Expediente: 3/2021
Objeto: Responsabilidad patrimonial por denegación de prórroga de la concesión de explotación minera.
Dictamen: 6/2021, de 9 de marzo

DICTAMEN

En Pamplona, a 9 de marzo de 2020,

el Consejo de Navarra, integrado por don José Luis Goñi Sein Presidente accidental, don Hugo López López, Consejero-Secretario, doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejero,

siendo ponente don José Iruretagoyena Aldaz,

emite por unanimidad de los asistentes el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación de la Consulta

El día 22 de enero de 2021 tuvo entrada en este Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por..., fundamentada en la denegación de la prórroga de la concesión de la explotación minera Alkerdi.

A la petición de dictamen se acompaña el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la indicada reclamación de responsabilidad patrimonial, incluyendo la propuesta de resolución del Secretario General Técnico del Departamento de Desarrollo Económico y Empresarial desestimando la reclamación, y la Orden Foral 1/2021, de 19 de enero, del

Consejero de Desarrollo Económico y Empresarial, solicitando la emisión del presente dictamen y acordando la suspensión del plazo legal para resolver el procedimiento en tramitación.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Del expediente administrativo remitido se derivan los siguientes hechos y actuaciones con trascendencia para la emisión del presente dictamen:

1. Mediante Resolución del Director General de Minas del Ministerio de Industria y Energía, de 8 de noviembre de 1984, se concedió a..., la concesión de la explotación minera de la Sección C, para el recurso de mármol, denominada Alkerdi, con una vigencia de 30 años, prorrogables por periodos iguales hasta un máximo de 90 años. La concesión abarcaba una superficie de cuatro cuadrículas mineras afectantes a los términos municipales de Urdax y Baztan.

2. El 24 de abril de 1995 el Servicio de Patrimonio Histórico del Departamento de Educación y Cultura del Gobierno de Navarra emite un informe sobre la cueva de Alkerdi en el que se hace referencia a la existencia de unos grabados parietales que fueron descubiertos en 1930 por Norbert Casteret. El informe indica que los grabados parietales sin ser excesivamente vistosos ni abundantes, ofrecen los caracteres propios de la gran provincia franco-cantábrica del Arte Rupestre Paleolítico. También se señala que la cueva de Alkerdi forma parte del mismo complejo espeleológico de la cueva de Berroberria, con la que posiblemente tenga comunicación, que se han realizado campañas de excavación y que el sondeo de Alkerdi ha aportado un efecto discreto de industria lítica y de fauna que no desentonan de ser propias de Paleolítico Superior. El informe termina indicando que esta cueva se encuentra entre las que fueron declaradas Bien de Interés Cultural por ministerio de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE), al contener manifestaciones de arte rupestre, quedando inscrita en el

Registro General de Bienes de Interés Cultural del Patrimonio Histórico Español con el código de identificación: R-I-51-0009074.

3. El 14 de marzo de 2011, ... solicitó la prórroga de la concesión de Alkerdi para lo que acompañó el Proyecto de Explotación para el nuevo periodo y el Plan de Restauración de los espacios afectados.

   El Servicio de Calidad Ambiental del Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local del Gobierno de Navarra, mediante informes de 20 de noviembre de 2012 y 31 de mayo de 2013, informó favorablemente la solicitud y consideró que no era necesario tramitar un procedimiento de evaluación de impacto ambiental dado que las características del proyecto de explotación para el nuevo periodo no suponían una modificación sustancial respecto del proyecto anteriormente vigente y, en su momento, autorizado ambientalmente (EIA de 1999).

4. Mediante Resolución 901/2013, de 10 de octubre, del Director General de Industria, Energía e Innovación, se otorgó a..., la prórroga de la concesión de la explotación Alkerdi por 30 años, a partir del 8 de noviembre de 2014, para una de las cuatro cuadrículas mineras solicitadas; aprobando a su vez el plan de explotación y el plan de restauración con las modificaciones introducidas y con las condiciones establecidas en el informe del Servicio de Calidad Ambiental de 31 de mayo de 2013.

5. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Urdazubi/Urdax, de 7 de noviembre de 2014, se desestimó el recurso interpuesto por... contra la Resolución de la Alcaldía de 25 de julio de 2014 requiriendo la no realización por parte de la empresa de voladuras “in situ”. Tal resolución fue recurrida en alzada ante el Tribunal Administrativo de Navarra y mediante Resolución 706, de 17 de marzo de 2015, se acordó la inadmisión del recurso de alzada por extemporáneo.

6. Mediante Resolución 668/2014, de 12 de agosto de 2014, del Director General de Industria, Energía e Innovación, se acordó la suspensión provisional de los trabajos de perforación y voladuras en la explotación Alkerdi, hasta la aprobación de un nuevo proyecto de voladuras.

7. El 7 de noviembre de 2014, el Alcalde del Ayuntamiento de Urdazubi/Urdax dicta Resolución nº 85 por la que se requiere a... para que solicite la legalización de la modificación de la actividad de explotación de la cantera de Alkerdi y para que, mientras tanto, ajuste el ejercicio de su actividad a las autorizaciones urbanísticas, de actividad y apertura que se hallan en vigor.

   Contra dicha resolución... interpuso recurso de reposición que fue inadmitido y, contra tal inadmisión, interpuso recurso de alzada que fue resuelto mediante Resolución 1022, de 29 de abril de 2015, del Tribunal Administrativo de Navarra, con carácter desestimatorio.

8. El 20 de marzo de 2015, el Alcalde de Urdazubi/Urdax dicta nueva resolución por la que se confirmaba el requerimiento efectuado por la anterior resolución nº 85 que había quedado firme y consentida. Se recordaba a la mercantil que no disponía de otras licencias que las otorgadas por el Ayuntamiento con fechas de 31 de diciembre de 1999 y 20 de agosto de 2003, se daba traslado de los informes de los servicios técnicos municipales en los que se indicaban las condiciones para el ejercicio de la actividad y se terminaba ordenando el cese de cualquier actividad distinta de la autorizada.

9. El Servicio de Calidad Ambiental y Cambio Climático, el 8 de febrero de 2016, emitió un informe de reconsideración sobre el proyecto de explotación de la cantera de Alkerdi. El citado informe, emitido a la vista de la información disponible y conocida la actividad desarrollada, considera que procede revisar la calificación que se hizo en sus informes de 20 de noviembre de 2012 y 31 de mayo de 2013 sobre el carácter de modificación sustancial o no del proyecto

presentado. Tras analizar a la luz del artículo 78 del Decreto Foral 93/2006 los cambios introducidos en la actividad, considera que concurren algunas circunstancias que determinan la consideración de modificación sustancial de una licencia de actividad clasificada, en concreto: el incremento de la capacidad de producción de la instalación de más del 100 por 100 en unidades de producto o servicio (el material extraído pasa de 10.000 a 68.438 m3; el volumen de estériles extraídos de 7.000 a 70.509 m3 y el volumen de mármol de 3.000 a 7.929 m3), se produce un incremento superior al 25 por 100 de la emisión másica de los contaminantes atmosféricos, ya que antes no había emisiones y ahora las hay por la nueva planta de trituración y, además, considera que el nuevo tráfico generado supone una realidad que a nivel municipal puede provocar afecciones que deberían evaluarse adecuadamente en dicho ámbito, siendo la problemática de la seguridad de las voladuras una cuestión a resolver en el ámbito expreso de la seguridad minera.

Por todo ello, el informe concluye señalando que “procede en este momento realizar un pronunciamiento modificando el anteriormente realizado, calificando el proyecto presentado en 2012 como una modificación sustancial de la actividad previamente autorizada”; informe que se notificó, según se indica, al Ayuntamiento de Urdazubi/Urdax, al Servicio de Energía, Minas y Seguridad Industrial, al Servicio de Patrimonio Histórico, a..., a la… y a la…

10. Mediante Resolución 30/2016, de 17 de febrero, de la Dirección General de Cultura-Institución Príncipe de Viana, se adjudicó a la Sociedad… la realización de un estudio sobre “Caracterización del macizo y sistema Kárstico de Alkerdi y de su entorno de protección en Urdazubi-Urdax”, que fue entregado el 11 de agosto de 2016.

