



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 3 7 5 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 16 de octubre de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Palma en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados por la denegación de la calificación territorial para construcción de invernadero (EXP. 312/2017 ID)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Palma, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, iniciado el 1 de diciembre de 2014 a instancia de (...), en representación de (...), con motivo de los daños patrimoniales derivados de la nulidad declarada judicialmente de la denegación de la calificación territorial para construcción de invernadero.

2. Se reclama una indemnización de 483.301,54 euros. Esta cantidad determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Presidente del Cabildo para solicitarlo, 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 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) -norma que, en virtud de la Disposición transitoria tercera a), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas es aplicable porque a la entrada en vigor de esta el presente procedimiento ya estaba iniciado-,

---

\* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

al cual remite el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y no extemporaneidad de la acción de reclamar.

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 ampliamente superado; 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. No se aprecia que se haya incurrido en deficiencias procedimentales que, por producir indefensión, obsten un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

## II

1. Se reclama patrimonialmente contra la denegación improcedente, por Decreto de 12 de enero de 2001 de la calificación territorial solicitada por la mercantil (...) para la ejecución de las obras consistentes en la construcción de un invernadero, expresamente anulado mediante Sentencia de fecha 7 de enero de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, por considerarlo no ajustado a derecho.

Los hechos de los que trae causa son:

- Con fecha 2 de agosto de 2000, (...) formuló, ante el Área de Planificación y Sanidad del Servicio de Política Territorial del Cabildo Insular de La Palma, solicitud de calificación territorial para la instalación de un invernadero, en el suelo rústico de su propiedad, sito en el término municipal de Los Llanos de Aridane, con la finalidad de proteger la explotación agrícola platanera existente en esa finca y, de esa forma, incrementar su rentabilidad.

La mencionada instalación ya contaba con informe favorable del Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane, ya que la instalación del invernadero cumplía con las prescripciones del Plan General de Ordenación Urbana municipal de Los Llanos de Aridane.

- Sin embargo, con fecha 8 de noviembre del año 2000, la Unidad de Medio Ambiente del Cabildo Insular emitió informe en el que se hacía constar que las

actuaciones que pretendía ejecutar (...) resultaban incompatibles con los fundamentos de protección del espacio natural en el que se encontraba enclavada la finca afectada, argumentando que como el espacio natural no posee instrumento de planificación al amparo de lo establecido en el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, se tiene en cuenta el fundamento de protección del mismo establecido al promulgar la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias, derogada por el D.L. 1/2000.

Añadía el informe aludido que:

«el paisaje antropizado, predominantemente agrario, aunque también alberga asentamientos urbanos en la línea de la costa, caracteriza a este espacio natural protegido P-16. Su alta productividad y valor económico se configura como una eficaz vía de fomento de las poblaciones aledañas como alternativa a desarrollo urbano. Panorámicamente, esta área conforma una naturaleza artificial sobre un fondo verde de cierta belleza paisajística. Esta valoración estética, complementa la importancia económica y cultural de usos dominantes.

A pesar de que las obras que se pretenden realizar se encuentran en una zona de cultivo de plataneras y en la que ya existen numerosos invernaderos, por lo que el impacto visual que podría ocasionar la instalación de este invernadero sería poco considerable, hay que tener en cuenta que la proliferación de este tipo de cultivo está modificando el paisaje agrícola contraviniendo lo establecido en los fundamentos de protección del mismo.

En este sentido se ha realizado un estudio de la dimensión actual de los invernaderos en la zona, alcanzando un 47% de la superficie cultivada. Se adjunta plano de la situación actual en el Paisaje Protegido de El Remo.

Por lo tanto, y considerando que las actuaciones que se tienen previstas realizar alterarán el entorno de forma notable éstas pueden establecerse como INCOMPATIBLES con los fundamentos de protección de este espacio natural».

