 15 CE como del art. 24 CE, en relación con decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncia de torturas o tratos inhumanos o degradantes, en las SSTC 224/2007, de 22 de octubre, y 34/2008, de 25 de febrero, cuya doctrina reproducen y aplican las SSTC 52/2008, de 14 de abril, 63/2008, de 26 de mayo, 69/2008, de 23 de junio, 107/2008, de 22 de septiembre, 123/2008, de 20 de octubre y 40/2010, de 19 de julio.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta -como destacábamos en la STC 69/2008, de 23 de junio, FJ 2-, que el correcto encuadramiento de las quejas de la recurrente en amparo requiere su conjunta consideración, debiendo consistir nuestro enjuiciamiento en determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Efectividad y suficiencia de la tutela judicial que, en estos casos, coincide con la suficiencia de la indagación judicial y dependerá, no sólo de que las decisiones de sobreseimiento libre y archivo de las diligencias penales estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino también de que sean conformes con el derecho fundamental a no sufrir torturas, ni tratos inhumanos o degradantes. “El derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido.

Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE” (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 4).

Por lo demás dicha doctrina, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SS-TEDH de 16 de diciembre de 2003, Kmetty c. Hungría, § 37, y de 2 de noviembre de 2004, Martínez Sala y otros c. España, §156, 28 de septiembre de 2010, San Argimiro Isasa c. España, §41), se concreta en el fundamento jurídico sexto de la STC 34/2008, de 25 de febrero, en los siguientes términos: “El derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado descrito en el fundamento jurídico 4, una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas. Tal concordancia ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial”; “la tutela judicial será así suficiente y efectiva ex art. 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria.

Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impide la clausura temprana de la misma. Tampoco impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles o propuestas. Tales obligaciones conducirían a instrucciones inútiles en perjuicio de los intereses de los imputados y de una racional gestión de los recursos de la Administración de Justicia. Como hemos dicho “resulta inútil, e incluso improcedente, cualquier medida investigadora que, ya sin poder alterar la convicción del Juez, prolongase indebidamente ... la causa, contrariando los propios derechos constitucionales que obligan a no alargar innecesariamente la fase sumarial en perjuicio de los querrelados” (SSTC 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 3; 232/1998, de 1 de diciembre, FJ 3). Por el contrario, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de

torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas.

En suma, “respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral” (STC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3”).

Por último, este Tribunal ha señalado que para evaluar si existe una sospecha razonable de tortura y si tal sospecha es disipable, lo que convertiría en inconstitucional ex art. 24.1 CE el cierre de la investigación, deben tomarse en consideración las circunstancias concretas de cada caso, siendo preciso atender a la probable escasez de pruebas existente en este tipo de delitos, lo que debe alentar la diligencia del Instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación. Del mismo modo también se destaca que la cualificación oficial de los denunciados debe compensarse con la firmeza judicial frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, con la especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia, y con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma son atribuibles a las personas encargadas de su custodia.

Además se pone énfasis en que constituye una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 69/2008, de 23 de junio, FJ 2).

TERCERO.- Para analizar si los Autos impugnados satisfacen los estándares de motivación y eficacia en la investigación establecidos por la citada doctrina constitucional, es preciso atender a los antecedentes fácticos que presenta el caso.

Tal como ha sido expuesto con mayor detalle en los antecedentes de hecho, la recurrente en amparo fue detenida en la mañana del 17 de febrero de 2005 en la ciudad de Valencia, siendo trasladada a dependencias policiales, y desde allí custodiada hasta el Hospital Universitario de Valencia, donde en su servicio de urgencias fue sometida a un examen médico, en el que se señalaba: (la recurrente) “traída en calidad de detenida que ahora se encuentra bien antes tenía sensación de hormigueo o manos ‘dormidas’ y un leve mareo”. Ese mismo día sobre las 21:30 horas fue reconocida por el médico forense del Juzgado de Instrucción núm. 20 de Valencia, en cuyo informe reflejó que la detenida “refiere que se encuentra bien, aunque con cierta ansiedad por su situación. Que no tiene lesiones ni dolor. Posteriormente indica que está cansada y que la han pegado en la cabeza”. Al día siguiente fue trasladada a la Comisaría General de Información de Madrid, donde fue reconocida por el médico forense del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional los días 18, 19 y 20 de febrero. En la denuncia interpuesta por la recurrente el 8 de abril de 2005, relataba que los malos tratos se produjeron no sólo en Valencia, sino también en las dependencias policiales en Madrid –refiriendo, entre otros actos, “puñetazos en el estómago”, o que “me amenazaban, me humillaban, y de vez en cuando me obligaban a estar en posturas concretas”-; asimismo, manifestaba que tales malos tratos fueron puestos en conocimiento del médico forense del Juzgado Central de Instrucción, exponiendo los dolores que sufría como consecuencia de los mismos.

La sucinta referencia a tales antecedentes resulta suficiente para poder concluir que la actuación del órgano judicial no se ajusta a las exigencias establecidas por la doctrina constitucional antes citada, y que por ello resulta lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Asumiendo, como presupuesto, que las conductas denunciadas presentan la suficiente gravedad como para poder ser consideradas lesivas del derecho fundamental recogido en el art. 15 CE, los argumentos utilizados por los órganos judiciales para descartar la verosimilitud de lo denunciado no resultan 13 acordes al derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en amparo (a), ni tampoco se ha satisfecho la exigencia de una investigación eficaz (b):

a) Comenzando con el primero de los reproches citados, no resulta ra-

zonable, en primer lugar, inferir la falta de objetividad de la denuncia del mero transcurso de menos de dos meses entre la realización de los hechos denunciados y la interposición de la denuncia. A este respecto, hemos afirmado que no cabe excluir que un excesivo retraso en la denuncia de los hechos permita inferir una menor credibilidad de lo denunciado, ni que pueda erigirse en argumento plausible para inadmitir la misma dadas “las dificultades para que hubiera podido desarrollarse una investigación más eficaz, porque el transcurso del tiempo redundaría en perjuicio de las posibilidades de esclarecimiento de los hechos” (STC 63/2008, de 26 de mayo, FJ 4).

Ciertamente, tal análisis deberá efectuarse atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso; y en el que ahora nos ocupa - y a diferencia del enjuiciado por la citada STC 63/2008, en el que transcurrieron casi diez meses entre los hechos y su denuncia -, esa distancia temporal es de menos de dos meses, duración que no cabe considerar excesiva a los efectos citados. A similar conclusión hemos llegado, por ejemplo, en la STC 107/2008, de 22 de septiembre, afirmando que “el que el recurrente presentara su denuncia varios meses después de haberse supuestamente producido los hechos y sin que previamente hubiera dicho nada sobre ellos en su primera comparecencia judicial no es tampoco razón determinante para negar toda credibilidad a la denuncia” (FJ 3).