11. Entre tanto, mediante Resolución 89/2016, de 24 de febrero, del Director General de Industria, Energía e Innovación, se acordó el inicio del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución 901/2013, referente a la prórroga de la concesión Alkerdi por 30 años

en favor de... y, mediante Resolución 156/2016, de 6 de junio, del mismo Director General, se acuerda nuevamente el inicio del procedimiento de revisión al haber caducado por transcurso del plazo el procedimiento anteriormente iniciado.

12. El Director del Servicio de Patrimonio Histórico del Departamento de Cultura, Deporte y Juventud, con fecha 26 de agosto de 2016, solicita del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, al amparo del artículo 40.2 de la LPHE y de la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, de Patrimonio Cultural de Navarra (en lo sucesivo, LFPCN), la inclusión en el Registro General de Bienes de Interés Cultural, con la categoría de Zona Arqueológica, del denominado "Sistema Alkerdi-Berroberria", solicitud que fue resuelta y aceptada mediante Resolución de la Subdirectora General de Protección del Patrimonio Histórico de 10 de octubre de 2016.

13. El 1 de septiembre de 2016, se notificó a... la inscripción en el Registro de Bienes del Patrimonio Cultural de Navarra, de la Zona Arqueológica, el "Sistema Alkerdi-Berroberria".

14. El Consejero de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra mediante Orden Foral 192/2016, de 12 de septiembre, declaró de oficio, previo dictamen nº 25/2016 del Consejo de Navarra, la nulidad de la Resolución 901/2013, de 10 de octubre, del Director General de Industria, Energía e Innovación, por la que se otorgaba a... la prórroga de la concesión Alkerdi, aprobando el plan de explotación y el plan de restauración presentado por la empresa. Interpuesto recurso de alzada fue desestimado mediante acuerdo del Gobierno de Navarra de 18 de enero de 2017, denegando también la solicitud de suspensión de la ejecución de acto impugnado. Interpuesto recurso contencioso-administrativo fue desestimado mediante Sentencia 251/2018, de 28 de junio, del TSJ de Navarra que ganó firmeza al inadmitirse, mediante Providencia de 28 de marzo de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el Recurso de Casación preparado por...

15. Tras declararse la nulidad de la Resolución 901/2013, se continuó con la tramitación del procedimiento para resolver la prórroga de la concesión minera Alkerdi, instada por..., el 14 de marzo de 2011.

    En la nueva tramitación, el Director General de Cultura-Institución Príncipe de Viana, con fecha 14 de septiembre de 2016, emitió informe desfavorable a la prórroga por considerar que su explotación era incompatible con la protección de zona Arqueológica “Cuevas de Alkerdi”, inscrita en el Registro de Bienes del Patrimonio Cultural de Navarra. Del mismo modo, mediante informe del Servicio de Calidad Ambiental y Cambio Climático de 19 de septiembre de 2016, a la vista del informe de la Dirección General de Cultura-Institución Príncipe de Viana, se consideró que no era posible la Declaración de Impacto Ambiental positiva, dada la incompatibilidad extractiva con la obligación de mantenimiento y conservación del patrimonio arqueológico afectado.

16. Mediante Resolución 197/2016, de 28 de octubre, la Directora General de Industria, Energía y Minas, se denegó la prórroga de la concesión de la explotación Alkerdi solicitada por..., ordenando el cese de las labores del aprovechamiento de los recursos minerales a la vez que se le requería para la presentación de un plan de restauración que debía incluir el abandono definitivo de las labores. La resolución fue recurrida en alzada siendo desestimado el recurso mediante Orden Foral 17/2017, de 9 de febrero, y contra la citada Orden Foral se interpuesto recurso contencioso-administrativo que fue desestimado mediante Sentencia 229/2018, de 13 de junio, del TSJ de Navarra, que ganó firmeza al inadmitirse, mediante Providencia de 18 de julio de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el recurso de casación preparado por...

17. El Secretario General Técnico del Departamento de Desarrollo Económico, mediante Resolución 255/2016, de 21 de noviembre, desestimó, previo dictamen nº 53/2016, la reclamación de

responsabilidad patrimonial formulada por..., por el perjuicio económico sufrido como consecuencia de la suspensión de los trabajos de perforación y voladuras en la cantera de Alkerdi, acordada por el Director General de Industria y Energía mediante Resolución 668/2014, de 12 de agosto. Contra tal resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado mediante Sentencia 204/2018, de 23 de mayo, del TSJ de Navarra.

18. Como ya hemos indicado, mediante Providencia de 18 de julio de 2019, el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación preparado por la representación procesal de..., contra la Sentencia 229/2018, de 13 de julio del TSJ de Navarra que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden Foral 17/2017, de 9 de febrero, del Consejero de Desarrollo Económico que desestimaba el recurso de alzada contra la Resolución 197/2016, de 28 de octubre, de la Directora General de Industria, Energía e Innovación por la que se denegaba la prórroga de la concesión de la explotación Alkerdi.

19. El 2 de octubre de 2020, se presenta por..., reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Comunidad Foral de Navarra solicitando se le indemnice con la cantidad de 2.226.654,80 euros, en concepto de principal, más los intereses que se devenguen hasta su completo pago, por los daños y perjuicios que a la mercantil reclamante se le han irrogado como consecuencia de la deficiente actuación de la Administración Foral en la tramitación del expediente de prórroga de la concesión de Alkerdi en Urdazubi/Urdax.

20. Mediante Resolución 8/2020, de 9 de noviembre del Secretario General Técnico del Departamento de Desarrollo Económico y Empresarial se admitió a trámite la reclamación y se solicitó informe al Servicio de Ordenación Industrial, Infraestructuras Energéticas y Minas, cuyo funcionamiento habría ocasionado la presunta lesión indemnizable.

21. El 25 de noviembre de 2020 se emite el informe solicitado, suscrito por el Jefe de Minas, con el Vº Bº de la Directora del Servicio, en el que tras una sucinta referencia a los antecedentes y constatar que las cuestiones planteadas en la reclamación tienen un marcado carácter jurídico, considera que carece de sentido entrar a efectuar ninguna valoración ya que "el reclamante atribuye el resultado lesivo que motiva la indemnización a la Orden Foral 17/2017, que confirmaba la anterior Orden Foral 197/2016, que puso fin al procedimiento de otorgamiento de la prórroga de la concesión de la explotación Alkerdi, por lo que, entiende, que hasta no finalizar dicho procedimiento la empresa no era titular de la concesión prorrogada, por lo que toda inversión que haya podido realizar hasta ese momento se basa en una expectativa y por tanto, debe entenderse realizada a riesgo y ventura".

22. Con fecha 26 de noviembre de 2020 se da trámite de audiencia al reclamante con entrega de copia del informe del Servicio de Ordenación Industrial, Infraestructuras Energéticas y Minas, para que en el plazo de 10 días hábiles formule las alegaciones o presente los documentos y justificaciones que pudieran interesar a su derecho.

23. El 23 de diciembre de 2020, la representación de..., presentó escrito de alegaciones ratificándose íntegramente en su reclamación y cuestionando el informe del Servicio de Ordenación Industrial, Infraestructuras Energéticas y Minas de 25 de noviembre de 2020 por considerar que los daños reclamados se basan en una expectativa, desconociendo u olvidando que son consecuencia de un anómalo funcionamiento de la Administración que primero otorga la prórroga solicitada y, cuatro años más tarde, la deniega por causas sobrevenidas y por cambios de criterio de la Administración, haciendo inútiles las inversiones producidas en dicho periodo.

24. El 19 de enero de 2021 la instructora del expediente de responsabilidad emite informe de propuesta de Resolución

desestimatoria de la reclamación ante el Secretario General Técnico del Departamento de Desarrollo Económico y Empresarial.

25. Mediante Orden Foral 1/2021, de 19 de enero, del Consejero de Desarrollo Económico y Empresarial, con suspensión del plazo para resolver, se solicita de este Consejo de Navarra la emisión del preceptivo dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por...

I.3ª. La reclamación formulada por...

