



ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 13 de febrero de 2002, D. F. A. M. en representación de E., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios que sendas resoluciones de 24 de mayo y 26 de julio de 1991 del Director de la extinta Agencia Regional para el Medio Ambiente y la Naturaleza (en adelante ARMAN) ocasionaron a la indicada mercantil.

Por la primera de ellas la Administración ejercita un pretendido derecho de adquisición por retracto (artículo 17 de la Ley de Patrimonio Forestal de 10 de marzo de 1941) de la finca denominada «S. de C.» propiedad de la ahora reclamante, adquirida el 2 de noviembre de 1988 por un precio, según escritura de compra-venta, de 20.000.000 de pesetas, importe que también es el del retracto. De la descripción de la finca que recoge la referida resolución destaca su carácter rústico, con una extensión de 877 hectáreas, 97 áreas y 35 centiáreas, que se encuentra ocupada en parte por espartales, atochares y demás monte bajo, con alguna porción plantada de olivos, higueras, pinos y otros árboles, existiendo varios pozos y un edificio de 790 metros cuadrados, un almacén y un aljibe.

La segunda desestima el recuso de reposición interpuesto por E. frente a la primera.

Tras la tramitación del retracto que culmina con la toma de posesión de la finca por parte de la Administración regional, el 12 de julio de 1991, E. interpuso recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones reseñadas, que fue estimado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, 745/93, de 13 de octubre de 1993, al considerar que cuando la Administración ejercitó la acción de retracto forestal ésta ya había caducado, así como que las características de la finca no la hacían susceptible de ser objeto del retracto previsto en la Ley de Patrimonio Forestal.

Interpuesto recurso de casación contra la referida resolución judicial, la Sala 3^a del Tribunal Supremo declaró, en sentencia de 5 de febrero de 2001, no haber lugar al recurso por infracción del artículo 96.2 de la Ley Jurisdiccional, en relación con su artículo 93.4, al no justificar la Administración regional en qué medida la infracción de una norma no emanada de los órganos de la Comunidad Autónoma había sido relevante y determinante del fallo recurrido. A la fecha de la reclamación E. aún no había sido restituida en la posesión de la finca, lo que le impide una exacta cuantificación de los perjuicios ocasionados. No obstante, y a reserva de esa valoración definitiva, se reclama una indemnización de 1.680.047.567 pesetas, más el interés legal correspondiente. Dicha cantidad se basa en un autodenominado «*informe del lucro cesante por la pérdida de posesión de una finca de 903 ha.*», elaborado por un Ingeniero Agrónomo en febrero de 2002 y aportado junto a la reclamación. Según el punto 5 del informe y bajo el epígrafe «criterio de valoración», se indica: «*teniendo en cuenta que se ha privado la posesión de la finca, se entiende que las pérdidas ocasionadas son las correspondientes a los flujos medios de caja que tendría la explotación si se hubiese dispuesto de ella en toda su potencialidad. Por tratarse de una explotación agrícola mayoritariamente, los flujos considerados no pueden ser los de un año aislado, ya sea de plena producción, ni de implantación, ya que no nos reflejarían flujos reales. Es por tanto el criterio seguido el basado en obtener unos flujos medios obtenidos por la suma tanto de los años de implantación donde*

sólo hay inversión y pérdidas, junto con los años de plena producción en donde los flujos son bastante positivos".

Según el citado informe, la valoración se habría realizado teniendo en cuenta los siguientes aprovechamientos de la finca:

cítricos 200 ha. 1.273.296.200

monte maderable 300 ha. 106.451.400

monte bajo erial 303 ha. 300.299.967

masa arbórea 100 ha. 0

SEGUNDO.- Por Orden de la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente de 14 de marzo de 2002, se admite a trámite la reclamación y se designa instructora, quien, tras incorporar al procedimiento las actuaciones obrantes tanto en el expediente del retracto del que trae causa la reclamación como las referidas a los procedimientos contencioso y casacional, solicita informe a la Dirección General del Medio Natural, centro directivo que ha asumido, parcialmente, las competencias de la extinta ARMAN.

TERCERO.- De las actuaciones incorporadas al expediente, interesa destacar el Informe y valoración de la finca ahora denominada «S. de C.» (folio 39) que, según la propuesta de resolución, es emitido en febrero de 1991 por el Servicio Forestal de la ARMAN. En él consta como cabida real de la finca la de 903 ha., de las cuales unas 3 se encuentran abancaladas para cultivo agrícola, pero abandonadas. La distribución superficial del terreno recoge 145 ha. como «monte maderable», 578 ha. como «pastos» y 180 ha. como «inforestal».

El monte maderable contiene unos 40.000 pinos no maderables por presentar un diámetro inferior a 20 cm. y 30.000 pinos maderables.

Consta, así mismo, la existencia de una mina de hierro abandonada y una cantera de adoquines sin explotar. Finalmente, concluye que al estar incluida en el perímetro de protección de la Sierra de Carrascoy, tiene un alto interés ecológico, siendo importante adquirir la finca con el objetivo principal de su repoblación en prevención de avenidas y para detener los elevados niveles de erosión que presenta el terreno.