En segundo lugar, tampoco el hecho de que en los informes médicos tomados en consideración por el órgano judicial –en concreto, los efectuados el 17 de febrero por el servicio de urgencias y por el médico forense del Juzgado de Instrucción núm. 20 de Valencia– no se reflejaran las posibles lesiones sufridas resulta un argumento concluyente, pues, como igualmente hemos afirmado, “la ausencia de signos de agresiones físicas carece de la fuerza suficiente para despejar toda sospecha, habida cuenta de que parte de los malos tratos denunciados, por sus propias características, pueden no dejar marcas o señales de su comisión” (STC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). Además –como destaca el Ministerio Fiscal–, no se ajusta a la realidad la afirmación de Juez de Instrucción de que la denunciante no informó al médico forense de los malos tratos, pues en el informe de 17 de febrero puede leerse que (la examinada) “indica que está cansada y que le han pegado en la cabeza”. De igual modo, y por idéntica razón, debe ser rechazada la contundente conclusión de la Audiencia Provincial de que el informe del médico forense “niega rotundamente el hecho que se denuncia”.

Descartado que los anteriores argumentos puedan constituir una base suficiente para rechazar a limine toda verosimilitud a la denuncia,

tampoco el hecho de que la denunciante no hiciera mención de los malos tratos cuando prestó declaración permite, ni por sí solo ni en unión a los ya rechazados, cohonestar la decisión de archivo con los derechos fundamentales concernidos, pues supone ignorar la exigencia de racionalidad antes citada que impone reparar en que el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 69/2008, de 23 de junio, FJ 2).

b) Lo dicho hasta ahora nos lleva a afirmar la inconsistencia, desde los parámetros constitucionales de enjuiciamiento antes expuestos, de los argumentos manejados por los órganos judiciales para negar verosimilitud a la denuncia formulada por la recurrente en amparo y a declarar el sobreseimiento de la causa. A ello debemos añadir, como ya anticipábamos, que tampoco se ha colmado la exigencia de una investigación eficaz que impone el derecho a la integridad física y moral y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE): tal exigencia no comporta la práctica de todas las diligencias de investigación posibles o propuestas, pero sí que ante la existencia de una sospecha mínimamente fundada, teniendo en cuenta las particulares circunstancias que rodean los delitos denunciados, se lleven a cabo cuantas medidas sean adecuadas para despejarla, sin que sobre reiterar una vez más que del art. 15 CE se desprende “un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de investigación resulten útiles para aclarar los hechos” (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6).

En la denuncia formulada, la recurrente solicitaba la práctica de las siguientes diligencias: que se le recibiera declaración, que se unieran los informes médicos realizados por el médico forense en dependencias de la Policía Nacional y en el hospital, así como el parte realizado cuando ingresó en prisión, debiendo ser citados los médicos a declarar, que se uniera la declaración prestada en dependencias policiales y ante el Juez Central de Instrucción y se citara a los abogados que presenciaron las mismas, que se remitiera oficio a la Policía Nacional de Madrid para identificar a los policías nacionales que habían participado en los interrogatorios para que se les tomase declaración, que fuera examinada por el médico forense para analizar sus posibles secuelas físicas y psíquicas, así como que un psicólogo de su confianza realizase un examen psicológico en torno a los hechos demandados.

Ante tal solicitud, el órgano instructor, en el Auto de incoación de

diligencias previas de 7 de julio, solicitó a la policía un informe sobre los hechos que motivan la denuncia. Emitido el informe, se adjuntó al mismo copia del parte médico realizado en el servicio de urgencias del Hospital General Universitario de Valencia, mencionando la existencia de distintos informes médico forenses –uno en Valencia y tres posteriores en Madrid, los días 18, 19 y 20 de febrero– y advirtiendo que los mismos no eran aportados por no obrar en dicha instrucción. Recibido el informe policial, el Juez instructor acordó oficiar a la clínica médico forense en Valencia para que aportara el informe llevado a cabo el 17 de febrero. Y a la luz de tal informe, y sin practicar ninguna de las restantes diligencias solicitadas en la denuncia, se acordó el sobreseimiento libre. Reiterada tal solicitud en reforma y en apelación, fue confirmado el archivo.

A tenor de la descripción objeto de la denuncia, el limitado marco de averiguación de que ha dispuesto el órgano judicial resulta a todas luces insuficiente para poder descartar toda sospecha de malos tratos. En primer lugar, el órgano judicial no cita a declarar a la recurrente para que ratifique ante él su denuncia, cuando, como hemos reiterado, la valoración del testimonio judicial aparece como un medio de investigación especialmente idóneo en este tipo de denuncias (por todas, la STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7, junto a las citadas más arriba), y ni siquiera incorpora a las actuaciones, tal como destaca el Ministerio Fiscal, las declaraciones previamente prestadas por la denunciante. En segundo lugar, y a pesar de que en la denuncia se afirmaba que los malos tratos no sólo tuvieron lugar mientras la recurrente estuvo detenida en Valencia, sino que se prolongaron una vez en Madrid, donde estuvo detenida tres días, el Juez instructor no incorpora a la causa ni, por tanto, tiene en consideración, los informes médicos practicados los días 18, 19 y 20, informes estos en los que, según asevera la recurrente, puso de manifiesto los malos tratos y los dolores que decía sufrir.

CUARTO.- Por todo ello, ha de concluirse que el órgano judicial clausuró la investigación sobre los hechos denunciados omitiendo la práctica de medios de investigación disponibles e idóneos para el esclarecimiento de los hechos, y a partir de una motivación incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), por lo que debemos declarar su vulneración y otorgar el amparo solicitado.

El restablecimiento de la recurrente en la integridad de sus derechos impone, como hemos declarado en las SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 9; 52/2008, de 14 de abril, FJ 6, y 69/2008, de 16 23 de junio, FJ 6, la

anulación de los Autos impugnados y la retroacción de actuaciones para que se le dispense la tutela judicial demandada en los términos que derivan de lo expuesto.

#### FALLO

Otorgar el amparo solicitado por D<sup>a</sup> Sara y, en consecuencia:

PRIMERO.- Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE).

