



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 186/2017

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de junio de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Consejo Insular de Aguas de Lanzarote en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la entidad (...), por daños ocasionados como consecuencia de la de la incautación cautelar de la desaladora, depuradora y la infraestructura de su propiedad (EXP. 30/2017 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Presidente del Consejo Insular de Aguas de Lanzarote, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, iniciado el 9 de junio de 2016 a instancias de la mercantil (...) por los daños sufridos como consecuencia de la incautación cautelar de la desaladora, depuradora y la infraestructura de su propiedad ubicadas en la parcela n° 43 de (...), acordada mediante Resolución del Presidente del Consejo Insular 78/14, de 17 de septiembre.

2. Se reclama una indemnización total de 1.230.000,32 euros. Esta cantidad determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Presidente del Consejo Insular de Aguas para solicitarlo, coincidente con el Presidente del Cabildo Insular por aplicación del art. 15 de la Ley 12/1990, de 25 de julio, de Aguas que determina que los presidentes de los consejos insulares de aguas serán los presidentes de los Cabildos correspondientes, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); la cual es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4. Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, ya expirado; sin embargo, aun fuera de plazo, la Administración está obligada a resolver expresamente en virtud de los arts. 42.1 y 43.1 y 3, b) LRJAP-PAC en relación con el art. 142.7 de la misma.

5. En la tramitación del procedimiento no se aprecia que se haya incurrido en irregularidades formales que obstan a un dictamen de fondo. En particular, además de los escritos y documentos aportados por el interesado, consta que se han recabado distintos informes, entre ellos, de la entidad que se hizo cargo de la gestión tras la intervención de las instalaciones, y se dio el preceptivo trámite de audiencia.

II

1. Los hechos por los que se reclama son los siguientes:

- Por Resolución 78/2014, de 17 de septiembre, el Presidente del Consejo Insular de Aguas de Lanzarote acordó incautar la desaladora, depuradora y la infraestructura, propiedad de (...), por ser necesarias para abastecer de agua a la (...), como medida cautelar en el expediente sancionador incoado contra dicha mercantil.

- Mediante Resolución 79/2014, de ese mismo día, el Gerente del Consejo Insular de Aguas cedió a la entidad (...) las infraestructuras incautadas, con el fin de que gestionara el ciclo integral del agua en la (...) hasta que se pusiera fin a la medida de incautación cautelar.

- En el curso de la jornada del 18 de septiembre de 2014, los agentes del Consejo Insular de Aguas tomaron posesión de la desaladora, cambiaron las cerraduras de acceso a las instalaciones de (...). Desde esa fecha, el Consejo Insular de Aguas, a

través de (...) gestionó la planta y prestó provisionalmente el servicio de abastecimiento de agua a los vecinos de (...).

- (...) impugnó la vía de hecho cometida con motivo de la incautación, así como las Resoluciones 78/2014 y 79/2014, solicitando de los juzgados y tribunales de lo contencioso administrativo su suspensión cautelar.

- El TSJ de Canarias acordó la suspensión cautelar tanto de la medida de incautación provisional, como de la cesión a (...) de la infraestructura incautada, ordenando al Consejo Insular de Aguas la restitución de la depuradora y la adopción de las medidas necesarias para ello (Sentencias del TSJ de Canarias de 17 y 26 de junio de 2015).

Las Sentencias suspendieron tales medidas al carecer la incautación de base normativa y ser la cesión mera ejecución de aquélla, añadiendo el TSJ que la explotación de la planta se realizaba mediante autorización del Consejo Insular de Aguas que no había sido revocada, que la incautación fue ejecutada sin autorización judicial y que existe una evidente desconexión entre las infracciones que se decían cometidas y las medidas provisionales adoptadas.

- Mediante Decreto 64/2015, de 14 de septiembre, el Presidente del Consejo Insular de Aguas resolvió el expediente sancionador, imponiendo a (...) dos sanciones de 600,00 € por dos infracciones leves y una sanción de 6.000,00 € por una infracción menos grave.

- El Consejo Insular de Aguas de Lanzarote procedió a la restitución de la planta depuradora el día 15 de octubre de 2015, poniendo fin a la medida cautelar de incautación.

- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, mediante Sentencia de 26 de mayo de 2016, ha declarado la nulidad de la Resolución 78/2014, de 17 de septiembre, de incautación cautelar de la planta, al apreciar gravísimas ilegalidades en su adopción y ejecución. La sentencia concluye que las sanciones leves y menos graves propuestas en el expediente sancionador en modo alguno podían justificar una medida cautelar tan extrema y gravosa como la incautación, que la misma respondía más bien a una finalidad punitiva, que se vulneró el derecho de defensa de (...) al adoptarse la incautación sin respetar el trámite de audiencia y que la misma no está expresamente prevista en las normas citadas por el Consejo Insular de Aguas.

- La incautación cautelar de la planta ha provocado a (...) unos perjuicios que a juicio de esa mercantil no tiene el deber de soportar, por lo que solicita una indemnización de los daños sufridos.