CUARTO.- Con fecha 4 de abril de 2002, se emite informe conjunto por el Director Conservador del Parque Regional del Valle y Sierra de Carrascoy y el Jefe de Servicio de Gestión y Ordenación de los Recursos Naturales, dependientes ambos de la Dirección General del Medio Natural, donde se recoge que:

- *No se ha realizado aprovechamiento de ningún tipo en la finca denominada "S. de C. " desde que se tomó posesión de la misma el doce de julio de 1991.*

- *Durante los años en que dicha finca ha estado a disposición de la Administración Forestal Regional, se han estado realizando labores de vigilancia de la finca a través de la Guardería Forestal, así como otras actuaciones que actualmente se encuentran en ejecución, dependientes del Servicio de Ordenación y Gestión de los Recursos Naturales, consistentes en el arreglo de caminos, con el objeto de la mejora ambiental del Parque Regional "El Valle y Sierra de Carrascoy" aumentando la efectividad en la prevención y extinción de incendios forestales en dicho Parque Regional.*

- *En lo referente a los hipotéticos perjuicios que se alegan hemos de hacer constar que la finca se encuentra ubicada en el Parque Regional de Carrascoy, quedando sometido su uso a lo ordenado en el Plan Especial y siendo el uso que en este se ordena para dicha finca el medioambiental, el cual, es el que se ha cumplido desde que fue aprobado dicho Plan y sigue cumpliéndose, por lo que no es de apreciar que se haya producido ningún perjuicio".*

Al informe se adjunta un plano (folio 207) del referido Parque Regional, en el que se refleja la ubicación de la finca. Así, puede apreciarse que ésta se ve plenamente afectada por el Plan Especial de Protección de la Sierra de Carrascoy y del Puerto, también incorporado al

expediente, donde se establecen diversos niveles de protección medioambiental que sirven como criterio para la zonificación del parque. Los terrenos comprendidos en la finca inicialmente retraída se incluyen hasta en cinco zonas, con sus correspondientes niveles de protección.

QUINTO.- Tras conocer el informe y los documentos que al mismo se adjuntaban la instructora solicita a la Dirección General del Medio Natural que se pronuncie de forma específica, entre otras cuestiones, acerca de:

- a) Las manifestaciones contenidas en el escrito de reclamación y en el informe de valoración de daños en que se fundamenta.
- b) Aprovechamientos de todo tipo existentes en la finca en la fecha (12 de julio de 1991) en que se tomó posesión de ella, con su valoración económica y usos que sobre la misma permitía el planeamiento urbanístico vigente entonces.
- c) Valoración de eventuales perjuicios derivados del retraso en la ejecución de la sentencia.
- d) Si se ha requerido a la Administración regional la fijación de día y hora para la entrega física de la posesión de la finca.

En contestación a dichas cuestiones se emite nuevo informe en el que, tras reiterar parte del contenido del anterior, el Director Conservador del Parque Regional "El Valle y Sierra de Carrascoy" indica que la finca ha experimentado una gran mejora en los años en que ha estado a disposición de la Administración regional dado que se ha declarado Refugio de Caza, lo que aumenta el valor del terreno al incrementarse el número de especies cinegéticas, y gracias también a las labores de vigilancia, pues se encuentra en perfecto estado, al haberse protegido contra los incendios forestales y la caza furtiva, habiendo estado sometida a un uso medioambiental y de protección y mejora del medio que la Administración ha llevado a cabo de forma óptima.

Este informe se acompaña de un nuevo plano de la finca en el que se aprecia su emplazamiento dentro del Parque Regional y la afectación de la misma por las diversas zonas y niveles de protección que establece el Plan Especial de Protección de la Sierra de Carrascoy y del Puerto, conforme al siguiente detalle:

- a) La zona más elevada de la finca (entre los 800 y 1000 metros de altitud aproximadamente), se insertaría en el área "Ia", con un nivel de protección total ó "I", donde se configuran como usos prohibidos: cualquier edificación o uso urbanístico, la construcción de cualquier infraestructura, el aprovechamiento forestal ("ni de leñas"), agrícola, pecuario o extractivo, permitiendo únicamente un aprovechamiento cinegético en su grado más restrictivo (control de poblaciones).
- b) Entre los 500 y los 800 metros, aproximadamente, los terrenos se ven afectados por el nivel de protección "II", área "Ila", donde además de los usos permitidos en el nivel de protección anterior, se permite el aprovechamiento forestal, pecuario y cinegético, aunque con limitaciones. Así, el aprovechamiento forestal remitirá ante la finalidad esencial de persistencia del monte y la normal restauración de su cobertura vegetal con las especies autóctonas o las más adecuadas al medio, quedando subordinado el aspecto económico del aprovechamiento al medioambiental. Por ello, antes de cualquier disfrute o aprovechamiento forestal será necesario confeccionar un proyecto de acción dasonómica que lo regule y establezca las medidas de repoblación con las especies más adecuadas. Mientras el proyecto no sea confeccionado, *"sólo podrá realizarse el disfrute de leñas, pecuario, por ganado lanar y cabrío con las debidas medidas de proporcionalidad que establece el Ministerio de Agricultura y cinegético, por los propios propietarios"*.

Se limitan las construcciones permitidas a refugios forestales y edificaciones necesarias para el aprovechamiento forestal, aunque estas últimas únicamente si se acredita la previa existencia

de una explotación forestal.