SEGUNDO.- Declarar la nulidad de los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 14 de Valencia de 2 de septiembre de 2005, que acordó el sobreseimiento libre de las diligencias previas núm. 2979/2005, y de

17 de octubre de 2005, confirmatorio del anterior, y del Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de noviembre de 2005, confirmatorio a su vez de los anteriores.

TERCERO.- Ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado del primero de los Autos para que el Juzgado de Instrucción núm. 14 de Valencia proceda con respeto al derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a dieciocho de octubre de dos mil diez. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.

4º Límite a continuación vendió sus acciones a Almudena, S.A. por un precio menor al inicialmente ofertado por dicha compañía.

5º Preventiva demandó a los accionistas de Límite y pidió que se declarara la resolución del contrato de compraventa, y la devolución de la parte del precio pagado y retenido por los socios de Límite. Alegó que no se habían conocido las reales circunstancias económicas de la sociedad Límite hasta que se efectuó el informe de auditoría encargado por la propia demandante, por lo que estaba en su derecho de pedir una reducción del precio pactado.

Los demandados contestaron la demanda y al mismo tiempo formularon reconvencción, en la que pidieron que al haber obtenido de Almudena, S.A. un valor por las acciones inferior al inicialmente ofrecido, debido a la venta primeramente concertada con Preventiva, debía reconocerse una indemnización a favor de Límite, consistente en la diferencia entre lo primeramente ofertado por Almudena y lo realmente obtenido.

6º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 Madrid, de 12 julio 2004, desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. Declaró:

a) Que la compradora Preventiva, "no supeditó el buen fin de la operación a ningún tipo de estudio o análisis contable de cuyos resultados hubiera de depender el precio de la venta".

b) Por ello, el contrato celebrado era perfecto y desplegaba toda su eficacia.

c) De aquí debía deducirse que Preventiva "no respetó, de manera adecuada, el proceso lógico en la adquisición de las acciones de Límite, siendo pues, a ella imputable la inobservancia de la "due diligence" que resulta exigible en casos como el analizado (...)".

d) Se declaraba válida la resolución efectuada por los demandados y entendió que el precio del contrato con Almudena, S.A. se fijó de acuerdo con el valor patrimonial de Límite en el momento de dicho contrato "según las cuentas de 2001, anexas al contrato".

7º Ambas partes recurrieron en apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, de 5 mayo 2006, desestimó ambos recursos. Dijo que no se sometió la compraventa a ninguna condición referida al resultado de las cuentas anuales. En relación al recurso de Límite, único recurrente en casación, se afirma:

a) A pesar de la cantidad que se reclama como indemnización, por la comparación entre el precio que deberían haber recibido de Preventiva

y el que finalmente recibieron de Almudena, S.A., "(...)no se constata por el Tribunal en cuanto a la cuantía reclamada la relación de estos con la resolución contractual, no se prueba ni la pérdida de imagen en el mercado, ni en sus agentes, ni el menoscabo económico que se dice sufrió esta entidad en dicha suma".

b) "(...) Ello merma las posibilidades de estimación de una reclamación, cuyo monto no se acredita guarde la debida relación con el concepto de daño y perjuicio tal como se acepta por la doctrina jurisprudencial".

c) Además la suma ofrecida inicialmente por la definitiva compradora, Almudena, S.A., era una oferta, susceptible de ser modificada con la firma del contrato definitivo.

d) La suma entregada por Preventiva no la dota "(...)de un carácter similar al contrato de arras, sino que (...) es el resultado de efectuar un cálculo ponderado de las consecuencias adversas que tuvo para las accionistas de Límite el injustificado incumplimiento de sus obligaciones por Preventiva, que dio lugar a una pérdida de las expectativas en sus ganancias de estos socios vendedores, que precisamente habían renunciado a otra oferta anterior, por una mejora de cien millones de pesetas en el precio, suma que por ello (...) es la que mejor evalúa los daños y perjuicios sufridos por estos demandados".

8º Algunos de los demandados/reconvinientes, socios de Límite, presentan recurso de casación, dividido en tres motivos y al amparo del art. 477, 2, 2 LECiv. Fue admitido por auto de 4 noviembre 2008.

SEGUNDO.- Motivos primero y segundo.

El Primer motivo denuncia la infracción del art. 1101 CC. Dicho artículo marca la extensión del resarcimiento derivado del incumplimiento de las obligaciones contractuales, que debe abarcar la totalidad del daño sufrido y del lucro cesante. Se cita el art. 1101 CC al estimar la sentencia recurrida que los reconvinientes no tienen derecho, como indemnización derivada del incumplimiento del contrato de compraventa suscrito con Preventiva, al importe total del menoscabo, es decir, a la diferencia del precio pactado con Preventiva y el precio real por el que acabaron siendo vendidas las acciones a Almudena, S.A. Así se resarce únicamente una parte del daño sufrido, concretamente 600.000 euros cuando lo cierto es que el art. 1101 CC lo que establece es que la compensación debe efectuarse por la totalidad del daño causado. El motivo añade, además, tres argumentos:

a) La diferencia entre lo pactado y el menor importe percibido en la subsiguiente compraventa, provocó un daño auténtico.



2010/190365

TS Sala 1ª, Sentencia 3 septiembre 2010. Ponente: D. Encarnación Roca Trías

## Cantidad entregada a cuenta no considerada como cláusula penal en el contrato de compraventa

*El TS decide desestimar el recurso de casación planteado por la mercantil vendedora contra la SAP confirmatoria de la de instancia que declaró que la recurrida no supeditó el buen fin de la operación de compraventa de acciones, a ningún tipo de estudio o análisis contable de cuyos resultados hubiera de depender el precio de la venta en cuestión y que la cantidad entregada a cuenta no se considera como indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante. La Sala sostiene, que no se trataba de una cantidad entregada en concepto de cláusula penal, coincidiendo con la sentencia recurrida en interpretar la misma en el sentido de que se trató de un avance del precio total. De la redacción del contrato no se desprendía en ningún caso que se tratase de una cláusula penal pactada para el caso de demora, por lo que no se han infringido las reglas sobre interpretación.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

1º Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros (Preventiva), realizó una oferta a Límite, S.A. (Límite) para la adquisición de sus acciones, mejorando la efectuada por otra compañía, Almudena, S.A.

2º El 15 de marzo de 2002, Preventiva y Límite otorgaron un contrato de compraventa, en el que la primera compraba todas las acciones de la segunda por un precio de 9.116.012 euros. Se pagó una cantidad a cuenta del precio y se aportó

un informe de la situación financiera de la entidad objeto del contrato.