2. Entiende la interesada que:

«En el presente caso concurren ambos títulos de imputación de los daños. La medida de incautación ha sido suspendida cautelarmente por el TSJ de Canarias y declarada nula por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas de 26 de mayo de 2016. En ambos casos los tribunales han apreciado la manifiesta ilegalidad de la incautación, de lo que se deduce la necesidad de resarcir los perjuicios ocasionados por tal medida incluso antes de conocer los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la misma. Pero aun ignorando esa expresa declaración de nulidad, la conclusión sería la misma, pues la incautación coactiva de una propiedad y un negocio privados, aun cuando no fueran ilegales, seguirían siendo susceptibles de una reclamación de responsabilidad patrimonial. Y es que en este supuesto concurren claramente todos los requisitos exigidos para que surja el deber de indemnizar de la Administración: existe un acto lesivo del Consejo Insular (la incautación cautelar de la planta e instalaciones), unos perjuicios económicos y de otro tipo que ha sufrido (...) y se da relación de causalidad entre el acto lesivo y los daños padecidos:

a) En cuanto a los daños, es evidente que una medida tan extrema como la incautación forzosa de una planta produce siempre una lesión efectiva y evaluable económicamente. No se trata sólo de la desposesión de la planta e instalaciones desde que se produjo el asalto a la fuerza hasta su restitución, sino del cese forzoso del ejercicio de una legítima actividad comercial, la pérdida de los beneficios inherentes a la misma, los costes de personal y amortización que (...) tuvo que asumir sin poder explotar la planta y el daño al crédito e imagen de la empresa ante Administración, usuarios y opinión pública.

b) El daño es individualizado. (...) es la mercantil propietaria de la planta y la titular de la actividad económica que se desarrollaba en la misma hasta la incautación. Es, por tanto, la sociedad que ha sufrido directa e inmediatamente los perjuicios.

c) El carácter antijurídico de la lesión padecida es evidente y para comprobarlo sólo hace falta leer las distintas resoluciones judiciales que han suspendido cautelarmente y finalmente anulado la medida cautelar de incautación. Los tribunales de lo contencioso-administrativo han declarado que la incautación carece de base legal, que “(...)” tiene autorización para explotar la planta, que la medida fue desproporcionada y se llevó a efecto vulnerando los derechos de defensa de esta mercantil. Ninguna duda cabe, por tanto, de que “(...)” no tiene ninguna obligación de soportar los perjuicios ocasionados por la misma.

Aún en la hipótesis de que el daño hubiera sido consecuencia de una actuación conforme a derecho de la Administración también habría que indemnizar el daño, puesto que el

aseguramiento de la resolución sancionadora no puede hacerse a costa del sujeto afectado cuando causa daños que el particular no tiene el deber jurídico de soportar.

d) Los daños producidos están objetivamente acreditados en las alegaciones que formulamos y los documentos que acompañamos a este escrito y los mismos son directamente imputables al Consejo Insular de Aguas de Lanzarote, pues fue ese organismo autónomo el que acordó y ejecutó la incautación de la planta e instalaciones.

e) Existe relación de causa a efecto entre la incautación de la planta y el daño producido, porque los daños que se aducen en este escrito tienen su origen inmediato y directo en el acuerdo y ejecución de la medida de incautación, sin intervención de ningún tercero o causa ajena.

- La indemnización que se solicita debe cubrir íntegramente el daño efectivamente producido y comprende las siguientes cantidades, calculadas con referencia a la fecha de producción del daño, conforme al artículo 141.3 de la Ley 30/1992:

a) Lucro cesante: 119.481,15 €

(...)

b) Costes laborales: 346.753,00 €

(...)

Año 2014 Año 2015 Total

Costes personal 108.581,69 € 258.417,76 € 366.999,45 €

(...)

c) Costes de elementos de inversión: 346.990,00 €.

(...)

d) Daños en las instalaciones durante la incautación: 416.776,17 €.

Gastos desalación	407.976,00 €
Presupuesto depuración	8.800,17 €
Total	416.776,17 €

(...)

e) Conclusión.

Por lo tanto, la indemnización total que reclama “(...)” asciende a la cantidad de 1.230.000,32 € (119.481,15 € + 346.753,00 € + 346.990,00 € + 416.776,17 €), sin perjuicio de los intereses de demora que se devenguen hasta el pago de la misma».

3. Obra en el expediente la siguiente documentación relevante:

- Informe del Director General de Aguas, recibido el 4 de febrero de 2016 por parte del Cabildo Insular, en relación con la venta de agua por la entidad (...) en el que se indica que:

«La entidad mercantil (...), teniendo en cuenta los hechos relatados por el Consejo Insular de Lanzarote, y presumiendo su certeza, dispone de unas Instalaciones sitas en la parcela nº 43 de (...), en las que cuenta con una planta desaladora de agua de mar con capacidad de producir 4.350 metros cúbicos de agua desalada por día, que no solo abastece al complejo turístico de su propiedad ubicado en dicho lugar, sino que además vende tal recurso industrial a otros particulares demandantes del mismo. Conforme a la legislación vigente en esta materia que resulta de aplicación, esa venta de agua requiere de una concesión de servicio público otorgada mediante concurso público por el Consejo Insular de Aguas de Lanzarote, mediante el procedimiento establecido en el artículo 75 y siguiente del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por Decreto 86/2002, de 2 de julio, y estará sujeta a una tarifa del agua que será fijada en dicho título habilitante o independientemente del mismo por el citado organismo autónomo. Por ello, dicho organismo autónomo deberá evitar la venta de agua no amparada por título concesional, adoptando las medidas necesarias tendentes a impedir que continúe la venta ilegal y para garantizar el suministro legal de agua, así como determinar las actuaciones que en legalidad procedan para garantizar la venta de agua con precio autorizado».