- A juicio del reclamante, la conclusión alcanzada en el informe de la Unidad de Medio Ambiente respondía a un criterio manifiestamente irracional y arbitrario del órgano informante carente de base legal alguna. Así, entiende que el informe se emitió con una flagrante desatención normativa y sobre la base de un criterio puramente subjetivo del órgano informante. Es más, la conclusión contenida en el informe contradecía abiertamente varias de las afirmaciones vertidas en ese mismo documento.

- Con motivo del contenido del informe de la Unidad de Medio Ambiente, el Pleno del Patronato de Espacios Naturales Protegidos de La Palma, en el ejercicio de

las competencias que le atribuye el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias en su art. 230.2e), debate sobre el proyecto citado comentando que estas actividades afectarán al Paisaje Protegido de El Remo y, «considerando que las actuaciones que se tienen previstas realizar alterarán el entorno de forma notable, acuerda informar desfavorablemente el citado proyecto por resultar incompatible con los fundamentos de protección de este espacio natural (...)».

- Con fecha 13 de noviembre del 2000, la Sección Técnica de Agricultura del Cabildo Insular emitió informe técnico favorable en el que se hizo constar expresamente que:

«- Lo proyectado, guarda la debida relación de adecuación y proporcionalidad con la naturaleza, extensión y destino de la finca.

- Lo proyectado no contradice ningún plan o norma sectorial en materia de agricultura, estando en la actualidad la finca cultivada de plataneras».

- Los informes de la Jefa de Sección de Urbanismo y Vivienda, de 8 de enero de 2001 y del Jefe de Servicio Jurídico del Área de Planificación y Sanidad de Política Territorial, Urbanismo y Medio Ambiente 12 de enero de 2001 del Cabildo Insular, de carácter desfavorable, se motivan en el ya citado informe negativo de compatibilidad emitido por la Unidad de Medio Ambiente.

- Una vez que se emitieron los informes anteriormente mencionados, en fecha 16 de enero de 2001, se notificó a (...) el Decreto del Consejero del Área de Planificación y Sanidad de ese Excmo. Cabildo Insular, de fecha 12 de enero del mismo año, por el que se acordó denegar la calificación territorial.

La denegación estuvo basada exclusivamente en la supuesta incompatibilidad que se alegó en el informe de la Unidad de Medio Ambiente. Y ello, en aplicación del art. 63.5 del Decreto Legislativo 1/2000. Es decir, el mencionado informe, en opinión del interesado, actuó como productor de la decisión del Cabildo Insular de denegar la calificación territorial y consecuentemente, del daño que le causó a (...)

- (...) interpuso, en fecha 21 de febrero de 2001, recurso de reposición ante el Consejero del Servicio de Política Territorial, Urbanismo y Medio Ambiente del Área de Planificación y Sanidad del Cabildo Insular contra el Decreto de 12 de enero de 2001.

En dicho recurso se hizo constar que todas las fincas de la zona de El Remo disponían de invernadero, por lo que la implantación del previsto por la mercantil difícilmente alteraría el entorno protegido, teniendo en cuenta, además, que toda la franja que ocupaban las tierras de cultivo estaba flanqueada, por un lado, por el mar, y por el otro, por la pared del risco, el cual tiene una altura que no deja ver desde su cima la plataforma costera.

Asimismo, se indicó que al ser la agricultura la única actividad posible y protegida en la zona, resultaba sorprendente la desestimación de la calificación territorial necesaria para la construcción de un invernadero que sirviese de resguardo a las plantaciones de plátanos de la finca de (...)

- Con fecha 14 de junio de 2.001, presentó escrito ante el Servicio de Política Territorial del Cabildo Insular en el que se aportaban informes y fotografías que acreditaban la necesidad de ejecutar la instalación para la que se solicitó la calificación territorial.

Concretamente, se aportó un certificado emitido por el Jefe de la Sección Técnica de Agricultura, Ganadería y Pesca del Cabildo Insular, en el que se indicaba que la producción de plátanos de la finca propiedad de (...) no podía mantenerse al aire libre dados los daños que el viento y el salitre le provocaban. Así, se recomendada la instalación del invernadero para el que solicitó autorización.