"Con la salvedad de las zonas actualmente en cultivo, los terrenos incluidos en el área no podrán ser destinados para aprovechamiento agrícola, constituyan o no, en la actualidad, zonas boscosas, quedando totalmente prohibido su cambio de destino efectivo o potencial forestal con la implantación de cultivos agrícolas sean de secano o regadío".

También dentro del nivel de protección "II", aunque en el área "IIb", se encuentran dos zonas en las que se permite la *"explotación por canteras de extracción de rocas industriales (metabasitas)".*

c) Entre los 400 y los 500 metros aproximadamente, los terrenos se encuentran incluidos en el nivel de protección "III", área "IIla", que *"constituye el límite de los cultivos, debiendo servir de freno a la expansión de los mismos".* Se permite la instalación de lugares de recreo colectivo.

"En los terrenos incluidos en esta área, sean o no boscosas (sic) que pertenezcan a particulares quedará prohibido (sic) su transformación para destino agrícola favoreciéndose por el contrario, la sustitución de áreas de cultivo que actualmente pueda haber mediante la plantación de especies arbóreas autóctonas".

Se permite la construcción de viviendas aisladas, aunque con severas restricciones, entre las que destaca que la parcela mínima afecta a la edificación será de 50 ha., todas ellas incluidas en el área.

d) Finalmente, una ínfima parte de la finca, en la zona menos elevada (entre los 440 y los 480 metros aproximadamente) y donde se localiza la única edificación en ella existente, se incluye dentro de la denominada "franja de respeto", con nivel de protección "IV", cuya finalidad es la de *"establecer una zona de influencia preservándola de usos y actividades que puedan tener un impacto de difusión negativo sobre las áreas protegidas".* Por ello, se prohíbe la construcción de edificaciones e instalaciones relacionadas con las actividades agrícolas o ganaderas o con actividades calificadas como molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Para autorizar la construcción de viviendas unifamiliares se tendrá especialmente en cuenta que respondan a necesidades del aprovechamiento agrícola, al efecto de impedir la creación de núcleos de población.

Asimismo, en contestación al requerimiento de la instructora para que se pronunciara la Dirección General del Medio Natural acerca de la valoración de los daños que se podían haber producido, un Ingeniero Agrónomo de ésta emite informe en los siguientes términos:

"Visitada la finca indicada en el expediente y georeferenciada en la cartografía de que se dispone, examinados los mapas de cultivo y la fotografía aérea correspondiente al año 1991 se deduce que la zona de cultivos que existía en esa época se reducía a dos pequeñas zonas al sur de la finca, en cultivo precario de cereal la mas oriental y con abancalamiento realizado antes del año 1979 y sin cultivar desde entonces, tal y como se (sic) en las fotos sucesivas, en el límite de poniente.

La finca estaba sometida desde el año 1985 a la normativa del Plan Especial de Protección de la Sierra de Carrascoy y del Puerto.

Dicha normativa divide la zona en cuatro áreas de categoría diferente según la rigurosidad de protección. La mayor parte de la finca comprendida en áreas I, II, y III. En todas ellas se limita rigurosamente la posibilidad de cultivo, así en el nivel de protección III apartado B) se dice "En los terrenos incluidos en este área, sean o no boscosos que pertenezcan a particulares quedará prohibido su transformación para destino agrícola favoreciéndose por el contrario, la sustitución de áreas de cultivo que actualmente pueda haber mediante la plantación de especies arbóreas autóctonas".

El área IV es una zona denominada de respeto en la que sería factible el desarrollo de los cultivos.

La superficie cultivada o transformada para cultivo preexistente comprendida en la zona III es de aproximadamente 8 ha.

La zona cultivada, o transformada para cultivo, preexistente y comprendida en la zona IV es de diez hectáreas aproximadamente.

Con estos antecedentes pasamos a analizar la valoración presentada

Parece incongruente considerar la posibilidad de disponer de 200 ha para cultivo de cítricos ya que cualquier superficie dentro de los límites de las zonas I, II, III, no estaría autorizada. Los cultivos existentes pudieran ser tolerados dentro de su forma tradicional que en ningún caso comprendería el regadío.

Por otra parte si bien se dice en los informes periciales de la existencia de tres pozos en ningún caso se indican los datos técnicos de profundidad, caudales, calidad; ni los datos legales de concesión que pudiera permitir el uso de dichos pozos, conforme a la Ley de Aguas entonces vigente, en un acuífero declarado sobreexplotado. De cualquier manera el precio del agua como coste en la valoración que hace se cuadriplicaría.

Por tanto los únicos cultivos posibles tanto legal como técnicamente serían de secano y en una superficie máxima de 20 ha, de las cuales 14 serían de cereal que es lo que por estar en la zona III, y ser lo que en ese momento tenían, les sería permitido.

Respecto a la ganadería considerada en las zonas de protección II y III parece que la cifra dada de 2500 cabezas en 303 ha. nos da un coeficiente a todas luces elevado para el tipo de pasto que se dispone, por supuesto en secano. Por tanto tendríamos un mayor coste de la alimentación suplementaria, y un mayor número de pastores, si la finalidad es el pastoreo.