La reclamación formulada recuerda que estando próximo el vencimiento de la concesión minera Alkerdi, concedida por treinta años en 1984, se solicitó la correspondiente prórroga acompañada del Plan de Explotación y del Plan de Recuperación. La solicitud fue informada favorablemente por el entonces servicio de Calidad Ambiental (informes de 20 de noviembre de 2012 y 31 de mayo de 2013), dando lugar a la Resolución 901/2013, del Director General de Industria, Energía e Innovación concediendo la prórroga solicitada con la aprobación de los correspondientes Planes de Explotación y de Recuperación.

Tras una serie de voladuras realizadas en la cantera para el aprovechamiento del mineral, el Ayuntamiento de Urdazubi-Urdax prohibió las voladuras y requirió a los Departamentos de Medio Ambiente, Cultura y Economía para que exigieran las medidas adecuadas para la protección de los yacimientos arqueológicos de Berroberria y Alkerdi y, mediante Resolución 668/2014, del Director General de Industria, Energía e Innovación, se acordó suspender los trabajos de perforación y voladuras hasta que se aprobase un nuevo proyecto.

La reclamación considera que tal actuar administrativo fue incorrecto por cuanto que el reconocimiento del uso prehistórico y el valor arqueológico de las cuevas ya era conocido desde 1930, y las pinturas rupestres habían sido declaradas Bien de Interés Cultural en mayo de 1995, por lo que la Administración tendría que haber valorado estos aspectos antes de otorgar la

prórroga y, al no hacerlo, traslada las consecuencias de su negligencia al administrado con los perjuicios que ello conlleva.

La reclamación continúa indicando que, a pesar de ello, presentó un nuevo proyecto de voladuras y un informe de la Universidad de Cantabria que concluía señalando que la explotación de la cantera no suponía riesgo para la integridad de las cuevas respetando las distancias y las cargas que consideraba adecuada, pero que, no obstante, la situación de paralización se mantuvo y, por parte de la Administración, se encargaron y emitieron otros informes que ponían en duda la compatibilidad de la explotación minera con la protección de las cuevas de Alkerdi y Berroberria y el yacimiento arqueológico, resultando inútiles los esfuerzos económicos realizados por la empresa presentando modificaciones al proyecto de explotación.

A continuación la reclamación centra su atención en el cambio de criterio del Servicio de Calidad Ambiental manifestado en el informe de 8 de febrero de 2016 en el que, reconsiderando los informes de 2012 y 2013, que posibilitaron la concesión de la prórroga, considera necesario modificar el pronunciamiento anteriormente realizado calificando el proyecto presentado como una modificación sustancial a la actividad; cambio de criterio que considera expresión de un claro funcionamiento irregular de la Administración y que ha motivado, junto con el resto de actuaciones que describe, unos daños y perjuicios que no tiene la obligación de soportar.

Otra anomalía que la reclamación imputa al actuar de la Administración es la relativa al encargo realizado por la Dirección General de Cultura-Institución Príncipe de Viana, en febrero de 2016, de realizar un estudio de caracterización del macizo Kárstico de Alkerdi y de su entorno de protección; encargo que el reclamante considera que hubiera tenido sentido en orden a determinar la compatibilidad de su protección con la actividad minera en el momento de decidir sobre la concesión o no de la prórroga, pero su finalidad no era otra que la de acabar con la explotación minera tal y como se demuestra por el hecho de que la mayor parte de sus conclusiones conllevan la declaración de tal incompatibilidad, y que el estudio sirviera para inscribir al Sistema Kárstico en el Registro de Bienes del Patrimonio Cultural de Navarra,

como Bien de Interés Cultural, en la categoría de Zona Arqueológica, ampliando así la protección de las cuevas de Berroberria y Alkerdi que ya habían sido declaradas BIC en 1985.

La reclamación referencia la Orden Foral 192/2016, de 12 de septiembre, del Consejero de Desarrollo Económico, declarando la nulidad de la Resolución 901/2013, por la que se concedió la prórroga de la concesión Alkerdi, motivada en la existencia de un defecto esencial en la tramitación, defecto imputable únicamente a la Administración y que conllevó un grave perjuicio que supuso la pérdida de un derecho de contenido patrimonial y la necesidad de tramitar un nuevo procedimiento, sometiéndolo al procedimiento de evaluación de impacto ambiental en el que, con base a los informes negativos de la Dirección General de Cultura-Institución Príncipe de Viana y del Servicio de Calidad Ambiental y Cambio Climático, se dictó la Resolución 197/2016, de 28 de octubre, de la Directora General de Industria, Energía e Innovación, por la que se denegaba la prórroga solicitada, ordenándose el cese de las labores de aprovechamiento de los recursos mineros y la adopción de las medidas de protección y la restauración del yacimiento.

Por lo que se refiere a la fundamentación jurídica, la reclamación, en primer lugar, justifica la presentación de la reclamación dentro del plazo del año desde que se produce o manifiesta el resultado lesivo que motiva la indemnización y que lo refiere a la Orden Foral 17/2017, del Consejero de Desarrollo Económico que confirmó la Resolución 197/2016, de la Directora General de Industria, Energía e Innovación, denegando la concesión de prórroga, precisando que el plazo quedó interrumpido como consecuencia de las impugnaciones judiciales que contra la misma se interpusieron, concluyendo con la Providencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2019 por la que se inadmitió el recurso de casación contra sentencia 229/2018, de 13 de junio del TSJ de Navarra; plazo que finalizaría el 18 de julio de 2020, pero al que hay que sumarle 79 días naturales en los que el plazo quedó suspendido en virtud de la Disposición Adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma.

En cuanto al fondo, tras referenciar los preceptos legales reguladores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, la reclamación considera su plena concurrencia. En tal sentido, entiende que ha habido un funcionamiento anormal o irregular de la Administración de la Comunidad Foral al separarse de los criterios de concesión, incurriendo el Servicio de Calidad Ambiental en graves contradicciones e incongruencias al retractarse en el informe de 8 de febrero de 2016 de sus informes anteriores que posibilitaron la concesión de la prórroga y entender, en ese momento, que el proyecto presentado en 2012 debía de haberse tramitado como una modificación sustancial sometiéndolo a evaluación de impacto ambiental y considerando, ahora, que tal impacto sería necesariamente negativo por incompatibilidad con la protección del patrimonio arqueológico, lo que conllevó, finalmente, la denegación de la prórroga solicitada.

Iguales consideraciones atribuye a la actuación de la Dirección General de Industria cuando ocho meses después de haber aprobado la prórroga de la concesión con el nuevo proyecto de explotación acuerda la suspensión de las voladuras por los posibles efectos adversos sobre las cuevas Berroberría y Alkerdi declaradas BIC, cuando esa declaración estaba vigente desde 1995 por lo que debería haberse tenido en cuenta desde el inicio de la solicitud de la prórroga.

La reclamación considera clara manifestación del funcionamiento anormal de la Administración el que la Resolución 901/2013, concediendo la prórroga solicitada, fuera finalmente declarada nula de pleno derecho por un defecto esencial en la tramitación del expediente imputable exclusivamente a la Administración.

También se considera negligente la conducta de la Administración en solicitar, con posterioridad a la concesión de la prórroga, el estudio de caracterización del macizo y sistema Kárstico de Alkerdi, ya que tenía que haberse realizado, en su caso, con ocasión de la tramitación del expediente de prórroga, negligencia que repercute sobre las resoluciones de denegación de la prórroga tras el nuevo procedimiento seguido.

…, considera que este conjunto de conductas inadecuadas de la Administración de la Comunidad Foral le han causado un daño, una lesión evaluable económicamente que se concreta en los gastos e inversiones ligados a la prórroga de la concesión realizados por la sociedad en el periodo de 2013 a 2017 y que devinieron inútiles por causa de errores y cambios de criterios imputables a la Administración; daños y perjuicios que cuantifica en 2.226.654,80 €, con apoyo en el informe pericial realizado por don…, economista colegiado nº…, al que luego nos remitiremos.

Por último, la reclamante considera que el daño por ella sufrido es un daño antijurídico que no tiene el deber jurídico de soportarlo ya que no existen causas de justificación capaces de legitimar el perjuicio material sufrido al no concurrir un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o eventualmente aceptado el perjuicio reclamado.