- Decreto 17/2016, de 14 de marzo de 2016, del Consejo Insular de Aguas de Lanzarote por el que se acordó la extinción y revocación de la autorización para autoconsumo otorgada mediante Decreto 66/04 a la entidad (...) para el autoabastecimiento de agua del complejo de su propiedad.

- Informe del (...) sobre los posibles daños acaecidos en las instalaciones.

- Informe de los servicios jurídicos del Cabildo en el que, a la vista de los informes y documentos contenidos en el expediente administrativo, considera que no existe responsabilidad.

4. En el trámite de alegaciones la interesada alega lo siguiente:

«-Entiende que el Cabildo pretende ignorar la realidad de los hechos que es la de una planta de titularidad privada, ubicada en una finca propiedad de (...) y que fue incautada por el Consejo Insular de Aguas, por la fuerza y mediante una actuación que los juzgados y tribunales del orden penal han apreciado como constitutiva de delito (Auto de la Audiencia

Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 23 de junio de 2015) y que los juzgados y tribunales de lo contencioso han suspendido cautelarmente primero y luego anulado, al carecer de base jurídica, vulnerar los derechos de defensa, resultar desproporcionada y haberse ejecutado sin autorización judicial (Sentencias TSJ de Canarias de 17 y 26 de junio de 2015 y Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 4 de Las Palmas de Gran Canaria de 26 de mayo de 2016, documentos n° 2, 4 y 5 de la reclamación). Esta gravísima actuación administrativa, que ha privado a la mercantil de gestionar su planta durante 13 meses, ha producido unos perjuicios que (...) no tiene lógicamente el deber de soportar y que son los que se reclaman en este expediente.

El hecho decisivo es que (...) nunca fue recepcionada por el Ayuntamiento de Yaiza, circunstancia que acredita que la titularidad y gestión de la planta siempre han sido de (...), dentro de su deber general de conservación, funcionamiento y mantenimiento de la urbanización como promotor de la misma (artículos 138 y 139 del Decreto canario 183/2004, de 21 de diciembre).

Que el Plan de 2014 que invoca el Cabildo califique el sector 43 como de dominio público y establezca que “la planta potabilizadora de Playa Blanca se ha considerado de dominio público dado que una vez se reciba la urbanización tendrá tal condición” es intrascendente por las mismas razones antes mencionadas. Cuando un Plan califica una parcela como de dominio público no prejuzga la titularidad de la parcela, sino únicamente su destino a un uso o servicio público, que sólo se produce, como expresamente reconoce el Plan en el extremo subrayado, en el momento de la recepción de la urbanización, que no se ha producido, de modo que la parcela sigue sin tener condición pública en estricta aplicación del propio plan y de los preceptos recién mencionados.

Ese mismo Plan incorpora un Convenio Urbanístico que fue firmado el 1 de agosto de 2014 por la Comunidad Autónoma, el propio Cabildo Insular de Lanzarote y (...) y que establece de común acuerdo los términos en que se haría la entrega de la urbanización y las instalaciones pasarían a ser públicas. Ese Convenio, en cuanto parte íntegramente del Plan, vincula a todas las Administraciones Públicas, en particular al Cabildo que lo firmó y prueba definitivamente que la planta sigue siendo de propiedad privada. Por tanto, desde el punto de vista de los hechos, desde una perspectiva estrictamente jurídica y atendiendo a los actos propios y convenios firmados por del Cabildo es sencillamente inadmisibles que se afirme que la planta es de titularidad pública.

- En relación al segundo argumento del informe jurídico [que (...) carece de concesión de servicio público para el abastecimiento y de concesión de dominio público hidráulico para la venta de agua] también es rechazado porque ignora la realidad de los hechos y las constantes y reiteradas resoluciones judiciales recaídas en esta misma controversia.

El (...) gestiona la planta desaladora de forma pacífica desde el año 1988, con el conocimiento, consentimiento y autorización de todas las autoridades públicas. Lo hace en su condición de promotor de (...), en estricto cumplimiento de las disposiciones del Plan Parcial (artículo 8.1.1) y dentro de su deber general de conservación, funcionamiento y mantenimiento de la citada urbanización hasta que la misma sea recepcionada por el Ayuntamiento de Yaiza. Es por tanto irrelevante afirmar que el servicio de abastecimiento es público y tiene que ser prestado por el Ayuntamiento o su concesionario, cuando en este caso es evidente que (...) solo suministra agua a los vecinos de la urbanización y en virtud de una obligación impuesta, conocida y consentida por las Administraciones Públicas.

Desde 1988, el Consorcio -del que forma parte el Cabildo de Lanzarote- fue autorizando expresamente y sin solución de continuidad las sucesivas ampliaciones de la planta. Todas las autorizaciones concedidas justifican la existencia de una planta potabilizadora de iniciativa y propiedad privada porque la red pública no llega a la urbanización y todas ellas indican que la finalidad de la planta es abastecer de agua al complejo turístico propiedad de mi mandante. Las autorizaciones fueron concedidas, además, hasta que se conectasen las infraestructuras públicas a las instalaciones construidas por (...) como agente urbanizador, hecho que a fecha de hoy sigue sin producirse. De modo que es evidente que en el momento de la incautación la autorización seguía vigente.