Creo que una estimación más exacta, para valorar la posible perdida, se debería hacer basándose en valor del arriendo de pastos de la zona para un rebaño inferior a 200 cabezas durante 8 meses".

Finalmente, se incorpora al expediente un informe emitido por un Asesor de Apoyo de la Dirección General del Medio Natural que pone de manifiesto las importantes limitaciones que para el aprovechamiento de la finca supone la existencia del Parque Regional de Carrascoy y El Valle, y que, al no haber sido contempladas por el informe de valoración de daños aportado junto a la reclamación, lo desvirtúan. Asimismo incide la referida Dirección General en la inexistencia de superficie agrícola cuando la Administración toma posesión de la finca en el año 1991. Concluye el informe expresando que el 22 de mayo de 2002 se restituyó en la posesión del predio a E., S.A., acompañando la correspondiente acta y el plano correspondientes a dicho acto, en los que no se hace constar incidencia alguna por parte de la mercantil.

SEXTO.- Con fecha 2 de julio de 2002 la instructora requiere de nuevo al Centro Directivo responsable para que informe acerca del aprovechamiento de la finca como monte maderable, aportando una valoración alternativa a la efectuada en la reclamación, y que se amplíe la información acerca de la constitución de un Refugio de Caza en la zona. Respecto a este último aspecto, se informa que desde el 8 de marzo de 1996 no se ha cazado en la finca, aumentando el número de individuos de las especies cinegéticas, así como el valor de la finca en función de las nuevas rentas que por el aprovechamiento cinegético pudiera devengar.

Respecto del aprovechamiento maderero, se indica que *"en función de la climatología (precipitación) y las condiciones físicas del terreno (pendiente, exposición de solana, etc.), la función principal de la zona forestal de la finca es la función protectora y no la productora de madera que se establece en el informe del lucro cesante por pérdidas de posesión de la finca, presentado por los demandantes. Los beneficios indirectos generados por la zona forestal de la finca han repercutido sobre la propia finca en protección del terreno frente a la erosión, beneficios hidrológicos, paisajísticos, ecológicos, etc., durante los casi once años de pérdida de la posesión de la finca, por lo que en la zona forestal arbolada no se han producido los*

perjuicios alegados en el informe de los demandantes como monte maderable".

En función de lo expuesto, el informe concluye afirmando que la valoración de los aprovechamientos forestales, limitados a la caza y los pastos, arrojaría un resultado de 42.282,87 euros, para los once años de pérdida de posesión de la finca.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a la mercantil reclamante, su representante solicita y obtiene copia de diversos documentos obrantes en el expediente, presentando, fuera del plazo concedido al efecto, escrito de alegaciones en el que se ratifica en la reclamación efectuada, al entender que las actuaciones de la Administración no han desvirtuado la valoración de daños que se aportó junto a aquélla, dado que únicamente efectúan una descalificación genérica.

OCTAVO.- Solicitudada a la Dirección de los Servicios Jurídicos información acerca de la fecha en que la sentencia del Tribunal Supremo fue notificada a la reclamante, se comunica que lo fue el 7 de febrero de 2001.

NOVENO.- Con fecha 3 de febrero de 2003 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria, al considerar que no concurren los requisitos que la Ley exige para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en particular, por la ausencia de lesión efectiva antijurídica imputable a las resoluciones de la ARMAN por las que se realizó el retracto forestal de que trae causa la reclamación. Las razones que fundamentan la propuesta residen en que la finca retraída se encontraba con unas muy importantes limitaciones de uso dada su ubicación en el Parque Regional de El Valle y Sierra de Carrascoy, que impedían desde el año 1985 el aprovechamiento económico intensivo de la finca, por lo que la descripción y valoración de las ganancias dejadas de obtener no son sino meras expectativas que ni tan siquiera tenían amparo en el momento del retracto. Por otra parte, considera que no hay indicio de ilicitud en el ejercicio del retracto por parte de la ARMAN, dado que la conducta de la Administración forestal estuvo apoyada en el ordenamiento jurídico, era adecuada al carácter protegido de la finca y su finalidad fue la preservación de un espacio natural protegido.

En tal estado de tramitación, V.E. remitió el expediente a este Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, por escrito que tuvo entrada el 14 de febrero de 2003.

A los anteriores hechos resultan de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Procedimiento y legitimación.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para este tipo de reclamaciones, sin que se aprecien carencias formales. Sí ha de destacarse, no obstante, que se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver y notificar que el artículo 13.3 RRP establece en seis meses. Del mismo modo, se han infringido numerosos plazos parciales para la realización de actos de trámite, fundamentalmente los establecidos en los artículos 10 y 12 del referido Reglamento.

La legitimación activa reside en quien sufre el perjuicio que, en el supuesto planteado y dados los daños que se imputan a la actuación administrativa, será el propietario de la finca que se ve

privado de su posesión. Recayendo el dominio en una persona jurídica (E., E. C., S.A.), su representante ha acreditado suficientemente, mediante la presentación de copia de escritura de poder, la condición con que actúa. La legitimación pasiva corresponde al órgano administrativo que haya asumido las competencias de la extinta ARMAN, que no es otro que la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente, de conformidad con la Ley 6/1993, de 5 de noviembre, de supresión de la Agencia Regional para el Medio Ambiente y la Naturaleza, cuyo artículo 1 atribuye a la entonces Consejería de Medio Ambiente las competencias que la Ley de creación de la Agencia (Ley 10/1986, de 10 de diciembre) asignó al organismo autónomo.