Informe económico aportado a la reclamación

El informe del economista colegiado don... dice tener por objeto la estimación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del otorgamiento indebido de la prórroga de la concesión de la cantera otorgada y que fue anulada por medio de la Orden Foral 17/2017, notificada el 17 de febrero de dicho año.

Este informe, en el capítulo de antecedentes e historial de la empresa, señala que su principal actividad fue la explotación del mármol de la cantera situada en Urdax que hizo que la empresa, en los años 90, se consolidara en un lugar privilegiado dentro del sector de canteras y pavimentos pero que, a partir de 2008, como el resto del sector, empezó a sufrir la crisis económica siendo su situación en 2010 muy delicada, encargándose diferentes estudios de viabilidad que concluyeron señalando que la empresa, tras una profunda reconversión, sería una empresa rentable. A partir de ese momento, el reinicio fue un proceso progresivo, realizando entre 2010 a 2014 labores de preparación de la cantera, limpiando las capas superiores hasta llegar a la zona en la que se encuentra el recurso. En esa fase, la producción era menor

y se esperaba alcanzar el nivel de producción comercial a partir de 2015. En agosto de 2014 se paralizan provisionalmente las voladuras y se sigue con la extracción del material a través de otros métodos. En febrero de 2017 se deniega finalmente la prórroga de la concesión.

Tras describir los criterios utilizados para realizar la valoración, concreta y cuantifica los daños emergentes que entiende que ha sufrido la mercantil..., de la forma siguiente:

1. **Gastos del periodo 2013-2017**

   Parte de la premisa de que si no se hubiera obtenido la prórroga de la concesión, no habría tenido actividad por lo que los gastos hubieran sido los propios del cese de actividad y no se habrían realizado gastos e inversiones. Al haberse concedido la prórroga se realizaron gastos que fueron parcialmente corregidos por los ingresos que fueron menores que los gastos afrontados.

   El informe los cuantifica en 1.158.087,62 €.

2. **Pérdida de valor de las inversiones de la empresa entre noviembre de 2013 y febrero de 2017**

   Calcula la pérdida de valor de los activos de la empresa por la diferencia del valor efectivo de los mismos antes de la declaración de oficio de la nulidad de la prórroga y su valor residual. Así, considerando un valor de las construcciones y terrenos de 1.967.724,57 € y aplicándole un coeficiente máximo de amortización del 5%, considera un daño indemnizable de 327.954,10 €. Por maquinaria y elementos de transporte, atribuye un daño indemnizable de 130.469,10 €, y por apertura de caminos, explanación y otros trabajos de explotación que quedan sin función, un valor de 610.054 €, dando un total por estos conceptos de 1.068.477,20 €.

I.4ª. La propuesta de resolución desestimatoria formulada por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra

La propuesta considera que, aunque la reclamante atribuye el carácter de acto lesivo a la Orden Foral 17/2017, del Consejero de Desarrollo Económico y no a la Resolución 197/2016, de 28 de octubre, de la Directora General de Industria, Energía e Innovación que fue el acto que denegó la prórroga y al que podría imputarse los efectos lesivos, la reclamación está dentro de plazo ya que el plazo para la acción de responsabilidad sería el mismo, es decir, el plazo de un año desde que se manifiesta el efecto lesivo mediante la Providencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2019 que al inadmitir el recurso de casación produce la firmeza de la Sentencia 229/2018, del TSJ de Navarra que desestimando el recurso interpuesto contra..., confirmó la Orden Foral 17/2017, que desestimó el recurso de alzada contra la Resolución 197/2016; y al que se le debe sumar los efectos de la suspensión de plazos establecido por el Real Decreto 463/2020, declarando el estado de alarma.

En cuanto al fondo, aunque considera que son cuestiones que exceden del objeto de la reclamación, analiza todas y cada una de las actuaciones que el reclamante considera son demostrativas de un funcionamiento anormal de la Administración. Así, por lo que se refiere al cambio de criterio del Servicio de Calidad Ambiental, recuerda que la Sentencia 251/2018, de 28 de junio, del TSJ de Navarra, que desestimó el recurso contra la Orden Foral 192/2016, que declaró la nulidad de pleno derecho de la concesión de la prórroga, reconoció expresamente que concurrían motivos para considerar, al amparo del artículo 78 del Decreto Foral 93/2006, que el nuevo Proyecto de Explotación conllevaba cambios sustanciales en la actividad, añadiendo que la declaración de nulidad no podría considerarse contraria a la equidad, toda vez que se basaba en la protección ambiental, ni contraria a la buena fe, cuando la hoy reclamante conocía que en la explotación de la cantera se producía una modificación sustancial como era la realización de voladuras y que para ello carecía de la correspondiente licencia de actividad, ni a los derechos adquiridos ya que la actividad está sometida a control administrativo de manera continua. Por lo tanto, considera correcto el cambio de criterio al

acreditarse la existencia de circunstancias justificativas, de las que el reclamante era perfecto conocedor, para entender que el nuevo Proyecto conllevaba modificaciones sustanciales y que, por tanto, debía someterse a la preceptiva evaluación ambiental.

Por lo que se refiere a la decisión de la Dirección General de Industria, Energía e Innovación de suspender, ocho meses después de conceder la prórroga, los trabajos de perforación y voladuras, recuerda que fue primeramente una decisión del Ayuntamiento de Urdazubi/Urdax y que, en cualquier caso, estaba motivada ante una situación de riesgo en la integridad de bienes de alto valor arqueológico, adoptada con apoyo en el artículo 116.2 de la Ley 22/1976, de 21 de julio, de Minas y en el artículo 142 del Reglamento General para el Régimen de la Minería; planteamiento que fue confirmado por la sentencia 204/2018, de 23 de mayo, del TSJ de Navarra, dictada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación de la reclamación de responsabilidad patrimonial solicitada por… por la suspensión de los trabajos de voladuras, cuando declaró que todos los requerimientos sobre presentación de estudios que justificaran la no afección de las voladuras estuvieron totalmente motivados, tal y como finalmente se constató al descubrirse, en agosto de 2016, grabados de la era paleolítica, no siendo cierto que el proyecto de voladuras tipo aprobado en 2012 contemplara la existencia de las cuevas; razones todas ellas por las que, la citada sentencia 204/2018, desestimó la pretensión de indemnización por la orden de paralización de las voladuras al no apreciar la concurrencia de los requisitos necesarios para ello.

Respecto a la afirmación de que la declaración de nulidad de pleno derecho de la concesión de la prórroga viniera motivada por haberse omitido el trámite esencial de la participación pública en la aprobación del Plan de Restauración, la propuesta de desestimación señala que era un trámite esencial determinante de nulidad, tal y como fue declarado mediante la Sentencia 251/2018, de 28 de junio del TSJ de Navarra, añadiendo que la Sentencia 22/2020, de 17 de febrero, también del TSJ de Navarra, dictada en el recurso interpuesto contra la inadmisión por prematura y extemporánea de la reclamación de responsabilidad patrimonial solicitada tras la declaración de

la nulidad de la prórroga, consideró que no concurrían los requisitos para su reconocimiento ya que la Administración actuó en todo momento conforme a derecho y de forma diligente, sin pasividad alguna, así como que la reclamante era conocedora de la transcendencia de sus actos.

Respecto a la invocación de la reclamante de que el estudio de caracterización del macizo y sistema Kárstico de Alkerdi debió de haberse realizado antes de su encargo en 2016 a la Sociedad…, expone que no se hizo en el momento en que se tramitó el expediente de prórroga de la concesión al no someterse a evaluación de impacto ambiental por no considerar el Servicio de Calidad Ambiental que se trataba de una modificación sustancial. Lo mismo sucedió cuando se aprobó, por Resolución 1151/2012, del Director General de Empresa e Innovación, el proyecto de voladuras tipo ya que el proyecto presentado por..., no contemplaba la existencia de ninguna cueva en su entorno de afección.