Lo anterior no es mera afirmación de parte interesada, sino la conclusión a la que han llegado los tribunales en este mismo supuesto. La Sentencia del TSJ de Canarias de 17 de junio de 2015 declaró que en el momento de la incautación la explotación de (...), se llevaba a cabo mediante la oportuna autorización del Consejo Insular de Aguas, concesión cuya extinción sólo podía ser declarada de forma expresa y en expediente contradictorio con audiencia de los interesados, circunstancia que no se había producido.

Y frente a todo lo anterior no cabe aducir obviamente que por Decreto 17/2016 se ha extinguido la autorización otorgada a (...) para explotar la planta, porque esa resolución es posterior a la incautación y está impugnada en el recurso 190/2016 pendiente ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria. Y tampoco cabe oponer que por Decreto 64/2015 se ha impuesto a (...) una sanción por vender agua sin ser concesionario, porque esa resolución también es posterior a la incautación y, por tanto, al daño que se reclama en este expediente. Ello sin perjuicio de añadir que tal decreto archivó el expediente sancionador incoado a (...) por una pretendida infracción de actuar sin título administrativo para la producción de agua industrial sin autorización, lo que supone un reconocimiento expreso de la existencia de autorización y que, en todo caso, ese decreto también ha sido impugnado por la mercantil que represento en el recurso 538/2015, pendiente ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, al resultar el mismo manifiestamente contrario a derecho.

- El tercer argumento del informe de la Asesoría Jurídica lo considera absurdo, porque alude a la “legalidad de la resoluciones impugnadas”, cuando (...) no ha impugnado en este expediente ninguna resolución. El contenido del alegato es si cabe más ilógico, pues el Cabildo aduce que aun cuando la incautación fuera declarada ilegal, no habría lugar a resarcir ningún daño dado que la entidad no podía ejercer la actividad a la que dice tener derecho, al carecer de licencia de actividad y evaluación de impacto ambiental.

Para rechazarlo, bastará tener en cuenta que:

a) El informe de la Asesoría Jurídica del Cabildo parte de una mera hipótesis, que la incautación no sea declarada definitivamente ilegal, cuando lo cierto es que además de la Sentencia no firme del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo de 26 de mayo de 2016, que declaró la nulidad de la medida de incautación, existen ya dos pronunciamientos definitivos del TSJ de Canarias que han declarado su manifiesta improcedencia por razones de fondo.

b) El Cabildo parece no haber leído las sucesivas resoluciones del Consorcio, del que forma parte, que han ido autorizando las sucesivas ampliaciones de la planta, ni tampoco las determinaciones del Plan Parcial (...) que justifican la existencia de la desaladora. A la vista de los mismos, hablar de falta de licencia o de evaluación de impacto ambiental se califica por sí mismo.

c) Aun ignorando lo anterior, la conclusión del Cabildo sería manifiestamente irrazonable, porque la planta lleva funcionando desde hace más de 25 años con plena normalidad, el consentimiento, el conocimiento y la autorización de las autoridades públicas, incluido el Cabildo, que en todo este tiempo nunca alegaron ni denunciaron que la planta careciera de licencia de actividades y evaluación de impacto ambiental. Ni siquiera durante los 13 meses en que la planta fue gestionada por el Consejo Insular a través de (...) se solicitó las licencias y autorizaciones que se citan, por lo que el argumento además de inconsistente es absolutamente incoherente de nuevo con los actos de la Administración.

En definitiva, afirmar que no hay actuación ilícita de la Administración que ha generado el daño porque la entidad no puede ejercer la actividad supone una vez más ignorar las resoluciones judiciales que han recaído en este mismo caso, los actos propios del Cabildo y, en fin, admitir una gravísima irresponsabilidad en el ejercicio de las funciones administrativas.

- Al margen de los argumentos anteriores, la Asesoría Jurídica del Cabildo de Lanzarote no discute los requisitos de la responsabilidad patrimonial (daño efectivo, económicamente evaluable e individualizado, lesión antijurídica y relación de causalidad), sino solo las partidas de daños reclamados».

5. La Propuesta de Resolución que se nos somete a dictamen, en vista de los informes aportados, rechaza la solicitud de indemnización presentada por (...) al

entender que no se dan los requisitos exigidos para que surja la obligación de indemnizar: no hay daños en las instalaciones, ya que de los informes técnicos remitidos por la entidad (...) y de las actas notariales de la entrega y recepción de las instalaciones se desprende que no se ha producido ningún daño, sino que, por el contrario, se han realizado mejoras; no hay daño evaluable pues dado que la actividad es ilegal no cabe evaluar económicamente el cese de la misma que era obligado; no hay lesión antijurídico pues aquel que ejercita una actividad ilegal tiene el deber de soportar su clausura y, por último, tampoco hay nexo causalidad entre la incautación y el daño, pues el cese de la actividad es consecuencia de la ausencia de títulos y no de la incautación.

Apoya tales conclusiones en la siguiente argumentación:

5.1. Sobre el carácter de dominio público de las instalaciones intervenidas.

«El Plan General de Ordenación Urbana de Yaiza aprobado de forma definitiva el 29 de julio de 2014, y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia núm. 158, de 18 de agosto de 2015 dispone que la parcela 43 Sector T1 y la parcela 122 Sector R3 del Plan Parcial (...), donde se ubican las instalaciones, tienen la consideración de infraestructura hidráulica de dominio público. Así aparece referenciado en las Fichas de Parámetros y Condiciones Específicas de dicho Plan y, tal como se precisa en el mismo, los parámetros y condiciones singulares de las parcelas reflejadas como de ordenación específica en los planos de ordenación pormenorizada son los establecidos en estas fichas anexas. Insta a recordar que las fichas urbanísticas prevalecen a cualquier otro documento del Plan.