3º Preventiva efectuó una auditoría, en la que se reflejaba que Límite tenía unas pérdidas de 66 millones ptas., por lo que la compradora pidió a la vendedora Límite un ajuste del precio acordado y en caso contrario, la resolución del contrato. El 17 mayo 2002, Límite respondió que se había producido un incumplimiento por parte de la compradora Preventiva; que daba por resuelto el contrato y que retenía la parte del precio entregada para aplicarlo a "una supuesta indemnización de daños y perjuicios causados por la mercantil Preventiva".

b) No se expresan los elementos que conducen a un cálculo ponderado por parte de la Audiencia.

c) No se han aplicado las reglas sobre compraventa de sustitución, citando a su favor el art. 75 de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 1980, ni las SSTs de 7 junio 1969, 3 mayo 1949, 6 marzo 1979, 27 octubre 1992, 14 mayo 2003.

Se va a examinar conjuntamente por responder a la misma problemática, el motivo segundo, que denuncia la infracción del art. 1106 en relación con 1107 CC. De acuerdo con el art. 1106 CC, debe resarcirse no solo el daño emergente, sino también el lucro cesante. La sentencia rechaza que se tenga derecho a indemnización por el lucro cesante constituido por el precio que habrían de haber obtenido de Preventiva si ésta hubiera cumplido sus obligaciones, una vez descontado el precio finalmente recibido de Almodena, S.A. Esto se efectúa alegando que el importe indemnizatorio reclamado no guarda la debida relación con el concepto de daños y perjuicios, tal como se acepta por la jurisprudencia. La sentencia desconoce que lo reclamado no son “sueños de ganancia, esperanzas futuras o meras conjeturas”, sino que tienen por objeto un lucro cierto, tangible, y ya incorporado en forma de crédito real y existente al patrimonio de los recurrentes, puesto que la fuente de ganancia existía con anterioridad al daño y fue el acto ilícito de Preventiva el que impidió que esa ganancia se completara.

Ambos motivos se desestiman.

**TERCERO.-** Fijación de la cuestión debatida.

El núcleo de la discusión entre las sociedades Preventiva, compradora, y Límite, vendedora, se centra en la determinación de las razones por las que se producen los que en todo el procedimiento se denominan “incumplimientos”: por una parte, el de Preventiva, que según los recurrentes incumplió el contrato al conocer la situación económica real de la empresa que quería adquirir, y por otra parte el de Límite, que vendió una sociedad por un precio que los resultados producidos por los análisis económicos confirman que no se ajustaba a su real situación económica. En realidad Límite incumplió el contrato de compraventa, puesto que vendió una sociedad con un elevado nivel de pérdidas y otras problemáticas que se consideran probadas en la sentencia recurrida. Por ello, Preventiva ante este incumplimiento, optó por ofrecer una reducción del precio o la resolución, lo que está admitido como uno de los remedios para el incumplimiento en los textos europeos (art. III.-3:601 Draft of Common Frame of Reference, que permite al acreedor reducir el precio cuando el cumplimiento no es conforme con

los términos de la obligación; también en el art. 1197 de la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, 2009).

Estaba en su derecho la compradora de pedir la devolución del precio avanzado, pero al no haber recurrido la demandante en casación, debe mantenerse esta parte de la sentencia en virtud del principio dispositivo.

**CUARTO.-** La negación de la indemnización por lucro cesante: razones.

Dicho lo anterior y con esta base, debe examinarse la argumentación del primer motivo del recurso interpuesto por la vendedora Límite.

1º Es cierto que cuando la recurrente vendió a ALMUDENA, ésta pagó por las acciones un precio inferior al inicialmente ofrecido. Pero la sentencia recurrida señala que no se ha probado que la cuantía reclamada esté en relación con los daños y perjuicios causados con la resolución del contrato. Por esto hay que decir que en el primer punto del recurso de casación, la recurrente hace supuesto de la cuestión, porque la sentencia recurrida dice claramente que no existe prueba del daño que reclama.

2º No debía expresarse ningún elemento para lo que el recurso denomina “cálculo ponderado”. Simplemente, la sentencia recurrida no considera probado que se hubiesen generado los daños que hubieran dado lugar a admitir la reclamación, cuando afirma que no se “constata por el Tribunal en cuanto a la cuantía reclamada la relación de estos con la resolución contractual, no se prueba ni la pérdida de imagen en el mercado, ni en sus agentes, ni el menoscabo económico que se dice sufrió esta entidad en dicha suma”. Se trata, en definitiva, de un problema de prueba.

3º Lo mismo ocurre con la pretendida infracción de los Arts. 1106 y 1107 CC, a los que se deben aplicar los mismos argumentos utilizados hasta aquí.

**QUINTO.-** Inexistencia de compraventa de sustitución.

Se insiste en el motivo primero en la infracción de lo que se denomina “compraventa de sustitución”, con la cita del art. 75 de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 1980, ni las SSTs de 7 junio 1969, 3 mayo 1949, 6 marzo 1979, 27 octubre 1992, 14 mayo 2003.

Para rechazar esta argumentación, hay que determinar en qué consiste una compraventa de sustitución. La doctrina ha considerado que una compra de reemplazo o de sustitución “consiste en permitir al comprador, ante el incumplimiento del vendedor, y siempre que actúe de buena fe, adquirir de una fuente alternativa

mercancías similares (de igual calidad y cantidad), y en permitirle que reclame al vendedor la diferencia que, en su caso, haya tenido que satisfacer al tercero por esa compraventa de reemplazo”. En la argumentación del recurso se plantean dos cuestiones: una, la pretensión de aplicar el esquema de las compras de reemplazo y otra, la asimilación con el lucro cesante.

En relación a la primera cuestión, la cita del art. 75 de la Convención es superflua porque no es aplicable, al excluir el art. 2,d) de la Convención su aplicación a las compraventas “de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio”; el art. 75 de la Convención se refiere a mercaderías y no existe un mercado de acciones en el sentido pretendido con la argumentación de la recurrente.

Pero, además, no puede equipararse la compraventa de reemplazo con el lucro cesante, como claramente pone de relieve la propia sentencia citada como infringida, de 14 mayo 2003, en la que en relación a la compra de unas partidas de mosto, se afirma que “(...)es patente la confusión en que incurrir la sentencia recurrida entre las compraventas de reemplazo y el lucro cesante”, porque “efectivamente, si la compradora adquiere partidas de mosto para precaverse de las consecuencias del incumplimiento a un precio superior al contratado, serán un daño emergente que se le origina en su patrimonio, nada tiene que ver con el lucro cesante, que son expectativas fundadas de ganancia con la reventa de lo adquirido”.