Sin embargo, desde el momento en que se suspendieron las voladuras y se presentó un nuevo proyecto de voladuras por la empresa en 2014, se encargaron estudios específicos que profundizaban en los trabajos e informes anteriormente existentes si bien, fue, como consecuencia del estudio realizado por la Sociedad…, cuando en agosto de 2016, se constató la existencia de arte rupestre, unos grabados hasta entonces desconocidos y catalogados como los más antiguos descubiertos en Navarra, lo que motivó su inscripción en el Registro de Bienes del Patrimonio Cultural de Navarra, como Bienes de Interés Cultural, en la categoría de Zona Arqueológica con la delimitación correspondiente y en la que queda incorporado el BIC anterior “Cueva de Alkerdi”. Por lo tanto, la propuesta considera que la actuación de la Administración fue la correcta, valorando la compatibilidad de la explotación con la protección del patrimonio arqueológico cuando se tramitó la declaración de impacto ambiental, momento en que se contaba con estudios que acreditaban su incompatibilidad.

Y, por último, con respecto a la afirmación de la reclamante de que si la Administración de la Comunidad Foral de Navarra hubiera actuado con la misma diligencia con que lo hizo en 2017, en el momento de la tramitación en

2013 del expediente de concesión de prórroga, ésta nunca se habría concedido y, por tanto, no habría realizado las inversiones que motivan los daños que ahora se reclaman, la propuesta vuelve a citar la Sentencia 251/2018, del TSJ de Navarra, cuando en su fundamento de derecho quinto afirma que la Orden Foral 192/2016 que declaró de oficio la nulidad de pleno derecho de la concesión de la prórroga no genera directamente daños a la demandante que deban ser resarcidos ya que al inicio de ese expediente, la actividad de la cantera estaba suspendida por resolución del Ayuntamiento de Urdazubi/Urdax y que, por tanto, los daños que la reclamante centra en el plan de inversiones y los gastos de explotación, en su caso, serían consecuencia de la suspensión de los trabajos de perforación y voladuras ordenada mediante Resolución 668/2014, del Director General de Industria, Energía e Innovación que fueron objeto de reclamación por responsabilidad patrimonial y que fue desestimada mediante sentencia 204/2018, de 23 de mayo, del TSJ de Navarra.

Y, a mayor abundamiento, vuelve a citar el fundamento de derecho sexto de la sentencia 22/2020, cuando señala que:

> *"Como ya hemos señalado antes, la Sentencia de esta Sala de 28/06/2018, Recuso: 113/2017; Nº 251/201, deja bien claro que la actuación de la Administración ha sido en todo momento conforme a derecho, es decir, no hay antijuridicidad de la misma actuó en todo momento de forma diligente, sin pasividad alguna, cuando tuvo conocimiento cabal de los hechos, a lo que hemos de añadir que el actor conocía la trascendencia de sus actos. Ello determina la desestimación del recurso, sin que proceda analizar la existencia o no de daños y perjuicios, por faltar la base de la reclamación, confirmándose la resolución recaída".*

Por último, en relación con la antijuridicidad del daño, la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación remitida por la Administración, considera que las actuaciones a las que la vincula ya fueron analizadas por el TSJ de Navarra, concluyendo que no era antijurídico ni el daño reclamado por la suspensión de los trabajos, ni los derivados de la anulación de la prórroga concedida en 2013, añadiendo que tampoco cabe considerar antijurídica la posterior denegación de la prórroga remitiéndose al fundamento de derecho quinto de la Sentencia 22/2020, cuando recuerda que la indemnización no es

consecuencia obligatoria de la declaración de nulidad del acto administrativo y que la mera titularidad de una concesión minera cuya explotación no prospera para proteger el medio ambiente, no comporta por sí solo la existencia de un daño antijurídico, sino que deben analizarse las circunstancias concretas, máxime estando ante un procedimiento de autorización complejo.

Con apoyo en todo ello, la propuesta concluye considerando que la denegación de la prórroga ha sido el resultado de un procedimiento de autorización reglado, justificado en causas legítimas, como es la protección del patrimonio arqueológico, decisión ratificada como ajustada a derecho por la sentencia 229/2018, de 15 de junio, del TSJ de Navarra. En definitiva, considera que los hipotéticos daños causados a..., no pueden ser considerados como antijurídicos, añadiendo que al no existir antijuridicidad en la conducta de la Administración no procede entrar a analizar la existencia y cuantificación de los daños reclamados.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La consulta que se nos efectúa versa sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración de la Comunidad Foral de Navarra formulada por la mercantil..., por los daños y perjuicios que considera se le han causado como consecuencia de la tramitación del expediente de concesión de la explotación minera Alkerdi en Urdazubi/Urdax, y que cuantifica en 2.226.654,80 euros.

El artículo 14.1.i) de la LFCN ordena que se consulte al Consejo de Navarra en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que se solicite una indemnización en cuantía igual o superior a trescientos mil euros.

En consecuencia, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo en cumplimiento del mandato legal anteriormente señalado.

II.2ª. Sobre competencia y tramitación del procedimiento

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP) regula en sus artículos 65, 67, 91 y 92, las especialidades propias de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

Por su parte, el artículo 122 de la Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral, establece que en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra el órgano competente para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial será la persona titular del Departamento cuya actuación haya podido generar aquella.

El expediente de responsabilidad patrimonial sometido a consulta se ha tramitado correctamente, se han incorporado al expediente los documentos necesarios para conocer los hechos que motivan la solicitud, se ha dado trámite de audiencia al interesado y se ha remitido a este Consejo la propuesta de resolución del expediente que motiva la petición de dictamen, tal y como establece el artículo 28.1 del Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo de Navarra.

En consecuencia, el procedimiento se está tramitando de conformidad con lo establecido por el ordenamiento jurídico.

II.3ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración, regulación y requisitos

Como se ha repetido por este Consejo de Navarra en dictámenes anteriores, la responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución de garantía de los ciudadanos prevista en el artículo 106.2 de la Constitución Española (CE), encontrándose su regulación en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

El punto de partida lo constituye el artículo 32.1 de la LRJSP, a cuyo tenor “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las

Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 32.2). Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 34.1 de la LRJSP). La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado (artículo 34.2 de la LRJSP). El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo (artículo 67.1 de la LPACAP).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en aplicación de la normativa antes indicada ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Citamos entre otras, en cuanto a los conceptos a analizar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014, en recurso de casación 4160/2011, que en su fundamento de derecho tercero dice:

> "La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa".
>
> En esa misma línea, la STS de 25 de septiembre de 2007, recurso de casación 2052/2003, con cita de otras anteriores, manifiesta que la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Se insiste, STS 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, con cita de otras muchas, que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración

de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995), 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

Por lo que se refiere a la ausencia de antijuridicidad del daño, la Sentencia del TS de 19 de febrero de 2008, Recurso 967/2004, señala:

"TERCERO.- Se cuestiona en la primera parte del motivo la apreciación de falta de antijuridicidad del daño efectuada en la sentencia de instancia, a cuyo efecto conviene señalar, que con tal requisito se viene a indicar que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto causante sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica. Así se ha reflejado por la jurisprudencia, señalando que la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración (S. 13-1-00, que se refiere a otras anteriores de 10-3- 98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00). En el mismo sentido, la sentencia de 22 de abril de 1994 , que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, señala: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)". Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados."

Por lo demás, como señala la STS de 20 de febrero de 2012 (Rec. 462/11), no hay que olvidar que la anulación de una decisión administrativa, no comporta necesariamente derecho a indemnización. Las consecuencias lesivas derivadas de la anulación de un acto administrativo pueden dar derecho a una indemnización, siempre y cuando concurran los presupuestos o requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración: daño efectivo que por ser antijurídico el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar, económicamente evaluable, y conectado causalmente con la actividad administrativa, ya que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pues no cabe interpretar el art. 139 de la Ley 30/1992 con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si se dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco se puede afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad, dado el carácter objetivo de la misma.