Con ello, el PGOU de Yaiza no hace sino reconocer la naturaleza o carácter demanial que ya ostentaba la parcela 43 sector T1 y la parcela 122 sector R3, en cuanto terreno dotacional cedido al Ayuntamiento al aprobarse el Proyecto de Compensación y destinado a instalaciones que prestan servicios públicos esenciales.

Dicho de otro modo: las instalaciones de depuración, abastecimiento de agua y desalación de (...), desarrollada mediante el sistema de compensación, son dotaciones públicas destinadas a un servicio público esencial, y cedidas al Ayuntamiento en el momento de la aprobación del Proyecto de Compensación, sin perjuicio de que se pueda autorizar su gestión privada -"en precario", como expresamente decían las autorizaciones- para el autoabastecimiento mediante autorización otorgada por el Consejo Insular del Agua.

La cesión de las dotaciones públicas al Ayuntamiento, se produjo *ex lege* en el momento de la aprobación del Proyecto de Compensación, esto es, el 13 de junio de 1988.

Obra en el expediente las fichas que determinan que es dominio público.

No cabe confundir como hace la entidad (...) el momento en que se produce la cesión de las dotaciones públicas con el momento en el que se produce la recepción de la urbanización.

Desde que se aprueba el proyecto de compensación se produce la cesión de las dotaciones públicas, las cuales, si bien son propiedad de la Administración, los gastos de su mantenimiento corren a cargo del promotor hasta la recepción de la urbanización.

Así, la normativa que resultaba aplicable en el momento en que se aprobó el Proyecto de Compensación (que fue aprobado por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Yaiza en sesión celebrada el día 13 de junio de 1988), era la legislación estatal, ya que la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias no se aprobó hasta el 13 de mayo de 1999 (Ley 91/1999, posteriormente incluida en el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias aprobado por Decreto Legislativo 1/2000)».

De lo expuesto por la Propuesta de Resolución que se dictamina afirma que se desprende que: «en el caso de (...), una vez aprobado el Proyecto de Compensación, se produjo la cesión ex lege, gratuita y libre de cargas y gravámenes, a favor del Ayuntamiento de Yaiza de los terrenos sobre los que habían de construirse las instalaciones afectas a la prestación de los servicios públicos.

Desde ese momento tales terrenos quedaron de inmediato incorporados a las dotaciones públicas de titularidad municipal y las instalaciones de depuración, saneamiento y desalación de agua, en cuanto afectas a la prestación de servicios públicos esenciales, adquirieron la condición demanial».

En suma, concluye que «las instalaciones de depuración y desalación formaban parte de las dotaciones públicas de titularidad municipal adscritas a la prestación de servicios públicos y, por consiguiente, son de carácter demanial desde el momento en que se aprobó el Proyecto de Compensación y no, por el contrario, cuando se recibe la urbanización. En definitiva, no son bienes propiedad de (...)».

5.2. Sobre la ilicitud e imposibilidad de que (...) realice la actividad de venta de agua y de abastecimiento domiciliario de agua.

La Propuesta de Resolución manifiesta categóricamente que (...) carece de concesión de servicio público para el abastecimiento, pese a que entienda, erróneamente, tal entidad que se intervino un negocio privado y una actividad económica lícita y que no necesite concesión de abastecimiento.

En opinión de la Propuesta de Resolución:

«El abastecimiento de agua a poblaciones se caracteriza por su configuración como servicio público local de titularidad pública y responsabilidad pública, declarado así por la Ley.

En el caso de Lanzarote el servicio de abastecimiento y depuración domiciliaria de agua está delegado en el Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote, el cual a su vez gestiona el servicio en la Isla de Lanzarote a través de un concesionario.

El Consorcio de Agua de Lanzarote, creado con fecha 14 de octubre de 1975, es un Ente local no territorial formado por el Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote y los siete Ayuntamientos de la Isla, inscrito en el Registro de Entidades Locales con número de registro 0835002 y fecha de inscripción de 15-02-2010.

En efecto, el Consorcio de Aguas de Lanzarote lleva a cabo la actividad de abastecimiento y depuración de agua mediante gestión indirecta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.2 apartado b) de la LBRL, en concreto, el Consorcio de agua de Lanzarote con fecha 5 de abril de 2014 adjudicó el contrato de concesión de la gestión de los Servicios de Abastecimiento de Agua, Saneamiento (alcantarillado y depuración) y Reutilización de la isla de Lanzarote a la entidad (...), que desde dicho instante presta el servicio en toda la Isla de Lanzarote.

Cabe indicar que la entidad (...) no tiene ninguna concesión de servicio público que le permita realizar el abastecimiento domiciliario de agua, de lo que se desprende que la actividad que realiza es ilegal. Precisamente, la actividad de abastecimiento de agua es una actividad reservada a la Administración, monopolística, excluida del sector privado, razón por la cual la actividad de abastecimiento realizada por (...) es una actividad ilegal y que no puede realizar.