Del mismo modo, se aportó informe pericial emitido por el técnico (...), mediante el que se acreditaba que la producción de (...) sufría una disminución en sus rendimientos de aproximadamente el 35% con respecto a una producción normal, con motivo de la inexistencia del invernadero proyectado.

- En fecha 29 de abril del 2011, y al haber transcurrido más de 9 años desde que se interpuso el mencionado recurso de reposición, se presentó escrito al Cabildo Insular solicitando alguna documentación y haciendo constar que no se había resuelto aún el recurso de reposición.

En el mes de julio de 2012, (...) presentó escrito de queja ante el Diputado del Común del Parlamento de Canarias, poniendo de manifiesto la falta de resolución expresa del recurso de reposición.

En contestación al mencionado recurso de queja, en fecha 30 de octubre de 2012, el Cabildo Insular remitió escrito indicando que la falta de respuesta alegada se

debió a una posible pérdida del escrito que presentó, al no constar expresamente el mismo en el expediente correspondiente.

- Con fecha 29 de septiembre del 2012, es decir, una vez transcurridos diez años desde que se interpuso el mencionado recurso de reposición, se le notificó a (...) el Decreto del Área de Planificación, Política Territorial y Nuevas Tecnologías del Cabildo Insular de La Palma, de fecha 13 de septiembre de 2012, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto.

La referida desestimación estuvo basada en los diferentes informes técnicos y jurídicos que existen en el expediente, los cuales, y a excepción del informe favorable de la Sección Técnica de Agricultura, resultaron desfavorables al basarse en el informe que emitió la Unidad de Medio Ambiente.

Además, el segundo de los informes que emitió dicha Sección, no sólo resultaba innecesario, por emitirse en fase de resolución de recurso potestativo de reposición, sino que basó su incompatibilidad exclusivamente en las prohibiciones establecidas en un Avance de Plan Especial que afectaba al Espacio Natural Protegido de El Remo, el cual carecía de vigencia y valor normativo alguno.

- Con fecha 7 de marzo de 2013, (...) interpuso recurso contencioso administrativo frente al Decreto de 13 de septiembre de 2012. El mencionado recurso fue resuelto por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 7 de enero de 2014, anulando el acto impugnado y reconociendo el derecho a la calificación territorial.

Según se pone de manifiesto en los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia de 7 de enero de 2014:

«Se opone el informe de la Unidad de Medio Ambiente por considerarlo incompatible con el fundamento de protección de este espacio natural determinado por la Ley de Espacios Naturales de 1994.

TERCERO.- Dicha Ley señala al respecto que “Como complemento necesario para la protección paisajística de esta área, se califica como Suelo Rústico potencialmente productivo en su integridad, con la única excepción de los núcleos de (...)” sin mayor concreción sobre la protección de este paisaje y los actos que se prohíben.

La problemática jurídica se origina por la inexistencia de Plan Insular y de Plan Especial de protección paisajística que ha de regular el régimen de usos tolerados o permitidos (artículo 63.5 en relación con el 21.c de la Ley del Territorio) compatibles con la finalidad de protección y los necesarios para la conservación y disfrute público de sus valores (artículo

63.1). A tal efecto ha de incluir la ordenación pormenorizada completa y detallada que legitime los actos de ejecución (artículo 22).

Si no hay tal norma específica que regule el espacio natural protegido, el órgano gestor no puede emitir el preceptivo informe sustituyendo el vacío normativo por su criterio subjetivo con el resultado de que disminuye la protección normativa de los recursos naturales aunque no desaparece totalmente pues a falta de esta norma rige la disposición transitoria quinta: se aplicará "el régimen de usos más restrictivo de entre los previstos para el suelo rústico por el propio Plan General". El principio de legalidad y el carácter reglado de calificación territorial se impone (sentencia número 197 de la Sala de Las Palmas de fecha 12 de junio de 2013).