TERCERA.- Plazo para reclamar.

El artículo 142.5 LPAC dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, previsión asimismo contenida en el artículo 4.2 RRP. Esta norma debe ser completada con el 142.4 LPAC al establecer 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, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva* (sentencia firme dice el artículo 4.2 RRP), *no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5".*

Una interpretación literal de la norma supondría la aplicación de este último precepto al supuesto sometido a consulta, lo que a su vez llevaría a concluir que, en el momento de presentar la reclamación, el 13 de febrero de 2002, ya habría prescrito el derecho a reclamar de E., atendiendo a la fecha (7 de febrero de 2001) en que le fue notificada la sentencia del Tribunal Supremo por la que se declaraba no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración regional frente a la sentencia que anuló las resoluciones de la ARMAN. Sin embargo, la previsión contenida en el citado apartado debe ser considerada no sólo a la luz del principio "pro actione" que postula una interpretación no restrictiva de los requisitos temporales de la acción, sino también en función del carácter de los daños por los que se reclama.

Los perjuicios imputados a la actuación administrativa se configuran como lucro cesante, es decir, ganancias dejadas de obtener como consecuencia de la privación posesoria de la finca. Dichos daños, dado que al momento de presentarse la reclamación todavía no se ha restituido a la mercantil interesada la posesión de su finca, cabe entender que se producen de forma continuada en el tiempo, durante el periodo que abarca desde el momento en que se priva a la mercantil propietaria de la posesión de sus terrenos hasta que dicha posesión es restituida. Cuando los daños son continuados, es decir, nacen de una unidad de acto, se producen día a día y sin solución de continuidad, el Tribunal Supremo viene entendiendo que no es exigible al perjudicado que presente la acción de resarcimiento mientras los perjuicios siguen produciéndose, cuando todavía no tiene posibilidad de conocer su alcance total y a sabiendas de que el hecho causante de los mismos no se ha extinguido. En tales casos, *"ha de esperar a que finalice el efecto lesivo, sin que antes comience a computarse el plazo para reclamar unos daños que todavía no se habían acabado de producir"* (Sentencia de 12 de mayo de 1997, Sala 3^a). En la base de dicha interpretación late el principio de la "actio nata", retrasando el comienzo del plazo de prescripción al momento en que la acción pudo ejercitarse.

Del mismo modo, el ánimo de garantizar el derecho a reclamar del interesado inspira la norma cuando el artículo 142.4, fija como dies a quo del plazo de prescripción de aquel derecho no el de la producción del hecho o acto del que deriva el perjuicio, sino el de la firmeza de la sentencia que declara ilícito el acto dañoso. Por ello, no sería acorde con el espíritu de la norma una interpretación literal del precepto antes transscrito que, por haber transcurrido en

exceso el plazo de un año desde la notificación de la sentencia firme que anuló el retracto, impidiera a E. reclamar por unos daños que, a la fecha de su solicitud de indemnización (13 de febrero de 2002), aún se continuaban produciendo debido al retraso de la Administración regional en ejecutar el pronunciamiento judicial, lo que no hizo hasta que el 22 de mayo siguiente restituyó en su posesión a la empresa propietaria de la finca.

En definitiva, se produce aquí una disociación entre el momento en que la acción es ejercitable (a partir de la notificación de la sentencia ya firme) y el comienzo del cómputo del plazo de prescripción, que no se iniciará hasta que el efecto lesivo quede perfectamente delimitado o estabilizado, por haber finalizado el evento dañoso (restitución de la posesión de la finca). Sin embargo, ello no significa que el perjudicado, dado que la acción ya existe y es ejercitable, no pueda hacerla efectiva antes de que finalice la actuación administrativa dañosa, sin perjuicio de reclamar posteriormente, una vez se hayan conocido en su plenitud los perjuicios realmente sufridos.

En consecuencia, se estima acertada la interpretación que efectúa la propuesta de resolución al entender que la reclamación fue formulada dentro de plazo.

CUARTA.- Inexistencia de daño efectivo.

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio reparada. Completado este régimen con las previsiones contenidas en el Título X LPAC y en la interpretación que de dicho sistema de responsabilidad ha venido haciendo la jurisprudencia, puede concluirse que son requisitos necesarios para que aquélla nazca:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La primera cuestión a dilucidar será la determinación de la existencia de un daño real y efectivo. A tal efecto, habrá que partir de la propia identificación del daño que efectúa la reclamante, quien se limita a solicitar una reparación del lucro cesante derivado de la pérdida de posesión, para cuya cuantificación únicamente se basa en un informe pericial aportado por ella misma que concluye con una valoración del daño, que asciende a 1.680.047.567 pesetas, cantidad que habrá de ser incrementada con el interés legal correspondiente y a reserva de su exacta cuantificación una vez le sea restituida la posesión.

Así planteada la cuestión, resulta obligado recordar la doctrina que de forma constante ha venido fijando la jurisprudencia acerca del concepto de daño efectivo para, a continuación, analizar uno de sus componentes, el lucro cesante.