Por tanto difícilmente se puede indemnizar por una actividad que es ilegal y que carece de los títulos habilitantes».

5.3. (...) carece de concesión de dominio público hidráulico para la venta de agua.

«Entiende la entidad (...) que ostenta una concesión. Dicha afirmación no es correcta. (...) tenía una autorización para autoconsumo y la misma también ha sido revocada.

Existen claras diferencias entre la autorización y la concesión: en primer lugar, la autorización solo faculta para el autoconsumo; es decir, para producir agua destinada al consumo del propietario de la autorización; por el contrario, la concesión faculta para vender agua a terceros no propietarios o titulares de la concesión. En segundo lugar, la autorización se adjudica directamente y la concesión requiere para su otorgamiento un concurso público. En tercer lugar, la autorización dado que solo permite la producción para consumo de su propietario no requiere la aprobación de tarifas; la concesión, por el contrario, dado que faculta para la venta a terceros, ha de tarifarse conforme a tal precepto legal. Además, si la venta se destina al abastecimiento domiciliario de agua, como es el caso, se requiere, además, una concesión de servicio público.

Del expediente se desprende que (...) únicamente tenía autorización para el autoconsumo, nunca concesión para la venta. Sin duda alguna se puede afirmar que la entidad (...) jamás ha contado con una concesión para la venta de agua a terceros y ello por las siguientes razones constatadas en los hechos.

En primer lugar, el acto administrativo es tal y como indica el mismo, una AUTORIZACIÓN.

Tal y como se desprende de la autorización, esta tiene como objeto “el abastecimiento del complejo turístico propiedad de (...)”. Y no cabe duda, dadas las facturas emitidas que vende agua y abastece domiciliariamente de agua a propiedades que no son de (...).

En segundo lugar, es la propia (...) la que en sus escritos, contradiciéndose expresamente con lo que ahora dice, entendía que no tenía y no necesitaba concesión y afirmando que no vendía agua a terceros.

En tercer lugar, no pueden tener concesión porque nunca ha habido un concurso público en el que se le adjudique la misma. Al contrario, la autorización se le concede a dedo directamente.

En cuarto lugar, si tuviera concesión el título concesional debiera haber fijado las tarifas por la venta.

Por el contrario, no solo no tiene tarifas sino que la solicitud de las mismas le fue denegada.

En definitiva, para la venta de agua a terceros es necesaria una concesión y la aprobación de tarifas y (...) no tiene ni una ni otra.

Del expediente se deduce con claridad que (...) no tiene concesión hidráulica para la venta de agua.

Precisamente, con fecha 14 de septiembre de 2015 el Consejo Insular de Aguas de Lanzarote ha dictado el Decreto 64/2015 en el que se impone a la entidad (...) una sanción por vender agua sin ser concesionario, incumplir los requerimientos de este Consejo y obtener un lucro ilegítimo, igualmente como medida de restablecimiento se impuso el cese de la actividad de producción y venta de agua y finalmente se exigía la obligación restituir la cantidad de 1.734.647,03 euros por beneficios ilícitamente obtenidos.

En efecto, en cualquier caso y como medida de restablecimiento de la legalidad, el ejercicio de una actividad, en este caso, la venta de agua o el abastecimiento domiciliario sin título habilitante, lleva aparejada de forma inmediata como medida de restablecimiento la clausura de la misma y el cese de la actividad».

De lo expuesto la Propuesta de Resolución se desprende que: «Independientemente de la ilicitud o no de la incautación (cuestión esta que está

pendiente de resolver pues la sentencia que anula la medida ha sido recurrida), que (...) no puede ejercer la actividad de abastecimiento de agua y de venta a terceros de agua y ello porque no tiene, ni puede tener, los títulos habilitantes, como son una concesión de servicio público y una concesión hidráulica.

Del mismo modo, con fecha 14 de marzo de 2016, el Consejo Insular de Aguas de Lanzarote dictó Decreto 17/2016 en el que se acordaba la extinción y revocación de la autorización para autoconsumo otorgada mediante Decreto 66/04 a la entidad (...) para el autoabastecimiento de agua del complejo de su propiedad.

Precisamente, el ejercicio de una actividad, la venta de agua o el abastecimiento domiciliario sin título habilitante lleva aparejada de forma inmediata como medida de restablecimiento la clausura de la misma y el cese de la actividad. Dado que no cabía el ejercicio de la actividad no existe daño antijurídico ni la incautación tiene virtualidad para realizar daño alguno».

5.4. Sobre ilegalidad de las resoluciones impugnadas, sobre la ausencia de otros títulos necesarios para la actividad y sobre la ausencia de lesión antijurídica y nexo causal.

«Entienden los servicios jurídicos que en el hipotético caso de que la medida cautelar de intervención/incautación fuera definitivamente declarada ilegal (ilegalidad que todavía no ha sido declarada pues la Sentencia de 26 de mayo de 2016 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 dictada en el procedimiento 362/2014 no es firme pues la misma ha sido recurrida) cabe indicar que, en todo caso, al realizar (...) una actividad ilegal, como el abastecimiento de agua domiciliaria y la venta a terceros, lo procedente era y es el cese de la actividad por carecer de los títulos habilitantes.

Del mismo modo, mediante Decreto 17/2016 de fecha 14 de marzo de 2016 se decretó por parte del Consejo Insular de Aguas la extinción y revocación de la autorización que para autoconsumo tenía (...), motivada por numerosas razones, en concreto, por carecer de licencia de actividades clasificadas para la desaladora e, igualmente, por carecer de evaluación de impacto ambiental.