Además, las sentencias alegadas como infringidas no son aplicables al presente supuesto, puesto que se refieren a supuestos muy distintos del ocurrido en el caso actual en el que el objeto de la venta son unas acciones a un precio inferior al primeramente ofertado y la recurrente pretende aplicar las reglas de la compraventa de reemplazo, centrada en bienes como cosechas, vino, etc., supuesto distinto del que realmente ocurrió.

**SEXTO.-** Interpretación de la cláusula de pago del precio.

El motivo tercero señala la infracción de los arts. 1153 y 343 Código de comercio. La sentencia recurrida considera que Preventiva puede liberarse sin pagar la totalidad del precio y sí únicamente de la cantidad avanzada. De esta manera se estaría atribuyendo a esta parte del precio la naturaleza de arras, cuando de acuerdo con los artículos infringidos, tal configuración solo cabe atribuirla cuando se hubiese acordado expresamente. El motivo se desestima.

Nos hallamos ante la interpretación de una cláusula del contrato en la que se estipuló, además de la cantidad total a satisfacer por la compradora, Preventiva, la forma de pago,

estableciéndose que “en consecuencia, en este acto, se hace efectiva la cantidad de 30.170,81 euros” y el resto, en los plazos acordados en el contrato. Los recurrentes han pretendido que se trata de una cantidad entregada en concepto de cláusula penal, mientras la sentencia recurrida ha interpretado la cláusula en el sentido de que se trata de un avance del precio total. De la redacción del contrato no se desprende en ningún caso que se trate de una cláusula penal pactada para el caso de demora, por lo que esta interpretación de la sentencia recurrida no ha infringido las reglas sobre interpretación.

**SÉPTIMO.-** Desestimación del recurso.

La desestimación de los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Obdulio y otros contra la sentencia de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 mayo 2006, determina la de su recurso de casación.

Se imponen a los recurrentes las costas de su recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1 LEC, que se remite al art. 394 LECiv.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

1º Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Obdulio, Dª Brígida, D. Cosme, Dª Candelaria y D. Rosendo, D. Virgilio, Dª Crescencia y Dª Estibaliz, D. Juan Pedro y Dª Inmaculada contra la sentencia de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 mayo 2006, dictada en el rollo de apelación núm. 530/05.

2º Confirmar con este alcance la sentencia recurrida.

3º Imponer las costas del recurso de casación al recurrente

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Dª Encarnación Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



TS Sala 4ª, Sentencia 2 julio 2010. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

## Denegada demanda de error judicial en proceso sobre jubilación

*Desestima el TS la demanda de error judicial interpuesta por el beneficiario accionante en relación con la sentencia que declaró la falta de acción respecto a su pretensión sobre reconocimiento de cotizaciones a efectos del reconocimiento y cuantía de pensión de jubilación.*

*Explica la Sala que aunque la codemandada TGSS aporte en el procedimiento de reconocimiento de las prestaciones los datos correspondientes a las cotizaciones de los solicitantes, ello no significa que estas informaciones, que son realmente un acto de instrucción que se inserta en un procedimiento más amplio, tengan que ser objeto de impugnación independiente y al margen de la resolución definitiva del expediente, pues no deciden ni directa, ni indirectamente sobre el fondo del asunto y el solicitante puede, en el propio procedimiento administrativo y en el judicial, contradecir los datos aportados alegando y probando otros datos para sostener sus pretensiones.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Tal como ha sido delimitada tras el auto de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 11 de junio de 2.008, que declaró la falta de competencia de esa Sala para conocer la presente demanda por error judicial, ha de partirse de que la demanda no se dirige contra el auto de esta Sala de 29 de noviembre de 2006, que inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de octubre de 2.004 (recurso 3666/2004). La demanda se dirige, por tanto, frente a esta sentencia y frente a las sentencias que por ella se confirman, que son las dictadas en la instancia por el Juzgado de lo Social núm. 37 de Madrid, de 29 de noviembre de 2.003 (actuaciones 982/2002) y por el Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid, de 27 de febrero de 2.004 (actuaciones 802/2002). La sentencia de suplicación fue recurrida en unificación de doctrina y el recurso fue inadmitido por auto de esta Sala de 29 de noviembre de 2.006 (recurso 5413/2004), notificado a la parte el 9 de enero de 2.007, frente al que se dedujo petición de nulidad de actuaciones que fue inadmitida por providencia de 19 de marzo de 2.007. Tan accidentada y compleja tramitación deriva de que en las primeras actuaciones de instancia el Juzgado de lo Social núm. 17 inadmitió la primera demanda presentada el 10 de septiembre 2002 y esta decisión fue re-

currida en suplicación, dictándose sentencia el 27 de mayo de 2003 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia que revocó esa decisión y ordenó la continuación del procedimiento. Pero en ese momento el actor ya había ejercitado el 14 de diciembre de 2002 nueva demanda que dio lugar a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 37. Los recursos de suplicación contra estas sentencias se acumularon y dieron lugar a la sentencia de la Sala de 18 de octubre de 2004 ya mencionada.

**SEGUNDO.-** Hay que comenzar por el examen de las objeciones de orden procesal que oponen el Ministerio Fiscal, la TGSS y el Abogado del Estado. Para ello es preciso determinar cuál es la resolución frente a la que hay que entender que se ejercita la acción por error judicial. De entrada hay que descartar que la acción se dirija contra el auto de este Tribunal de 29 de noviembre 2006, como ya ha establecido la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 11 de junio de 2.008. No puede, por tanto, aceptarse la tesis de que no se habían agotado los recursos procedentes cuando se presentó la demanda, pues en el incidente de nulidad de actuaciones, que fue inadmitido por providencia 1 de febrero 2007, no era preceptivo, ni su planteamiento "ad cautelam" impide, a la vista de su resultado, el que se pueda apreciar ahora el defecto que se indica en relación con el artículo 293.1.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que lo que prohíbe es declarar el error judicial cuan-

do no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.

El Ministerio Fiscal señala con cita de las sentencias de 20 de enero de 2010 (actuaciones 1/ 2009) y 15 de junio de 2005 (actuaciones 6/2004) que la pretensión de error judicial no puede dirigirse contra varias resoluciones y que en el presente caso la resolución frente a la que hay que entender que se demanda la declaración de error judicial es la sentencia dictada en suplicación. Así es, porque, de acuerdo con la doctrina de estas sentencias y de las que en la segunda se relacionan, "el error relevante a los efectos indemnizatorios propios de esta vía jurisdiccional, caso de apreciarse su existencia, sería el denunciado y no corregido en el recurso de suplicación". Por ello, aunque sea cierto que la demanda incurre en el defecto de concreción que se denuncia, lo cierto es que el defecto ha de entenderse subsanado en el sentido que se propone por el propio Ministerio público.