Así, por daño efectivo ha de entenderse el ya producido, con exclusión de los llamados daños eventuales o simplemente posibles, no actuales. En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sentencia de 2 de enero de 1990) tiene declarado que *"es indispensable que, entre otros requisitos, el daño que se invoque, además de ser evaluable económicamente, sea real y efectivo, por más que esa realidad o efectividad no sólo hayan de tenerse por cumplidas cuando se trata de consecuencias lesivas pretéritas o actuales, sino también de futuro acaecimiento, pero, por supuesto, siempre que, por su carácter fatal derivado de esa anterioridad o actualidad, sean de producción indudable y necesaria, por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo, y no, por el contrario, cuando se trata de aconteceres*

autónomos con simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción, dado su carácter contingente y aleatorio, que es lo que sucede generalmente con las simples expectativas". Esta sentencia ya nos acerca al concepto de lucro cesante, derivado del principio de indemnidad o de reparación integral del daño que la indemnización ha de cumplir y que supone que ésta no sólo ha de contemplar el daño emergente o pérdidas efectivamente sufridas, sino también las ganancias dejadas de obtener, encontrando su amparo normativo en el artículo 1.106 del Código Civil.

La dificultad esencial reside en la cuantificación del citado componente del daño dado su carácter hipotético. Es tradicional y está absolutamente consolidada la doctrina jurisprudencial que excluye de indemnización por este concepto las meras o simples expectativas, derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3^a, de 25 de mayo de 1999) y que en su manifestación más extrema se han llegado a denominar meros "sueños de ganancia". La construcción del concepto de lucro cesante que la Sala 3^a del Alto Tribunal ha venido realizando a través de sus reiterados pronunciamientos comprende, junto a la ya referida exclusión de las meras expectativas, la imposibilidad de que a través de su indemnización se pueda producir un enriquecimiento injusto, dado que la reparación ha de limitarse al daño que genera el derecho a aquella.

Finalmente, se exige una prueba que determine la certeza del lucro cesante, debiendo ser una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, siendo necesario apreciar la indemnización por lucro cesante siempre de modo prudente y restrictivo, no siendo admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.

Así perfilados los límites genéricos del concepto de lucro cesante, debemos analizar la pretensión esgrimida por la reclamante en el supuesto sometido a consulta en orden a determinar si reúne los requisitos necesarios para ser considerada indemnizable. A tal efecto, la reclamación se apoya, como medio probatorio único adjuntado a ella, en el informe de lucro cesante elaborado por un Ingeniero Agrónomo (folios 12 a 21), que pretende acreditar las ganancias dejadas de obtener por E., E. C., S.A., como consecuencia de la pérdida de posesión de la finca, "S. de C." entre 1991 y febrero de 2002 (fecha de elaboración del informe). El apartado 5 de dicho documento, al exponer el criterio de valoración utilizado lo describe como *"obtener unos flujos medios obtenidos por la suma tanto de los años de implantación donde sólo hay inversión y pérdidas, junto con los años de plena producción en donde los flujos son bastante positivos"*. Con independencia de lo inadecuado de este criterio para determinar un daño que, recordemos, ha de ser real y efectivo, lo cierto es que con el informe sí queda acreditada la circunstancia de que, a la fecha de hacerse efectivo el retracto, no existía una explotación agrícola en la finca, pues se está planteando la necesidad de realizar la plantación de los árboles (en el caso de la superficie que, hipotéticamente, se pretende destinar al cultivo de cítricos) y la puesta en marcha de la explotación, con todo lo que ello conlleva. Es evidente que, de existir ya el aprovechamiento agrícola que se describe, la valoración de los daños no haría mención a los costes de implantación, pues éstos ya habrían sido soportados por el propietario desposeído, haciendo aun más gravosa la pérdida de posesión. Del mismo modo, si la finca, en el momento en que queda a disposición de la Administración regional ya estuviera en explotación, no tendría sentido hablar de cuántos árboles pueden plantarse en una hectárea (folio 17), sino que debería hacerse constar cuántos árboles había, cuántos kilos de fruta se producían de forma efectiva, cuál era, en definitiva el rendimiento real de la finca. Otro tanto cabe decir respecto del resto de aprovechamientos propuestos por el informe del perito cuando, en el apartado destinado al monte maderable se llega a afirmar que *"la siembra puede hacerse de semilla o partiendo de plantones de vivero"* y en el monte bajo o erial, se plantea

dos alternativas de aprovechamiento, con lo cual parece evidente que no se efectuaba ninguna, dado que se baraja la posibilidad de destinar el abundante esparto que crece en la finca bien a su aprovechamiento directo bien a su uso como forraje para una explotación pecuaria.

La ausencia de aprovechamiento económico intensivo de la finca no es una mera deducción derivada del informe de lucro cesante aportado por la reclamante, sino que obran en el expediente otros indicios de esa falta de aprovechamiento. En este sentido, en la Memoria de valoración de la finca realizada por la ARMAN en 1991, consta que únicamente existían tres hectáreas abancaladas pero abandonadas hace años, que parecían tener un destino eminentemente agrícola. Ese abandono se refleja también en el plano (folio 223), de enero de 1991, utilizado en el acto de restitución de la posesión a la empresa propietaria, donde consta una zona con la leyenda "cultivos abandonados". Del mismo modo, el informe efectuado por Ingeniero Agrónomo de la Administración regional (folio 216), basándose en mapas de cultivo y fotografía aérea de 1991, estima que "*la zona de cultivos que existía en esa época se reducía a dos pequeñas zonas al sur de la finca, en cultivo precario de cereal la más oriental y con abancalamiento realizado en el año 1979 y sin cultivar desde entonces*", limitando la superficie cultivable a un máximo de 20 hectáreas.