En efecto, la ausencia de cualquiera de los títulos que le habilitan para el ejercicio de la actividad supone que no puede ejercer la actividad y si no puede ejercer la actividad, porque era y es ilegal, no cabe indemnización alguna.

No hay pues nexo causalidad entre la incautación y el daño, pues el cese de la actividad es consecuencia de la ausencia de títulos y no de la incautación. No hay lesión antijurídica pues aquel que ejercita una actividad ilegal tiene el deber de soportar su clausura. No hay daño evaluable pues dado que la actividad es ilegal no cabe evaluar económicamente el cese de la misma que era obligado. Pero es que, como vamos a ver tampoco existen daños».

6. La Propuesta de Resolución analiza también los daños que la reclamante indica haber sufrido como consecuencia de la incautación de la desaladora, la depuradora y las demás instalaciones de su propiedad, para determinar como se indica en el párrafo anterior, la inexistencia de daños. Según la Propuesta de Resolución no debe indemnizar a la reclamante por el lucro cesante al carecer de título habilitante para vender agua y por lo tanto realizar una actividad ilegal; no puede reclamar costes laborales de trabajadores que han seguido realizando sus funciones para la empresa pudiendo suponer un enriquecimiento injusto de (...) en caso de abonársele; la amortización de capital se ha seguido produciendo y consta en las cuentas de la mercantil como minoración en su cuenta de pérdidas y ganancias; y por último, no han existido ni daños ni averías en los elementos de producción o distribución del agua conforme a lo señalado en las actas notariales de entrega de los elementos incautados.

Por último, señala la Propuesta de Resolución que la ausencia de cualquiera de los títulos que le habilitan para el ejercicio de la actividad supone que no puede ejercer la actividad y sí no puede ejercer la actividad, porque era y es ilegal, no cabe indemnización alguna.

III

La entidad interesada reclama, en resumidas cuentas, por los daños sufridos como consecuencia de la incautación cautelar de la desaladora, la depuradora y la infraestructura ubicada en la parcela 43 de (...), acordada mediante resolución del Consejo Insular de Lanzarote 78/14 de 17 de septiembre, de cuyas instalaciones se considera propietaria y titular de la actividad económica que desarrolla en la misma.

Considera la interesada que el acto de incautación cautelar de las instalaciones (contenido en la Resolución del Consejo Insular de Lanzarote 78/2014, de 17 de septiembre) es antijurídico ya que la Sentencia de 26 de mayo de 2016 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 la declara nula.

No obstante lo anterior, según el art. 142.4 LRJAP-PAC, la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización y que, si lo fuera, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva.

En este caso, la Sentencia que anuló el acto no es definitiva al haberse apelado por el Consejo Insular de Aguas ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dando lugar al procedimiento 241/2016, sin que conste que se haya dictado sentencia.

Hasta que la sentencia no sea firme no es posible determinar si existe responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues para llegar a esa conclusión es preciso saber si el acto que motiva la reclamación es definitivamente declarado nulo.

Pero ni siquiera en este supuesto, tal como dispone el apartado 4 del art. 142 LRJAP-PAC, su nulidad presupone, sin más, derecho a la indemnización, sino que habrá de examinarse, además, si concurren todos los requisitos exigidos por la Ley a tales efectos, tal como señala la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2017.

En dicha Sentencia se afirma que la jurisprudencia ha advertido que el art. 142.4 de la Ley 30/1992 no cabe interpretarlo con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad (por todas, sentencia de 16 de febrero de 2010).

Se debe analizar el caso a raíz de los antecedentes señalados y a la vista de los argumentos que en su momento señale la sentencia que confirme, o no, la nulidad de la incautación realizada. Incluso como señala la Sentencia del Tribunal Supremo citada (Sentencia de 25 de abril de 2017) y las que en ésta se mencionan, no bastaría con que se declarara nula la incautación, sino que habría que analizar si esta medida aparece como razonable y razonada y, en consecuencia, la reclamante deberá soportar el supuesto daño producido. Es decir, como señala la STS de 22 de septiembre de 2008, «no basta con la mera anulación para que nazca el deber de reparar, sino que la lesión puede calificarse de antijurídica y, por ende, de resarcible únicamente si concurre un plus consistente en la ausencia de motivación y en la falta de racionalidad del acto administrativo que, a la postre, se expulsa del ordenamiento jurídico».

Sobre la razonabilidad de la resolución administrativa que, posteriormente anulada excluye la antijuridicidad del daño pueden verse también la STS de 8 de abril de 2014 y la de 2 de diciembre de 2009 y en esa misma línea se declara en la Sentencia de 16 de septiembre de 2009, que «la apreciación de que la resolución

anulada a que se imputa el daño por responsabilidad patrimonial es razonable y razonada, excluye la obligación de resarcimiento y genera la obligación del perjudicado de soportarlo, conclusión que se funda en que siendo razonada la decisión, aun cuando fuese posteriormente anulada, no puede concluirse la irrazonabilidad de la mera anulación cuando, como concluye la Sala de instancia en el presente caso, la decisión administrativa comporta una interpretación de los preceptos normativos que no pueden generar la responsabilidad reclamada».