Del mismo modo, la concurrencia de tales requisitos cuando la responsabilidad patrimonial se deduzca en relación con la anulación previa de actos administrativos, debe exigirse incluso con más rigor que en el de daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que estos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo. En particular, y por lo que se refiere al criterio de antijuridicidad del daño, ésta no se anuda a la conformidad o no a Derecho de la actuación administrativa sino a que el resultado de la misma produzca en el administrado un perjuicio que este no tenga el deber de soportar. Y, en relación con los supuestos de anulación de actos, si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone sin más el derecho a la indemnización, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que la anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el

deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión. Quiere ello decir que el examen de la antijuridicidad no debe hacerse desde la perspectiva del juicio de legalidad del acto que fue anulado, sino desde la perspectiva de sus consecuencias lesivas en relación con el sujeto que reclama la responsabilidad patrimonial, en cuyo caso ha de estarse para apreciar dicha antijuridicidad a la inexistencia de un deber jurídico de soportar dichas consecuencias lesivas.

II.4ª. Improcedencia de la reclamación

Como se deriva de los antecedentes transcritos y de la propia reclamación, la mercantil... atribuye los daños que reclama a toda una serie de actuaciones realizadas por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra relacionadas con la tramitación del expediente de prórroga para la explotación de la concesión minera de Alkerdi y las diversas incidencias que, en relación con ella, se han producido, lo que entiende que le han ocasionado unos perjuicios económicos evaluables, individualizables y sobre los que no tiene el deber jurídico de soportarlos ya que, en su opinión, son unos daños antijurídicos fruto de un actuar irregular de la Administración.

En concreto, aunque de una forma un tanto confusa, atribuye los perjuicios a las siguientes actuaciones: una cierta negligencia del Servicio de Calidad Ambiental que en un primer momento consideró que el Proyecto de Explotación presentado junto con la solicitud de prórroga no conllevaba una modificación sustancial de la actividad anterior, lo que supuso conceder la prórroga solicitada sin haber sometido el expediente a declaración de impacto ambiental en la que debería haberse analizado la posible afección negativa a los yacimientos arqueológicos del sistema Kárstico de Alkerdi, con lo que la actividad no se habría autorizado y, en consecuencia, no se habrían acometido los gastos e inversiones que ahora se reclaman. A continuación, y en cierto modo de forma contradictoria, atribuye al mismo Servicio de Calidad Ambiental un incorrecto actuar, cuando a la vista de la problemática suscitada por las voladuras utilizadas para la explotación de la cantera, y las decisiones del Ayuntamiento de Urdazubi/Urdax y de la Dirección General de Industria, Energía e Innovación de suspender provisionalmente los trabajos de

perforación y voladuras, reconsidera su primitivo posicionamiento y concluye reconociendo que el nuevo proyecto de explotación debe entenderse como modificación sustancial de la actividad, debiendo someterse el proyecto a una declaración de incidencia ambiental analizando todas las afecciones que se puedan producir.

Un tercer motivo de reproche que se dirige al Servicio de Calidad Ambiental y que pretende fundamentar la reclamación formulada se basa en la, a su juicio, negligente tramitación del expediente de concesión de prórroga, ya que no sometió el Plan de Restauración al preceptivo trámite de participación pública, lo que determinó a la postre su nulidad.

Igualmente, se reprocha que la Dirección General de Cultura-Institución Príncipe de Viana encomendara a la Sociedad… el estudio de caracterización de las cuevas y del sistema Kárstico donde se sitúan, con la finalidad de someter a valoración la compatibilidad del proyecto con la conservación de los valores arqueológicos, cuando la realidad era que ya se conocían esos valores desde que en 1995 la cueva Alkerdi fue declarada Bien de Interés Cultural. Idéntica finalidad tendría, a juicio de la reclamante, la inscripción del Sistema Kárstico en el Registro de Bienes del Patrimonio Cultural de Navarra, como bien de Interés Cultural, en la categoría de Zona Arqueológica; actuaciones todas ellas que finalmente desembocaron en la denegación de la prórroga mediante la Resolución 197/2016, de la Directora General de Industria, Energía y Minas.

Como ya hemos señalado, algunas de las actuaciones anteriores han sido conocidas por este Consejo de Navarra en dictámenes anteriores (dictamen 53/2016, sobre responsabilidad patrimonial por suspensión de voladuras; dictamen 73/2016, sobre revisión de oficio por causa de nulidad de la prórroga de la concesión y dictamen 13/2018, sobre responsabilidad patrimonial por inscripción del Sistema Kárstico de Alkerdi como Bien de Interés Cultural) y, lo que es más importante, gran parte de las actuaciones anteriores han sido sometidas a control jurisdiccional, incluidas algunas reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por..., por los hechos que ahora se vuelven a invocar.

Así, mediante sentencia 204/2018, de 23 de mayo, del TSJ de Navarra, se desestimó el recurso contencioso-administrativo nº 37/2017, interpuesto por el reclamante contra la Resolución 255/2016, del Secretario General Técnico del Departamento de Desarrollo Económico que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial por el perjuicio económico sufrido a consecuencia de la suspensión de los trabajos de perforación y voladuras en la cantera Alkerdi. En dicha sentencia se indica que los requerimientos e informes exigidos para conocer la afección de las voladuras sobre yacimientos arqueológicos estaban totalmente justificados tal y como se constató al descubrirse los grabados de la era paleolítica que determinaron su inscripción como BIC en la categoría de Zona Arqueológica, por lo que desestimó tal reclamación.

Mediante Sentencia 251/2018, de 28 de junio, del TSJ de Navarra, se desestimó el recurso contencioso-administrativo 113/2017, interpuesto por... contra el Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 18 de enero de 2017, que desestimaba el recurso de alzada contra la Orden Foral 192/2016, de 12 de septiembre, por la que se declaraba de oficio la nulidad de la Resolución 901/2013, del Director General de Industria, Energía e Innovación, concediendo la prórroga de la concesión de explotación Alkerdi. Dicha sentencia, además de considerar acreditada la concurrencia del motivo de nulidad radical invocado, como informó este Consejo de Navarra, y entender que las facultades de revisión no se habían ejercitado de forma contraria a la equidad, a la buena fe, y sin incurrir en desviación de poder, en su fundamento de derecho quinto, analizó la causa de nulidad que se invocaba por el recurrente de no llevar aparejada la anulación del acto la declaración de indemnización que reclamaba y, al respecto, precisó que:

> "…Además, en este caso la Orden Foral 192/2016 no genera directamente daños a la demandante que deban ser resarcidos, ya que el inicio del expediente administrativo de revisión de oficio tuvo lugar con fecha 6 de junio de 2016 (Resolución 156/2016, de la Directora General de Industria, Energía e Innovación), mientras que la explotación de la cantera estaba suspendida por Resolución del Ayuntamiento de Urdax de 25 de julio de 2014 y por Resolución 668/2014, del Director General de Industria, Energía e Innovación del Gobierno de Navarra , de 12 de agosto, ante la alarma provocada por la voladura de 15 de julio de 2014

y ante el riesgo existente para la integridad de bienes de alto valor arqueológico, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 142 del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto. Frente a la resolución del Ayuntamiento, la demandante interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por Resolución 84, de 7 de noviembre de 2014, del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Urdazubi/Urdax interpuesto recurso de alzada ante el T.A.N., fue inadmitido por la Resolución del TAN de 17 de marzo de 2015. Por tanto, los daños que la demandante centra en el plan de inversiones y los gastos de explotación, en su caso, son consecuencia de la suspensión de los trabajos de perforación y voladuras en la cantera Alkerdi, ordenada mediante la resolución 668/2014, de 12 de agosto de 2014, que ya fueron objeto de reclamación por responsabilidad patrimonial ante la Administración Foral en fecha 25-11-2015, y ampliada por escrito de fecha 20-05-2016, que fue desestimada por la Resolución 255/2016, de 21 de noviembre, del Secretario General Técnico de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra , frente a la que la empresa demandante interpuso recurso contencioso administrativo, P.O. 37/2017 seguido ante esta Sala, en el que se ha dictado sentencia Nº 204/2018, de fecha 23 de mayo de 2018, que desestimó la demanda. En este procedimiento la parte demandante alegaba que dicha suspensión le ha causado un daño, que calcula en atención al proyecto de explotación que fue aprobado en 2014, y que asciende a la cantidad total de 1.579.011 euros…"

Por lo que se refiere a la solicitud de indemnización como consecuencia de la nulidad de la concesión de la prórroga, la citada sentencia 251/2018, del TSJ de Navarra, declaró que, *"este argumento no puede tener favorable acogida, toda vez que la Orden Foral 192/2016, no declaró la nulidad de la concesión de la prórroga de manera definitiva, sino que seguidamente se procedió a continuar la tramitación del expediente de prórroga con todos los trámites preceptivos que no se habían realizado en el expediente anterior y que culminó con la Resolución 197/2016, de 28 de octubre, de la Directora General de Industria, Energía e Innovación, por la que se denegó la prórroga de la concesión de la explotación Alkerdi, confirmada por la Orden Foral 17/2017, de 9 de febrero, del Consejero de Desarrollo Económico. Estas resoluciones fueron recurridas por la demandante en el P.O. 112/2017 en el que se ha dictado sentencia por la Sala de fecha 13 de junio de 2018, desestimatoria de la demanda y en cuyo suplico tampoco solicitaba la indemnización de los daños que se le hubieran irrogado por la denegación de la prórroga; lo que determina la desestimación de este motivo de recurso y*

con él de la demanda interpuesta al ser la resolución administrativa impugnada conforme al Ordenamiento Jurídico".