Tampoco en relación con el aprovechamiento maderero puede estimarse que éste existiera en el momento de efectuarse el retracto si atendemos a las propias manifestaciones del representante legal de la empresa propietaria, efectuadas el 13 de mayo de 1991 en escrito de alegaciones frente al retracto, en esa fecha aún no materializado. Aquél, en referencia al predio retraído afirma: "*la finca que nos ocupa es un completo erial, con escaso número de raquílicos árboles en las cúspides de muy pocos montículos y terrenos de pedregal... El artículo primero del Reglamento establece como funciones del antiguo patrimonio forestal del Estado restaurar, conservar o incrementar la riqueza forestal que pertenezca al Estado... repetimos que en este predio, no se puede restaurar nada porque nada hay en él, ni es posible conservar lo que no tiene existencia, ni incrementar, que en definitiva se agota en, partiendo de una magnitud medible y mensurable -es lo mismo-, llegar a magnitudes de entidad superior, pero nunca partiendo de cero.*" Del mismo modo, tampoco se ha acreditado por la reclamante que existiera el proyecto de acción dasonómica que exige el Plan Especial de Protección del Parque como requisito previo para la explotación maderera en el área "IIa", de tal forma que, el único aprovechamiento permitido en 1991 sería el de leñas.

Resulta pues evidente que, en el momento de privar a la empresa ahora reclamante de su posesión en julio de 1991 y aunque ésta había adquirido la finca casi tres años antes, en 1988, ningún aprovechamiento económico de tipo agrícola, pecuario o forestal efectuaba sobre la finca retraída, no habiendo intentado en ningún momento probar la realidad de dicha explotación. La ausencia de acreditación de rendimientos económicos anteriores a la actuación administrativa a la que se imputa el daño determina que en el lucro cesante pretendido concurren muy elevadas dosis de contingencia que dificultan enormemente su valoración mediante la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido de no mediar la actuación que se dice dañosa. Y ello es así porque para poder realizar dicho juicio de valor es necesario partir de una situación preexistente real y efectiva que nos permita trasladar dichas características al daño, entendido como la privación o merma de aquella situación. Así lo apunta la doctrina, cuando dice que existe una notable diferencia entre aquellos supuestos en que la fuente de la ganancia y la ganancia existían con anterioridad al daño y es este último el que la impide, y aquellos otros, lógicamente mucho más difíciles de establecer, que son supuestos de ganancias estrictamente futuras que dependen de múltiples factores. Así también lo afirma el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala 3^a de 20 de junio de 2000 cuando, tras

reiterar que no cabe incluir dentro del concepto de lucro cesante las meras expectativas, con cita de numerosas resoluciones judiciales que sostienen dicha tesis, se apoya para reforzar su argumento en el hecho de que "*el montante indemnizatorio ahora considerado es meramente especulativo, máxime cuando se halla acreditado que la empresa en cuestión no estaba en rentabilidad positiva a la fecha del cierre*".

Entre los múltiples factores a considerar, pues de forma necesaria incidirían en las hipotéticas rentabilidades que la reclamante solicita como lucro cesante, debe destacarse uno sobre todos, cual es la existencia de unas rigurosas limitaciones de uso que afectan a la finca en atención a su ubicación dentro del Parque Regional de El Valle y Carrascoy. De conformidad con la Disposición Adicional Tercera de la Ley 4/1992, de 30 de julio, de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia, se reclasifican como Parque Regional de "Carrascoy y El Valle" los espacios naturales integrados por el Parque natural "Monte El Valle", creado por Real Decreto 2611/1979, de 7 de septiembre, y por el Plan Especial de Protección "Sierras de Carrascoy y del Puerto", aprobado definitivamente por Resolución de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de 5 de junio de 1985, siendo este ultimo el que establece las normas de uso del Parque, fijando rigurosas restricciones a las actividades económicas que se pretendan desarrollar en el mismo. El alcance de dichas limitaciones ya ha sido descrito en el Antecedente de Hecho Quinto, impidiendo de facto un aprovechamiento intensivo de la finca con la extensión que contempla el informe aportado por la reclamante, el cual, si efectivamente se desarrollara, habría de quedar sensiblemente mermado, tal y como expresa el informe del Ingeniero Agrónomo de la Dirección General del Medio Natural.

Otros factores de contingencia serían los rendimientos estimados en cuanto a volumen de producción de los árboles y del ganado y, por supuesto, los precios, todos los cuales no dejan de ser meras estimaciones más o menos optimistas que desvirtúan las valoraciones que contiene el informe pericial en que se basa la reclamación, como también le resta valor probatorio la constatación de omisiones trascendentales en las que incurre. De éstas, junto a la del precio del agua necesaria para la explotación agrícola, que ya fue suficientemente puesta de manifiesto en los informes aportados por la Dirección General del Medio Natural, importa añadir ahora, a modo de ejemplo, que cuando se considera la posibilidad del aprovechamiento pecuario de la finca y se propone la constitución de un rebaño de 2.500 cabezas de ganado, olvida incluir entre los costes de dicha actividad el precio de adquisición de los semovientes, sin que se haya alegado ni, por supuesto, acreditado que la mercantil posea dichos animales.