La caducidad del ejercicio de la acción se propone por entender que el plazo de caducidad que comenzó a correr desde la notificación de la sentencia de la Sala de lo Social de Madrid no se interrumpe por la interposición de un recurso de casación para la unificación de doctrina que fue inadmitido por incumplir las exigencias en orden a la acreditación de la contradicción de sentencias y a la necesidad de realizar una relación precisa y circunstanciada de la existencia de dicha contradicción. Pero, admisible o no, lo cierto es que el recurso se preparó y se interpuso, por lo que el ahora demandante se limitó a cumplir la exigencia del artículo 293 1.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que el mero hecho de que el recurso fuera inadmitido pueda determinar el incumplimiento de plazo del 293.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando el demandante, con acierto o sin él, se ha limitado a utilizar un recurso legal cumpliendo el mandato del primero de los preceptos citados.

**TERCERO.-** Esta Sala ha establecido con reiteración que el error judicial no puede confundirse con cualquier discrepancia o equivocación en el establecimiento de los hechos o en la interpretación del derecho. El error judicial del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene "un significado preciso y necesariamente restringido", de forma que "no toda posible equivocación en el establecimiento de los hechos o en la aplicación del derecho es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esa calificación ha de reservarse a supuestos especialmente cualificados en los que, en términos de la sentencia de la Sala Primera de 16 de junio de 1988, se advierta una desatención del Juzgador a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho

fundada en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance. De ahí que sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de un error judicial, pues este procedimiento no es, en modo alguno, una nueva instancia. En este sentido pueden citarse, entre otras muchas, las sentencias de 3 de octubre de 2001, 30 de abril de 2007 y 4 de octubre de 2.007.

Tanto la Tesorería General de la Seguridad Social, como el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal denuncian el confuso planteamiento del recurso y su falta de concreción en cuanto al error denunciado.

La Sala entiende, sin embargo, que, pese a su inconcreción, su exposición reiterativa, confusa y dispersa, la línea general de la denuncia del error puede ser entendida y así lo ha sido por las partes que se han opuesto a la misma en sus alegaciones por escrito y en el acto de la vista, por lo que no procede ahora reconsiderar la admisión de la demanda en atención a los defectos formales a que se ha hecho referencia.

**CUARTO.-** La sentencia a la que se imputa el error, al igual que las dictadas en la instancia que ésta confirma, funda su decisión, en que la pretensión ejercitada por el actor en orden a que se declare que ha cotizado a la Seguridad Social desde el día 7 de agosto de 2.001 a 30 de junio de 2.002 incurre en falta de acción en la medida en que tal pretensión meramente declarativa no corresponde a un interés real y actual, sino a un mero interés preventivo o cautelar en relación con la incidencia de ese periodo de cotización en el cálculo de la pensión de jubilación. El error que se alega consiste en que la conclusión de la sentencia sobre la falta de acción no es ajustada a Derecho, ya que, según el recurrente, el interés de su pretensión "era y es que se le reconozca el periodo cotizado desde el día 7 de agosto de 2001, al día 30 de junio de 2.002, por tener efectos jurídicos inmediatos en la esfera del asegurado por necesidad de esos días cotizados para el cálculo de su pensión por el Instituto Nacional de la Seguridad Social".

A lo largo del escrito de demanda esa idea central se desglosa en varios grupos de denuncias que podrían actuar como fundamentaciones específicas del error denunciado. Así se alegan: 1º) el artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social, 2º) la violación de los artículos 139, 145.1, 142, 71.1, 3, 4, 5 y 6, 69.1, 2 y 3, 148.1 de la Ley General de la Seguridad Social y de la institución del silencio administrativo, aunque, dada la absoluta falta de relación de estos preceptos con el tema debatido, quizá la denuncia deba entenderse referida a la Ley de Procedimiento Laboral, donde también la relación es cuestionable; 3º) la aplicación o cita indebida del artículo 1252 del

Código Civil; 4º) la vulneración de la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo sobre la congruencia de las resoluciones judiciales y el planteamiento de cuestiones nuevas, 5º) el desconocimiento de la prescripción y la caducidad y 6º) desconocimiento de la maquinación fraudulenta de la Tesorería General.

Para dar respuesta a la pretensión ejercitada hay que comenzar rechazando desde el principio lo que no son más que digresiones críticas o divagaciones del escrito de demanda, para abordar luego lo que debe entenderse propiamente como error denunciado que es el que motiva la decisión de la sentencia que se considera errónea.

En orden al primer objetivo, basta señalar que no ha podido vulnerarse el artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social, que regula los requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación, porque la sentencia a que se atribuye el error confirma unas decisiones meramente procesales que dejan imprejuizado el fondo del asunto y, en concreto, el derecho del actor a la pensión de jubilación y su alcance. Ninguna relación guarda tampoco la decisión combatida con la institución del silencio administrativo, pues la apreciación de la falta de acción no está afectada por los eventuales efectos del silencio administrativo, ni en la admisión de la demanda ni en el cumplimiento de la reclamación previa, como tampoco tiene consecuencias en orden a determinar el objeto de la pretensión. También es irrelevante a estos efectos que las demandas se hayan presentado antes o después de dictarse por la Tesorería General resolución expresa. Por otra parte, la decisión a la que se imputa el error no ha apreciado, ni rechazado la excepción de cosa juzgada, por lo que es de todo punto irrelevante que alguna de las resoluciones judiciales controvertidas haya citado el artículo 1252 del Código Civil o el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La excepción de cosa juzgada propuesta por la Tesorería General fue rechazada en la instancia por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 y ya no fue objeto de debate en el recurso de suplicación. En cuanto a la incongruencia, es obvio que estamos ante una decisión meramente procesal que, al apreciar la falta de acción, no se ha pronunciado sobre el fondo, por lo que mal puede tacharse de incongruente con lo pedido en las demandas. La falta de acción era incluso apreciable de oficio, aunque en este caso fue propuesta por la Tesorería General, con lo que difícilmente puede considerarse incongruente una resolución judicial que decide sobre una excepción propuesta por una de las partes. Por la misma razón carecen de cualquier fundamento las alegaciones sobre la cuestión nueva y la indefensión. La falta de acción ha sido objeto de debate desde la instancia y el demandante ha podido utilizar frente a ella