Dado que el uso está expresamente permitido por el planeamiento y no hay ninguna otra que lo impida, la entidad recurrente tenía derecho a obtener la calificación territorial para proteger de la maresía la plantación de plataneras con un invernadero y en este sentido debió informar el órgano de gestión vinculándose a la norma municipal y no a su propio criterio en sustitución de un Plan Especial todavía no aprobado».

Según la reclamante, la Sentencia se basa en que el error del informe de la Unidad de Medio Ambiente que, a falta de Plan Insular y de Plan Especial de protección paisajística, sustituyó el vacío normativo por su propio «criterio subjetivo», contraviniendo manifiestamente la Disposición Transitoria Quinta del Decreto Legislativo 1/2000 (en adelante TRLOTENC) y omitiendo las consecuencias del carácter reglado de la calificación territorial.

- Entiende que se le ha irrogado daños patrimoniales por lo que se cumplen los requisitos para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración insular.

Cita, como supuesto similar el introducido por el legislador canario en el art. 186 del TRLOTENC, que dispone:

«Artículo 186. Supuestos de responsabilidad administrativa.

En los supuestos de anulación de licencias, demora injustificada en su otorgamiento o denegación improcedente, los perjudicados podrán reclamar de la Administración actuante el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en los casos y con la concurrencia de los requisitos establecidos en las normas que regulan con carácter general dicha responsabilidad. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado».

Así, concurre en el presente supuesto la existencia de un daño efectivo que se traduce en la falta de ejecución de las obras y en el beneficio dejado de obtener por

(...) como consecuencia de la imposibilidad de proteger con un invernadero la explotación agrícola platanera entre los años 2001 a 2013, ambos incluidos.

La imposibilidad de (...) de llevar a efecto la obra de construcción del invernadero, como consecuencia de la injustificada denegación de la calificación territorial, ha provocado daños sobre un bien patrimonial de su titularidad, que no es otro que la explotación de la plantación de plataneras que iban a ser cubiertas con el citado invernadero, y cuyo presupuesto de ejecución material ascendía en aquel momento a 20.525.000,00 ptas. (123.357,73 euros) según informe del técnico municipal de Los Llanos de Aridane, de 27 de julio de 2000. Si bien, conforme al presupuesto de obra de (...) el presupuesto a 6 de marzo de 2001 ascendía a 151.337,04 euros, mientras que en la actualidad el mismo proyecto se presupuesta en 278.488,51 euros.

Además, entiende que desde el año 2001 (fecha en la que se denegó la calificación territorial) hasta principio del año 2014 (fecha en la que se dictó la Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo que declaraba el derecho de (...) a obtenerla), se impidió proteger la explotación de plataneras en la finca de su propiedad y, en consecuencia, se dejó de obtener todo el rendimiento económico que hubiera reportado esa explotación en el caso de que se hubiera autorizado la instalación del invernadero.

Aporta informe técnico emitido por la entidad (...) acreditativo del importe de los daños que la conducta de esa Administración ha ocasionado, en el que se aplica el método de comparación realizando un análisis de los datos de producción anual de la finca su titularidad y una finca en la misma zona entre los años 2001 y 2013, con características similares, con la única salvedad de que esta última se encuentra bajo la protección de un invernadero.

A lo anterior, prosigue el interesado, debe añadirse la nota de antijuridicidad del daño. En efecto, la antijuridicidad supone que el daño sea fruto de una actuación administrativa que el administrado no está obligado a soportar, por no existir causa que le obligue a ello, argumento que respalda con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo.

De acuerdo con lo anterior, habiéndose producido el daño como consecuencia del giro o tráfico administrativo -en este caso, en el seno de un expediente de otorgamiento de una calificación territorial- no concurrió causa justificativa alguna que pudiera legitimar la denegación de la citada calificación territorial.



De hecho, la denegación de la calificación territorial fue consecuencia de un juicio claramente irracional y manifiestamente arbitrario. El informe de la Unidad de Medio Ambiente, que fue causa de la denegación de la calificación territorial, se emitió con una flagrante desatención normativa y sobre la base de un criterio puramente subjetivo del órgano informante.