Asimismo, el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 18 de julio de 1989) viene indicando la imposibilidad de reclamar por lucro cesante el importe de ganancias o rendimientos ilícitos en tanto que contrarios al ordenamiento jurídico. En el supuesto sometido a consulta los rendimientos económicos que se dicen dejados de percibir tendrían ese carácter, desde el momento en que para su obtención la empresa propietaria tendría que vulnerar, necesariamente, las prescripciones de las normas de uso del Parque Regional. Del mismo modo, no ha quedado acreditado en el expediente hasta qué punto la mercantil reclamante estaría habilitada por sus Estatutos para la realización de actividades de carácter agrícola y forestal, dado que su denominación (E., E. C. S.A.) parece apuntar como objeto social el de la actividad constructora. Debe recordarse a tal efecto que el artículo 402 del Reglamento del Registro Mercantil prohíbe que, en las denominaciones objetivas de las Sociedades se haga referencia a una actividad que no esté incluida en el objeto social. Y ello porque el objeto social establecido en los Estatutos opera como elemento delimitador de toda la actividad de la Sociedad que ha de encaminarse hacia su desarrollo o realización. Es por ello que el artículo 9, letra b) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, establece como contenido necesario de los Estatutos de la Sociedad la determinación de las actividades que integran su

objeto social, al tiempo que el artículo 117 del referido Reglamento impide la inclusión como parte de dicho objeto de expresiones genéricas que serían contrarias a esa obligación de predeterminación de la actividad social. Por ello, la instructora debería solicitar a la reclamante la aportación de sus Estatutos Sociales, así como, en su caso, la eventual modificación de los mismos en los que conste un objeto social que la habilite a desempeñar las actividades económicas que, según su reclamación, pretendía haber realizado en la finca, dado que de no existir dicha habilitación, la mercantil propietaria no podría llevarlas a efecto, so pena de incurrir en una nueva infracción del ordenamiento.

Procede, en suma, considerar que no se ha probado por la reclamante la existencia de un daño real y efectivo, desde el momento en que las hipotéticas ganancias dejadas de percibir son meras expectativas, de carácter dudoso e incierto, que no responden a una situación fáctica real de explotación económica de la finca anterior al retracto y que, si se llevara a efecto el aprovechamiento en los términos y con la extensión que se refleja en el informe pericial aportado junto a la reclamación, dicho rendimiento sería ilícito en tanto que contrario al ordenamiento jurídico, al no contemplar los límites que la normativa rectora de los usos del Parque Regional en que se encuentra ubicada la finca impone a su propietario. Más aun, incluso en el supuesto de que no existieran las citadas limitaciones medioambientales, la reclamación sustentada en su integridad en una mera estimación hipotética de rendimientos posibles, no deja de ser un simple sueño de ganancia dependiente de multitud de factores contingentes, en los que no cabe apreciar las notas de certeza, fatalidad y necesidad que exige la jurisprudencia para considerar que dichos rendimientos, aunque futuros, integraban ya, de forma anticipada a su materialización, el patrimonio de la víctima cuando se produce la actuación administrativa que los impide.

La ausencia de un elemento necesario para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial cual es la existencia de un perjuicio o daño real y efectivo impide su reconocimiento en el supuesto sometido a consulta.

Lo anterior no empece que pueda existir alguna forma de perjuicio patrimonial derivado de la privación de la posesión de la finca y de las limitaciones en las facultades dominicales que ello conlleva, pero la reclamación limita su pretensión a la reparación de un lucro cesante que no ha sido debidamente acreditado, incumpliendo de esta forma la obligación de probar que pesa sobre quien reclama, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTA.- Antijuridicidad y nexo causal.

Sin perjuicio de que la ausencia de daño efectivo indemnizable pudiera hacer innecesario el análisis del resto de elementos que comprende la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, el Consejo Jurídico debe manifestar su desacuerdo con la argumentación contenida en el Fundamento de Derecho Quinto *in fine* de la propuesta de resolución, relativa a la ausencia de antijuridicidad en tanto que, tras manifestar que la actuación de la Administración regional ejercitando el retracto encontraba su fundamento en el ordenamiento jurídico forestal vigente, llega a afirmar que no se aprecia "*Indicio de ilicitud en las Resoluciones de la ARMAN anuladas por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, generándose por ello en la mercantil retractada en su día el deber de soportar cualquier daño*".

El artículo 142.4 LPAC dispone que la anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto no presupone derecho a la indemnización. Una correcta interpretación del precepto exige considerar que la ilegalidad declarada de un acto no lo convierte, de forma automática, en generador de responsabilidad, de tal forma que el deber de indemnizar surgirá sólo si el referido acto causó un daño y concurren el resto de elementos de la responsabilidad patrimonial. En expresión de la Sentencia de 19 de noviembre de 1991, de