Y en efecto, la sentencia 229/2018 de 13 de junio, dictada por el TSJ de Navarra en el recurso 112/2017, confirmó la legalidad de la Orden Foral 17/2017 del Consejero de Desarrollo Económico que desestimó el recurso contra la Resolución 197/2016, de la Directora General de Industria, Energía e Innovación, denegando la prórroga de la concesión de la explotación Alkerdi. En dicha sentencia se reconoce que para la correcta tramitación de la prórroga era preceptiva la declaración de impacto ambiental al tratarse de una modificación sustancial de la actividad previamente autorizada tal y como viene manteniendo de forma unánime el Tribunal Supremo, al proclamar que la declaración de impacto ambiental no es ni un simple acto formal ni tampoco es inmutable, ya que las condiciones establecidas podrán modificarse, motivadamente y sin derecho a indemnización, cuando surjan circunstancias sobrevenidas que exijan la revisión de las condiciones y que, en este caso, se constata la existencia de circunstancias que hacen incompatible la preservación de la zona arqueológica de las cuevas de Alkerdi con la continuación de los trabajos de explotación y, por consiguiente, imposibilitan autorizar la prórroga, siendo un deber de los poderes públicos adoptar las medidas previstas en el Ley Foral para la protección de los bines del Patrimonio Cultural de Navarra.

Por otra parte, en la sentencia 8/2020, de 4 de febrero del TSJ de Navarra, dictada en el recurso 306/2018, se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la inscripción como BIC del Sistema Alkerdi Berroberria, señalando que: *"Por último, la demandante alega que la declaración e inscripción del Sistema Alkerdi Berroberria supone para…, la paralización de su actividad de explotación y solicita que la Administración le indemnice en la suma de de 42.546 € mensuales por el plazo que medie desde la inscripción del "Sistema Alkerdi Berroberria" en el Registro de Patrimonio Cultural de Navarra hasta que recaiga sentencia en el presente procedimiento más el coste de regulación de empleo durante el mismo periodo. Esta solicitud también deberá ser rechazada porque el objeto del procedimiento inicial es la conformidad o no a*

Derecho de la inscripción como BIC del Sistema Alkerdi Berroberria en el Registro General de Bienes de Interés Cultural del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con categoría de zona arqueológica y solamente podría estimarse una declaración de daños y perjuicios a favor de la demandante si la actuación administrativa fuera contraria al ordenamiento jurídico y como ya se ha expuesto a lo largo de esta sentencia se considera ajustada a derecho la actuación administrativa impugnada".

La citada Sentencia 8/2020, además estableció que*: "… Y en realidad, así lo viene también a entender la parte actora, que a la vez que interpuso la reclamación de responsabilidad patrimonial que ha dado lugar a esta Litis, interpuso otra reclamación por los daños y perjuicios, esta sí, que le había ocasionado la Orden Foral 192/2016 de 12 de septiembre del Consejero de Desarrollo económico anulando la prórroga de la concesión de explotación que le había sido otorgada en el año 2014. Esta reclamación ha dado lugar al procedimiento ordinario 313/2018, en tramitación. A la vista de lo expuesto, y reiterando que no existe relación de causalidad entre la inscripción del Sistema Alkerdi Berroberria como BIC y los daños reclamados, la demanda no puede prosperar, debiendo desestimarse en este aspecto".*

Y en la Sentencia 22/2020, de 17 de febrero del TSJ de Navarra, dictada en el Recurso Contencioso-Administrativo 313/2018, interpuesto contra la Resolución 72/2018, de 20 de abril del Secretario General Técnico del Departamento de Desarrollo Económico que inadmitió la reclamación de responsabilidad patrimonial por la nulidad de la prórroga de la concesión de explotación Alkerdi declarada por Orden Foral 192/2016, cuyo fallo fue corregido mediante Auto de 25 de febrero de 2020, en su fundamento de derecho cuarto se indicó que: *"aunque la Administración entendía que la reclamación debería ser inadmitida por cuanto no era firme la Orden Foral que anulaba la prórroga, en el momento de presentarse la reclamación "hemos de tener en cuenta que la Orden Foral que anulaba la prórroga de la concesión Alkerdi fue confirmada por la Sentencia de esta Sala y quedó firme al inadmitir la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto frente a ella, por lo que en este momento, por el devenir de los procedimientos administrativos y judiciales, resulta que el óbice procesal opuesto por la*

Administración no va a tener efecto, por lo que no ha lugar a la causa de inadmisibilidad y procede entrar a resolver la reclamación de daños y perjuicios".

Esa misma sentencia 22/2020, en su fundamento de derecho sexto, "De los daños y perjuicios debidos al funcionamiento anormal de la Administración", añadió que: *"La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización. En el presente caso, la recurrente basa su reclamación en la falta de publicación por parte de la Administración del plan de restauración, decisión de la Administración con base en un cambio de criterio de la Administración, que modificó la calificación de la modificación, pasando a ser sustancial, determinando la declaración de nulidad de la prórroga por ser la misma radicalmente nula. El motivo no puede ser estimado. Como ya hemos señalado antes, la Sentencia de esta Sala de 28/06/2018, Recurso: 113/2017; Nº 251/2018; deja bien claro que la actuación de la Administración ha sido en todo momento conforme a derecho, es decir, no hay antijuridicidad en la misma, actuó en todo momento de forma diligente, sin pasividad alguna, cuando tuvo conocimiento cabal de los hechos, a lo que hemos de añadir que el actor conocía la trascendencia de sus actos. Ello determina la desestimación del recurso, sin que proceda analizar la existencia o no de daños y perjuicios, por faltar la base de la reclamación, confirmándose la resolución recurrida".*

De lo anteriormente expuesto, debemos concluir afirmando que sobre las cuestiones que ahora se plantean en la reclamación de responsabilidad patrimonial que se nos somete a dictamen, existen algunos pronunciamientos judiciales firmes que deben ser respetados, que no pueden ser nuevamente enjuiciados y que su concreción servirá para determinar el objeto final al que debe referirse el análisis de la reclamación ahora estudiada.

Así, debemos que partir y tener en consideración que la declaración de nulidad de la Resolución por la que se concedió en 2014 la prórroga de la concesión de la explotación Alkerdi fue plenamente ajustada a la legalidad

(sentencia 251/2018 del TSJ de Navarra), y que de tal anulación no puede derivarse derecho indemnizatorio ya que la actuación de la Administración ha sido en todo momento conforme al ordenamiento jurídico, no existiendo antijuridicidad, lo que determina (Sentencia 22/2020 del TSJ de Navarra), que no proceda analizar la existencia de los posibles daños y perjuicios, por faltar la base de la reclamación, a lo que se ha de añadir que el actor conocía la transcendencia de sus actos.

Del mismo modo la sentencia 204/2018, consideró que tampoco se derivaba responsabilidad administrativa por las decisiones de la Administración que acordaron la suspensión de los trabajos de perforación y de las voladuras, al igual que hizo la sentencia 8/2020, por la inscripción del BIC del Sistema Alkerdi-Berroberria en la categoría de zona arqueológica.