En efecto, tal y como se puso de manifiesto en la Sentencia de 7 de enero de 2014, a falta de Plan Insular y de Plan Especial de protección paisajística, la Unidad de Medio Ambiente de ese Excmo. Cabildo Insular sustituyó el vacío normativo por su propio «criterio subjetivo», contraviniendo manifiestamente la Disposición Transitoria Quinta del Decreto Legislativo 1/2000, omitiendo el principio de legalidad y las consecuencias del carácter reglado de la calificación territorial.

Es decir, ante la errónea creencia de la existencia de un vacío normativo, la Unidad de Medio Ambiente, en vez de aplicar el principio *favor libertatis* (de plena aplicación al presente supuesto, tal y como pone de manifiesto entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 junio 2009) impone su propio criterio sobre la ordenación del espacio natural invistiéndose de competencias para determinar las necesidades derivadas del interés público.

Señala la hipotética alteración que la instalación del invernadero supondría para el entorno natural. Sin embargo, en el mismo informe se reconocía expresamente -concretamente en su apartado sexto- que ese invernadero causaría un impacto visual de escasa consideración, dada la existencia de diversas instalaciones de la misma índole en la zona afectada. Es más, en el mismo informe se reconocía expresamente que la zona afectada se caracterizaba por su alta productividad agraria y valor económico, siendo su valoración estética un aspecto puramente residual.

Téngase en cuenta que nos encontrábamos ante una zona constituida por aquellos usos agrarios tradicionales que resultan compatibles con su conservación, siendo estos usos agrarios los que principalmente fundamentaron la declaración del Espacio Natural Protegido de El Remo.

Finalmente, para mayor desconcierto del interesado, el Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane concedió licencia, en fecha 22 de febrero de 2007, a (...), para la construcción de un invernadero en la misma zona en la que se sitúa la finca de (...) Esa licencia aparecía respaldada por la correspondiente aprobación de la calificación territorial que se solicitó ante el Excmo. Cabildo Insular. Es decir, tuvo que soportar que se concedieran, antes y después de que se le denegara la que solicitó,

calificaciones territoriales a otros interesados que autorizaban la instalación de invernaderos en la misma zona.

Por tanto, a la vista de lo anterior, concluye que en el presente supuesto concurre el requisito relativo a la antijuridicidad del daño causado y ello, en tanto que se denegó por ese Excmo. Cabildo Insular, de forma injustificada, arbitraria y flagrantemente contraria a la legalidad vigente, la calificación territorial para la instalación del invernadero.

Por último, por lo que se refiere al nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño antijurídico, observa el reclamante con meridiana claridad su existencia: el daño que se ha ocasionado a (...) por no poder proteger su plantación de plataneras con un invernadero desde el año 2001. Y es que, tal y como se acredita con el Informe de (...) si se hubiera autorizado la instalación del invernadero, el beneficio por la explotación de la plantación platanera hubiera aumentado en la cantidad a la que se refiere en el escrito de solicitud de reclamación patrimonial.

2. Constan distintos informes de la Administración insular, entre ellos del Servicio de Infraestructuras en el que se valoran, de acuerdo con la Ley 2/2008, de 20 de junio, del Suelo, los beneficios brutos e intereses de demora de la actividad en el período contemplado, así como de los servicios jurídicos y de intervención.

3. En el trámite de audiencia, el reclamante, además de reiterar sus argumentos contenidos en su escrito inicial, discrepa del método utilizado (método de capitalización de rentas) por el Cabildo para la valoración de los daños, al entender que ese método no procede porque al disponer de todos los datos reales de producción, la valoración no es especulativa, es objetiva y cuantificable mediante el método de comparación utilizado por la tasación aportada.

4. Por último, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación al entender no probada la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento de la Administración; en concreto, tal desestimación se argumenta en que la denegación de la calificación territorial está basada en informes técnicos de carácter sectorial emitidos por facultativos competentes y en un acuerdo de un órgano gestor y de carácter vinculante, lo que entiende que no está acreditado ese nexo causal.