todos los medios de defensa tanto en el acto de juicio, como en el recurso. Si la decisión que se considera errónea es meramente procesal y se limita a remitir al actor a la impugnación de la decisión que adopte el INSS en el reconocimiento de la pensión de jubilación, es claro que no puede reprochársele a esta resolución el pretendido error de no haber resuelto o tenido en cuenta la posible prescripción o caducidad de la acción para reclamar el reconocimiento de los periodos de cotización controvertidos a efectos de prestaciones, pues esta cuestión tiene que resolverse en el proceso correspondiente en el que se debate sobre la pensión de jubilación; pensión cuyo reconocimiento el 13 de enero de 2003 es posterior a la presentación de las demandas, sin que, pese al tiempo transcurrido, el demandante haya informado sobre las eventuales reclamaciones que ha podido plantear frente al acto de reconocimiento y el resultado de las mismas. Por último, se denuncia por el actor una pretendida maquinación fraudulenta de la Tesorería General de la Seguridad Social por haberle indicado incorrectamente la procedencia de la reclamación ante los órganos judiciales del orden social; reclamación que éstos no han admitido. Pero, aparte de que tal reproche es contradictorio con la tesis que sostiene el actor sobre la procedencia de sus demandas, lo cierto es que ni las indicaciones de los órganos administrativos sobre la impugnación de sus decisiones vinculan a los órganos judiciales, ni la discrepancia sobre éstas pueden constituir un error judicial que es lo que aquí se debate.

QUINTO.- La cuestión debatida ha de centrarse, por tanto, en determinar si puede considerarse como un error de las características que se precisan en el fundamento tercero el considerar que la pretensión deducida por el actor está afectada por la falta de acción que se ha apreciado por la Sala de lo Social de Madrid. Para ello hay que recordar los términos en que se plantearon en su momento las pretensiones del actor. En la demanda de 10 de septiembre de 2002, que dio lugar a las actuaciones seguidas ante el Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid, se solicitaba que se declarase que se ha cotizado a la Seguridad Social desde 7 de agosto de 2001 hasta el 30 de junio de 2002; petición que se aclara por escrito de 9 de octubre de 2002 en el sentido de que se demanda por haber sido dado de baja el 6 de agosto de 2002 (sic, por 2001) "cuando se le debe dar de baja con efectos de 30 de junio de 2002". En la sentencia de 25 de febrero de 2004 el Juzgado aprecia la falta de acción, pues lo que pretende el demandante es que el periodo debatido se compute a efectos de la cuantía de la pensión de jubilación, lo que debe hacerse impugnando la resolución del INSS, de 13 de enero de 2003, que reconoció la pensión de jubilación al actor.

En la demanda de 14 de diciembre de 2002, que inició las actuaciones

ante el Juzgado núm. 37, se pide que se declare que se ha cotizado por el actor "también desde el 7 de agosto de 2001 al día 30 de junio 2002" y que se acepte que por la empresa se certifique las bases de cotización por el periodo para ella trabajado. En la sentencia de 29 de diciembre de 2003 el Juzgado de lo Social declaró la falta de acción, absteniéndose de entrar en el fondo por entender que lo que subyace en la petición formulada se refiere claramente a una prestación de la Seguridad Social, por lo que lo que se pide no tiene efecto jurídico inmediato en la esfera del demandante, sino que afecta a los conflictos que con posterioridad a la demanda pudieran plantearse en relación con las decisiones del INSS en materia de acción protectora.

Las demandas se plantearon frente a la TGSS, la empresa para la que prestó servicios el actor y el administrador de ésta. En ninguna de ellas se demandó al INSS.

Los dos recursos contra estas sentencias insisten en que lo que se pretende es "percibir una pensión de la Seguridad Social de 1.329,78 • en vez de la concedida de 1.282,52 •" y en esta pretensión se insiste también en la demanda de error judicial, en la que se afirma que "las tres sentencias cometen error judicial por no considerar que el tiempo de la base reguladora de la pensión de jubilación lo certifica sólo el INSS".

Lo que se pide, en definitiva, es que se reconozca que el periodo controvertido se considere como periodo cotizado a efectos del reconocimiento y cuantía de la pensión de jubilación. Pues bien, la decisión de considerar que el actor carece de acción para formular esa pretensión frente a la TGSS ni puede considerarse errónea, ni de serlo constituiría una equivocación de las características que la doctrina de esta Sala exige para estimar una demanda por error judicial.

No puede considerarse errónea, porque la mencionada decisión se ajusta a la doctrina de la Sala que si bien ha admitido, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el ejercicio de acciones meramente declarativas en el proceso laboral, ha condicionado esa admisión a que aquéllas cumplan determinadas exigencias, entre las que se encuentran las relativas a que el ejercicio de la acción esté justificado por una necesidad de protección jurídica y se corresponda con «la pretensión deducida y ésta con el interés que se pretenda tutelar, de modo que cuando lo realmente deducido sea una pretensión de condena, la acción debe tener tal carácter». De ahí que, conforme a la doctrina de la Sala, no puedan plantearse «cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas» (sentencia de 6 de marzo de 2007 que reitera doctrina de otras muchas resoluciones, entre las que pueden citarse las de 20 de julio de 2001, 23 de mayo de 2001, 23 de no-

viembre de 1999, 9 de marzo de 1989 y 15 de julio de 1987). Y esto es lo que sucede en el presente caso, en el que se ejercita una acción declarativa, cuya única finalidad es de carácter preventivo, pues lo que se pretende es condicionar mediante una acción contra la Tesorería General la decisión sobre el reconocimiento de la pensión de jubilación que corresponde al INSS, imponiendo la consideración como cotizados de un determinado periodo de tiempo.

El demandante alega que la acción está justificada porque es a la Tesorería General de la Seguridad Social a quien corresponde certificar los periodos de cotización completados. Así es, pero de ello no se desprende la conclusión que sostiene la parte y que supone un desconocimiento del papel de las informaciones de la TGSS en el procedimiento de reconocimiento de las prestaciones y del régimen de distribución de competencias de los organismos gestores de la Seguridad Social. En efecto, aunque la TGSS aporte en el procedimiento de reconocimiento de las prestaciones los datos correspondientes a las cotizaciones de los solicitantes, ello no significa que estas informaciones, que son realmente un acto de instrucción que se inserta en un procedimiento más amplio, tengan que ser objeto de impugnación independiente y al margen de la resolución definitiva del expediente. No es así, porque no deciden ni directa, ni indirectamente sobre el fondo del asunto (artículo 107 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común) y porque el solicitante puede en el propio procedimiento administrativo y, desde luego, en el judicial, contradecir los datos aportados por la TGSS, alegando y probando otros datos para sostener sus pretensiones. Como precisa el artículo 107 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, la oposición a los actos de trámite puede formularse por los interesados para su consideración en la resolución que pone fin al procedimiento y así se viene haciendo además pacíficamente, pues los periodos de cotización aplicados se debaten en el propio procedimiento administrativo ante el INSS o al impugnar ante los órganos del orden social las decisiones de esta entidad. Se desconoce además la distribución de las competencias que entre los organismos gestores se establece en los artículos 57, 58 y 63 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con los RRDD 2583/1996 y 1314/1984, pues la TGSS no puede pronunciarse sobre los efectos de los periodos de cotización en la acción protectora, competencia que corresponde en exclusiva al INSS. Lo contrario llevaría a conclusiones absurdas contrarias a la economía y la coherencia, pues ante cualquier discrepancia sobre los datos en materia de alta o de cotización habría que iniciar una reclamación ante la TGSS de forma sucesiva o simultánea al