En consecuencia, el objeto de análisis de la reclamación debe quedar circunscrito a determinar la posible responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra como consecuencia de la denegación de la prórroga de la concesión al considerar que la misma es incompatible con la conservación de los valores arqueológicos existentes en la zona afectada por la explotación, ya que otras actuaciones previas ya han sido enjuiciadas por decisiones judiciales que han ganado firmeza y a las que el demandante pretende atribuir, ahora nuevamente, el daño antijurídico que reclama. Además, así se pone de manifiesto en el propio escrito de reclamación cuando en el punto 2 del fundamento de Orden Procedimental, al analizar el plazo para la correcta formulación de la reclamación, precisa que el resultado lesivo que motiva la indemnización que reclama es la Orden Foral 17/2017 del Consejero de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra que confirmó en alzada la Resolución 197/2016, de la Directora General de Industria, Energía e Innovación por la que se denegó definitivamente la prórroga de la concesión Alkerdi a... Es más, si realmente se estuvieran reclamando los daños y perjuicios derivados de la declaración de nulidad de la concesión de la prórroga, la reclamación habría prescrito al haber transcurrido el plazo del año, más los 79 días de suspensión por efecto del Estado de Alarma, a contar desde el 28 de marzo de 2019, día en que se dictó

la providencia del Tribunal Supremo inadmitiendo el Recurso de Casación, confirmándose la legalidad de tal nulidad.

Como ya ha sido reiteradamente expuesto, este nuevo procedimiento de enjuiciamiento de la concesión de la prórroga de la explotación minera Alkerdi, surge como consecuencia de una reconsideración del proyecto de explotación efectuada por el Servicio de Calidad Ambiental a la vista de cómo se venía ejercitando la actividad extractiva y de la problemática suscitada con las voladuras efectuadas por la empresa para el aprovechamiento del material extractivo. Ante esta situación, se realiza un nuevo análisis del proyecto constatándose que existen motivos fundados para considerar que el proyecto de explotación presentado junto con la solicitud de la prórroga de la concesión, debió ser considerado como una modificación sustancial del proyecto anterior. La sentencia 22/2020, del TSJ de Navarra, recurso contencioso-administrativo nº 313/2018, declaró que: *"Aunque la parte demandante sostiene que no hay una modificación sustancial de la explotación, está debidamente acreditado que sí que se había producido tal modificación sustancial en la explotación. Así, el Servicio de Calidad Ambiental y Cambio Climático, el 8 de febrero de 2016 emitió un informe de reconsideración sobre el proyecto de explotación de la cantera señalando que procede revisar la calificación que se hizo en sus informes de 20 de noviembre de 2012 y 31 de mayo de 2013 sobre el carácter de modificación sustancial o no del proyecto presentado. Tras analizar a la luz del art. 78 del Decreto Foral 93/2006 los cambios introducidos en la actividad, considera que concurren algunas circunstancias que determinan la consideración de modificación sustancial de una licencia de actividad clasificada, en concreto: el incremento de la capacidad de producción de la instalación de más del 100 por 100 en unidades de producto o servicio (el material extraído pasa de 10.000 a 68.438 m3 ; el volumen de estériles extraídos de 7.000 a 70.509 m3 y el volumen de mármol de 3.000 a 7.929 m3), se produce un incremento superior al 25 por 100 de la emisión másica de los contaminantes atmosféricos ya que antes no había emisiones y ahora hay emisiones por la nueva planta de trituración y, además, considera que el nuevo tráfico generado supone una realidad que a nivel municipal puede provocar afecciones que deberían evaluarse adecuadamente en dicho ámbito,*

siendo la problemática de la seguridad de las voladuras una cuestión a resolver en el ámbito expreso de la seguridad minera. El informe concluye señalando que procede en este momento realizar un pronunciamiento modificando el anteriormente realizado calificando el proyecto presentado en 2012 como una modificación sustancial de la actividad previamente autorizada".

Acreditada la concurrencia de circunstancias o hechos que determinaron la reconsideración de la actividad como modificación sustancial resulta, como consecuencia lógica y necesaria, el sometimiento del proyecto de actividad a una previa declaración de evaluación de impacto ambiental, tal y como establece la sentencia 229/2018, del TSJ de Navarra, cuando recuerda que "El Tribunal Supremo ha establecido de manera uniforme la necesidad de evaluación de impacto ambiental en el caso de instalaciones o explotaciones ya existentes cuando se produzca una modificación sustancial como puede verse, entre otras, en la STS de 7 de abril de 2005, recurso 5431/2002 de 20 de diciembre de 2016".

Y es que, la intervención administrativa sobre el ejercicio de actividades en materia extractiva es de carácter continuo y permanente, tal y como reconoce el artículo 14 de la Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental y el artículo 79 del Decreto Foral 93/2006, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el reglamente de desarrollo, cuando prevén la posibilidad de modificación de oficio de la licencia de actividad clasificada y sin derecho a indemnización cuando los impactos o afecciones ambientales de la actividad o circunstancias sobrevenidas, hagan necesario revisar las condiciones establecidas en la licencia.

Y esta facultad de revisión de la autorización a las circunstancias sobrevenidas no es consecuencia de la previa declaración de nulidad de la Resolución por la que se concedió en 2014 la prórroga solicitada ya que, aun cuando no se hubiera cometido el defecto procedimental de no haber sometido a participación pública el Plan de Restauración y, por tanto, tal Resolución hubiera sido jurídicamente válida, la Administración siempre estaría facultada para someter la actividad a una nueva declaración de

impacto ambiental para constatar si esas modificaciones sustanciales en el ejercicio de la actividad pueden ser compatibles con los valores medioambientales o arqueológicos que deben ser objeto de protección, ya que los administrados no tienen un derecho absoluto al ejercicio de las actividades mineras si las mismas no garantizan adecuadamente los valores de interés público y general dignos de protección, teniendo que asumir los perjuicios económicos que de ello pueda derivarse, ya que los mismos, aunque traigan causa de la decisión administrativa de prohibir la actividad, no tienen el necesario carácter antijurídico que es requisito esencial para que pueda declararse la existencia de responsabilidad patrimonial con el consecuente deber de indemnizar.

En el presente caso, la actuación de la Administración de la Comunidad Foral denegando finalmente la prórroga de la concesión ante los informes que acreditaban que la explotación minera resultaba incompatible con la protección de los yacimientos arqueológicos y pinturas rupestres existentes en el Sistema Kárstico de Alkerdi-Berroberria, de indudable valor y que mereció su reconocimiento y protección como Bien de Interés Cultural en la categoría de Zona Arqueológica, no puede calificarse ni de arbitraria ni infundada, sino amparada en el ejercicio de las facultades legalmente reconocidas por la legislación medioambiental, minera y del patrimonio histórico-artístico, tras una valoración de las circunstancias concurrentes, mediante expediente tramitado con audiencia del interesado y cuya decisión final fue plenamente confirmada por Sentencia firme del TSJ de Navarra.

Además, debe indicarse que si se ha llegado a tal extremo, en parte, es debido a la propia conducta de la reclamante... ya que, conocedora de las nuevas condiciones de la explotación de la prórroga, su intensidad, extensión y utilización de voladuras de gran potencia, debió ponerlo de manifiesto en el momento de la solicitud de la prórroga, indicando que el nuevo proyecto de explotación suponía una modificación sustancial del anterior por lo que debió presentar, en una actitud diligente y respetuosa con el marco jurídico de actuación, la declaración de evaluación ambiental y analizar sus repercusiones sobre las cuevas de Alkerdi que, como reconoce y defiende, ya estaban protegidas como Bien de Interés Cultural.

En definitiva, a juicio de este Consejo de Navarra no concurren los requisitos necesarios de antijuridicidad y relación causal entre la conducta realizada por la Administración de la Comunidad Foral y los daños y perjuicios reclamados por..., para que deban ser indemnizados.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que debe desestimarse la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por..., por los daños y perjuicios derivados por la denegación de la prórroga de la concesión de la explotación Alkerdi en Urdazubi-Urdax.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.