Con independencia de lo anterior, no toma en consideración las cantidades alegadas por el reclamante como lucro cesante, al entender que, por un lado, los documentos presentados para acreditar las cantidades no pueden ser opuestos frente

a terceros; que, en todo caso, los incrementos entre 2001 y 2014 presentados son muy superiores a los reales según el INE y que, por último, que en el expediente obra un presupuesto para la construcción de invernadero para una finca de 5.204 m<sup>2</sup> que asciende a 5.317 euros.

En cuanto a lo reclamado por lucro cesante, la Propuesta de Resolución entiende que la fórmula de valoración, por imperativo legal, es el sistema de capitalización de renta anual real o potencial de la explotación y que, dado que el reclamante dejó voluntariamente pasar el tiempo pudiendo recurrir por silencio negativo, tal decisión no puede convertirse en una fórmula para incrementar el importe de la reclamación, por lo que, en su caso, por tal concepto solo se computarían los años 2001 y 2002, lo que alcanzaría una indemnización en concepto de ingresos brutos dejados de percibir más intereses de demora, por un importe de 2.805,39 euros.

### III

1. 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 el caso específico de esta modalidad de responsabilidad, como resume la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2017, su apreciación no se vincula simplemente a la anulación del acto sino que, además, deben concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por dicha ley.

En dicha Sentencia se afirma que la jurisprudencia ha advertido que no cabe su interpretación 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).

En el mismo sentido de la necesidad de atender a las peculiaridades del caso puede verse la STS de 9 de diciembre de 2015 que, además, precisa lo siguiente:

«(...) no procede esa exigencia de responsabilidad o, lo que es lo mismo, existe el deber jurídico de soportar el ciudadano afectado el daño ocasionado, cuando la norma que habilita la actuación de la Administración la somete a la consideración de potestades discrecionales, conforme a las cuales puede optar por varias soluciones, porque todas ellas son admisible en Derecho, al ser jurídicamente indiferentes, supuestos en los cuales cuando, por circunstancias

diversas, pueda verse anulada la decisión adoptada al amparo de dichas potestades, se considera que los ciudadanos afectados están obligados a soportar el daño ocasionado.

Panorama bien diferente es el que se genera en los supuestos en que la norma habilitante de la actuación administrativa establezca criterios reglados para su aplicación, rechazando cualquier margen de apreciación para la Administración, en el que el criterio de imposición de soportar el riesgo es más débil, precisamente porque ese carácter reglado de la norma comporta un mayor grado de incorrección en la decisión adoptada. No obstante, también cuando actúa la Administración sometida a esas normas que confieren potestades regladas, se han discriminado aquellos supuestos en que ese rigor de la norma se impone acudiendo a conceptos jurídicos indeterminados, es decir, cuando la norma no agota todos los elementos de la potestad conferida, sino que requiere una valoración de las circunstancias concurrentes para determinar la abstracción que la descripción de la norma impone con tales indeterminaciones a concretar en cada supuesto concreto, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Por último, aun en los supuestos en los que se aplican normas de carácter absolutamente regladas, son admisibles supuestos -y se deja constancia ejemplificativa de ello en los sentencia antes mencionada- en la que la posterior anulación de la actividad administrativa excluye la responsabilidad patrimonial porque la decisión adoptada aparezca como fundada. Porque lo relevante para la valoración de la tipología a que se ha hecho referencia han de ser examinados conforme a las características de razonabilidad de la decisión y a la motivación de esa razonabilidad, apareciendo la decisión adoptada como una de las alternativas admisible en derecho, sin perjuicio de que por las circunstancias de cada supuesto, la decisión última en vía administrativa o jurisdiccional sea contraria a lo decidido».

Sobre la razonabilidad de la resolución administrativa que, posteriormente anulada, excluye la antijuridicidad del daño pueden verse también las STS de 8 de abril de 2014 y 2 de diciembre de 2009.

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».