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2897

Madrid, 23 de noviembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

procedimiento de reconocimiento de la prestación ante el INSS.

Lo que, en su caso, tendría que haber hecho el demandante, aparte de accionar frente a la resolución del INSS, es impugnar de forma directa e inequívoca la baja de oficio acordada por la Tesorería General de la Seguridad Social, pero no es esto lo que ha hecho en las actuaciones que han dado lugar a la sentencia a que se atribuye el error. Si hay algún error, éste no es imputable a los órganos judiciales, sino a la propia parte que no ha ejercitado la acción adecuada y no puede trasladar esa equivocación a los órganos judicia-

les que se han limitado a pronunciarse sobre sus pretensiones en la forma en que han sido planteadas.

Procede, por tanto, la desestimación de la demanda, sin que haya lugar a la imposición de costas, al tener reconocido el demandante el beneficio de justicia gratuita.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Desestimamos la demanda de error judicial interpuesta por D. Na-

zario, en relación con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de octubre de 2.004, dictada en el recurso de suplicación acumulados núm. 3666 y 4664/2004, interpuesto por el hoy demandante por error judicial frente a las sentencias de la Sala de lo Social del Juzgado de lo Social de Madrid de 29 de diciembre de 2.003 y 25 de febrero de 2.004, seguidos a instancia del recurrente frente a PANADERIA Y BOLLERIA ESCORIAL S.A., TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre seguridad social. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.

TEAC dictada en un asunto relativo al impuesto especial sobre alcoholes y bebidas derivadas. La Sala considera que la Administración no puede girar liquidación al depositario autorizado responsable si, como en el caso aquí enjuiciado acontece, los hechos se consideran delito, ya que en este caso debe esperar a la decisión judicial.

### TS CIVIL

2010/185006

TS Sala 1ª, Sentencia 19 julio 2010.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

#### Deficiencias constructivas graves constitutivas de ruina funcional

El TS desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia de apelación que, al igual que la de primera instancia, consideró debidamente acreditada tanto la existencia de los defectos constructivos como la calificación de los mismos como constitutivos de ruina funcional, entendiendo asimismo que los defectos, respecto de todas las comunidades de propietarios demandantes, se habían producido dentro del plazo decenal de garantía. El TS confirma que los desperfectos que han quedado acreditados, tales como el desprendimiento de numerosas plaquetas exteriores y de las piezas de alicatado de varios patios, así como la presencia de olores en las cocinas y baños, desconchados de pintura, despegue del canalón, hundimiento del acerado y otras fisuras, humedades y grietas, trascienden de meras imperfecciones corrientes haciendo penosa la normal utilización y habitabilidad del inmueble, convirtiendo su uso en irritante o molesto y en tal sentido han de ser reputadas deficiencias graves constitutivas de vicios ruinosos.

### TS PENAL

2010/152996

TS Sala 2ª, Sentencia 14 julio 2010.  
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

#### Delito de homicidio en grado de tentativa: anomalía psíquica

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delito de homicidio en grado de tentativa. El TS dicta segunda sentencia por la que acuerda establecer una medida de seguridad para el condenado a fijar en ejecución de sentencia, ya que consta que padece un trastorno mental de considerable repercusión en sus facultades intelectivas y que genera un grave riesgo para la ciudadanía, por lo que se hace también necesario someterlo al tratamiento médico adecuado para tratar de conseguir su sanidad en los términos y bajo las disposiciones reguladoras previstas legalmente.

2010/122300

TS Sala 2ª, Sentencia 4 mayo 2010.  
Ponente: D. Joaquín Giménez García

#### Calificación de asesinato al tratarse de una agresión sorpresiva y sin posibilidades de defensa

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sen-

tencia dictada en causa seguida al mismo por delitos de asesinato, quebrantamiento de condena y atentado. El TS verifica que la Sala de instancia establece que la agresión fue sorpresiva y sin posibilidades de defensa para la víctima, haciendo referencia en primer lugar a la propia declaración del recurrente cuando en el contexto de las "voces" que oía reconoce haber tirado al suelo a una persona y golpearla en la cara. Y también se refirió a la pericial médica que indica que la víctima fue objeto de un ataque brutal y reiterado en la cabeza no apareciendo en la víctima lesiones típicas de defensa, por lo que concluyeron que en su opinión no pudo defenderse.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/133491

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 3 junio 2010.  
Ponente: D. Angel Aguillo Avilés

#### Nulidad de la liquidación del impuesto efectuada sobre hechos aparentemente delictivos

El TS, que ha lugar al recurso de casación, casa y revoca la sentencia de la AN impugnada y, en su lugar, estima el recurso contencioso-administrativo, anulando la resolución del

### TS SOCIAL

2010/145250

TS Sala 4ª, Sentencia 1 julio 2010.  
Ponente: D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

#### Equiparación de personal laboral y funcionarios en materia de pagas extraordinarias

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la demandada Comunidad de Madrid contra sentencia que declaró el derecho del personal laboral a su servicio a cobrar, dentro de las pagas extraordinarias, una cantidad adicional equivalente a dos tercios del importe del complemento específico que vienen percibiendo los funcionarios públicos. Declara la Sala, entre otros pronunciamientos, que el reconocimiento del derecho del personal laboral de la administración demandada a percibir una paga adicional que equivalga al incremento que pueda experimentar la paga extra de los funcionarios dimana de una ley presupuestaria autonómica, norma de rango superior frente al convenio, de manera que aquélla habría de prevalecer en el caso de que hubiese discrepancia entre una y otro. Excluye, no obstante, el Tribunal de la condena a los sindicatos codemandados, puesto que los mismos no actuaron en el proceso como codemandados sino coadyuvantes.