Del anterior razonamiento jurisprudencial se deduce que para entrar a valorar si la nulidad de un acto da derecho a indemnización, como pretende la reclamante, es requisito necesario que exista sentencia definitiva que anule dicho acto, circunstancia que no se da en el presente caso al haberse recurrido en apelación sin que se haya resuelto. Es decir, dicho en otras palabras: que si no hay sentencia anulatoria de carácter definitiva no es posible determinar si existe responsabilidad patrimonial.

A tal razonamiento llegamos, primero, porque si la sentencia definitiva no anula el acto no habrá daño en la medida en que, como hemos argumentado en nuestro DCC 164/2008, «el primer y esencial requisito para la existencia de la responsabilidad patrimonial es que la lesión por la que se reclama sea antijurídica, es decir, que revista el carácter de un daño al particular que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (art. 141.1 LRJAP-PAC). Un acto administrativo es aplicación de la Ley. La Sentencia que confirma la legalidad del primero también es aplicación de la Ley, conque las inconveniencias y desventajas patrimoniales que ocasione el cumplimiento de la ley tienen el deber jurídico de soportarlas los obligados por su mandato. Por esto únicamente las Sentencias y actos administrativos declarados ilegales pueden fundamentar el derecho a ser indemnizado, siempre que concurren los demás requisitos legales (art. 121 de la Constitución; arts. 292 y 293 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, LOPJ; arts. 102.4 y 142.4 LRJAP-PAC; art. 4.2 RPAPRP; arts. 31.1 y 71.1, d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA)».

En suma, la aplicación válida y firme de la Ley, por definición, no es antijurídica y, si no es antijurídica, no da derecho a indemnización.

Pero es que -y esta es la segunda razón- aun en el caso de que la sentencia anulatoria se confirme, convirtiéndose en definitiva, de tal hecho, como dispone

expresamente el art. 142.4 LRJAP-PAC, no se deduce el derecho a ser indemnizado, siendo imperativo conocer los extremos de esa sentencia para poder apreciar si, como expone la abundante jurisprudencia señalada, concurren todos los requisitos exigidos a tal efecto: daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo, para lo que es necesario atender a las peculiaridades del caso, circunstancia que no es posible en toda su extensión sin que se conozca la sentencia anulatoria definitiva, en cuyo momento se podrá examinar las características de razonabilidad de la decisión y a la motivación de esa razonabilidad.

Del razonamiento anterior solo es posible llegar a una conclusión: no se puede entrar en el fondo de la cuestión planteada sin que se dicte sentencia definitiva que confirme la nulidad del acto administrativo que para los reclamantes les causó un daño, pues sin esa sentencia definitiva ni siquiera ha nacido el derecho a reclamar de la entidad interesada conforme al criterio de la “actio nata”.

De esa manera se manifiesta la Sentencia núm. 2752/2015, de 4 diciembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, en cuyo Fundamento tercero expone que:

«- Procedente desestimación del recurso por falta de firmeza del acto administrativo señalado como actuación causante del daño.

Como muy bien sugiere el juzgado de instancia, si se pretende una indemnización por responsabilidad patrimonial derivada de una actuación administrativa como fue la resolución que acordó la devolución de la subvención percibida por la recurrente con ocasión del incumplimiento de determinadas condiciones y/o normas de aplicación, lo mínimo es, no ya que nos encontramos ante una resolución administrativa firme, que es precisamente lo que el juzgado de instancia declaró sino, puntualiza la sala, que exista una previa decisión sea jurisdiccional o administrativa de anulación de una actuación administrativa, algo que, tampoco en este caso concurre. Es decir; que ni ha habido actuación administrativa anulatoria, ni tampoco esta es firme. Por lo tanto con extrema facilidad se colige que no concurren los requisitos previstos en el artículo 142.4 de la citada Ley 30/1992 y reglamentos concordantes.

Es pues correcta la decisión del juzgado. Más aún; el artículo 89.4 de esa ley básica permite la inadmisión a trámite de solicitudes carentes de manifiesto fundamento, como es el caso. No tiene sentido tramitar un expediente de responsabilidad patrimonial cuando, palmariamente, el mismo carece de contenido. O dicho de otro modo, cuando de un modo meridiano, lo pedido resulta manifiestamente improsperable, inatendible».

Viene dicha sentencia a afirmar que la reclamación, al no concurrir los requisitos previstos en el art. 142.4 de la citada LRJAP-PAC, es extemporánea porque todavía no se ha dictado sentencia definitiva sobre la nulidad del acto, y que lo fundamental para poder determinar si existe derecho a la indemnización es precisamente el contenido de la sentencia definitiva y por ello establece en ese momento, en el de la sentencia definitiva, el día a quo para empezar a computar el plazo de prescripción de un año.

Aplicada esa doctrina al presente caso, y visto que la Sentencia de 26 de mayo de 2016 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 no es definitiva por haberse recurrido en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, viene a significar que la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, en la medida que entra en el fondo del asunto y desestima la reclamación de la interesada, no se ajusta a Derecho, ya que hasta que no se dicte sentencia definitiva anulatoria ni siquiera existe el derecho a reclamar, por lo que la Administración debió inadmitir la reclamación (art. 89.4 LRJAP-PAC en relación con el art. 6.2 RPAPRP).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho al entrar en el fondo de la reclamación desestimándola, debiendo haberla inadmitido hasta que se dicte sentencia definitiva.