En definitiva, para apreciar la concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la nulidad de sus actos, se ha de proceder a la

valoración de las circunstancias concurrentes para determinar si se dan los elementos que la normativa vigente exige para el nacimiento de la responsabilidad, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

2. En el presente caso, la respuesta al interrogante, esto es, si la resolución anulada a que se imputa el daño es razonable y razonada, la encontramos en la propia Sentencia de 7 de enero de 2014 que anuló el acto de denegación de la calificación territorial y que ya transcribimos en el Fundamento II.1 de este Dictamen.

De la Sentencia se colige que el procedimiento de concesión de la calificación territorial es reglado y que, a falta de otros criterios normativos por la falta de planeamiento vigente, el principio de legalidad impone que se deba permitir los usos previstos frente al propio criterio subjetivo del órgano informante; al haberse informado según ese criterio subjetivo contrario al legal que permitía los usos previstos, se vulneró el derecho del reclamante a obtener la calificación territorial para proteger de la maresía la plantación de plataneras con un invernadero. Siendo el criterio aplicado al caso subjetivo y, por tanto, arbitrario, la decisión anulada se torna irrazonable, lo que excluye la obligación del perjudicado de soportarlo y, si se dan los demás elementos que la normativa vigente exige, hemos de afirmar que supone el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración actuante al concurrir el necesario nexo causal entre su funcionamiento y el daño alegado.

3. El principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados se encuentra plenamente consagrado en nuestro ordenamiento (por todas SSTs de 11 de octubre de 2016 y 10 de abril de 2008) y que nada se opone a que los mismos sean reales y efectivos, y que como es sabido, origina una responsabilidad directa, integral, y de naturaleza objetiva o por el resultado.

Entiende el interesado que concurre en el presente supuesto la existencia de un daño efectivo de doble naturaleza; por una parte, la falta de ejecución de las obras (daño emergente) y, por otra, el beneficio dejado de obtener por (...) como consecuencia de la imposibilidad de proteger con un invernadero la explotación agrícola platanera entre los años 2001 a 2013, ambos incluidos (lucro cesante).

Por daño emergente se entiende una pérdida o menoscabo efectivo producido en el patrimonio de una persona; se trata, por tanto, de un daño real y efectivo. En el caso de gastos, como el presente, pueden ser gastos ocasionados o que se vayan a ocasionar, como consecuencia del evento dañoso y que el perjudicado tiene que

asumir. Entre tales daños, la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, núm. 719/1998 de 24 noviembre] admite sin dificultad los incrementos del coste de la obra; cosa distinta es que no estén acreditados o puedan ser absorbidos por la indemnización que compense el lucro cesante.

En este caso, se podría producir un incremento en el coste de ejecución del invernadero desde el momento de solicitarlo, en julio de 2001 hasta la actualidad; y en consonancia con el principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados antes aludido, es obvio que una vez realizadas las obras, y si se acredita que se ha producido un incremento real de los costes de las mismas con respecto al contenido en el informe técnico municipal de Los Llanos de Aridane emitido en 2001, sería indemnizable.

4. En cuanto al lucro cesante, entiende el reclamante que desde el año 2001 (fecha en la que se denegó la calificación territorial) hasta principio del año 2014 (fecha en la que se dictó la Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo que declaraba el derecho a obtenerla), se le impidió proteger la explotación de plataneras en la finca de su propiedad y, en consecuencia, se dejó de obtener todo el rendimiento económico que hubiera reportado esa explotación en el caso de que se hubiera autorizado la instalación del invernadero.

Aporta informe técnico emitido por la entidad (...) acreditativo del importe de los beneficios dejados de percibir, en el que se aplica el método de comparación realizando un análisis de los datos de producción entre los años 2001 y 2013 de la finca titularidad de (...) y una finca en la misma zona con características similares, con la única salvedad de que esta última se encuentra bajo la protección de un invernadero.

Por lo que respecta al lucro cesante es preciso recordar una vez más la jurisprudencia constante del Supremo (ver por todas STS de 3 octubre 2006), que señala que «para que pueda hablarse de daño efectivo éste ha de quedar acreditado y no ligado a una mera eventualidad o posibilidad o contingencia, dado que la prueba de las ganancias dejadas de percibir o lucro cesante que pretende la recurrente indemnice la Administración requiere certidumbre, no pudiendo pues quedar acreditada la invocada disminución de patrimonio a supuestos meramente posibles, de resultados inseguros o desprovistos de certidumbre, ya que la efectividad del daño, como presupuesto de la responsabilidad patrimonial que requiere el artículo

139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, excluye la eventualidad o la mera posibilidad o la contingencia en su producción».

El Cabildo Insular de La Palma utiliza un método distinto de valoración del beneficio bruto, el sistema de capitalización de renta anual real o potencial de la explotación, que entiende aplicable por imperativo legal.

Este Consejo no comparte tal apreciación, pues ese método es aplicado para valorar terrenos en suelo rústico, no los beneficios dejados de percibir por una explotación agrícola, en concepto de lucro cesante, como es el caso, y no necesariamente va a ser fiel a los daños producidos. Por el contrario, el principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños consagrado en nuestro ordenamiento, reiteradamente aludido, impone igualmente que se deba indemnizar los daños reales y efectivos. Así, en opinión de este Consejo, el informe aportado por el reclamante cumple con tales requisitos para acreditar tales daños.

5. Por último, igual rechazo merece el razonamiento de la Administración Insular que desecha indemnizar, en concepto de lucro cesante, durante el tiempo dejado transcurrir por el interesado sin recurrir, por silencio negativo, la desestimación presunta de la calificación territorial (a partir de 2002) con el peregrino argumento de que tal decisión no puede convertirse en una fórmula para incrementar el importe de la reclamación.

Baste con recordar que la Administración está obligada a resolver expresamente en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC y que no lo hizo en el plazo de 10 años, y que el art. 116.2 de la misma Ley permite esperar, para presentar el oportuno recurso contencioso administrativo, o a que se haya producido la desestimación presunta del recurso potestativo de reposición o a que se haya resuelto expresamente. El reclamante optó por esperar a la resolución expresa.

Sin embargo, este Consejo Consultivo considera que deben tenerse en cuenta los plazos establecidos en la Ley, tanto para la interposición y resolución del recurso de reposición y la correspondiente determinación del silencio administrativo negativo y el acceso al recurso contencioso-administrativo. Durante este periodo de tiempo (1 mes para el recurso de reposición contencioso-administrativo, el reclamante no tiene derecho a indemnización alguna.

Es a partir de este momentos cuando nace el derecho a la indemnización, debiéndose distinguir entre dos periodos; el primero de ellos hasta la interposición

del recurso contencioso-administrativo y el segundo desde éste hasta la ejecución de la sentencia con el consiguiente otorgamiento de la calificación territorial.

En el primer periodo la inactividad de la reclamante, durante más de 10 años estuvo sin interponer recurso contencioso-administrativo hace que la responsabilidad de la Administración se vea reducida en su cuantía, estimando este Consejo que debería corresponder al 50% de lo correspondiente a ese periodo concreto.

En el segundo periodo le correspondería la totalidad de la cantidad resultante conforme a la pericial aportada.

6. En definitiva, concurre en el presente caso los elementos para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración Insular, pues la nulidad en sede judicial de la denegación de la calificación territorial para construcción de invernadero, por ser irrazonable, excluye la obligación del perjudicado de soportar el daño infringido.

Si se prueba que existió, como daño emergente, incremento en los costes de la obra de construcción del invernadero (coste real de la obra una vez realizada en comparación con el coste contenido en el informe del Ayuntamiento de los Llanos de Aridane de 2001), éste es indemnizable.

En cuanto al lucro cesante, se habrá de estar a lo señalado en el apartado anterior.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se ajusta a Derecho, debiéndose indemnizar a la mercantil reclamante según lo señalado en el Fundamento III de este Dictamen.