



Roj: **STS 3778/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3778**

Id Cendoj: **28079130052018100434**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **26/10/2018**

Nº de Recurso: **1160/2017**

Nº de Resolución: **1552/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5005/2016,**
ATS 5471/2017,
STS 3778/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.552/2018

Fecha de sentencia: 26/10/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1160/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1160/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1552/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina



D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Cesar Tolosa Tribiño

En Madrid, a 26 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1160/2017 interpuesto por D. Lucio, D^a. Aurora, D^a Clara, D^a. Encarnacion, D^a. Gema y D^a. Lina, en su propio nombre y como herederos de D^a. Paloma, representados por la procuradora D.^a Lourdes Fernández Luna Tamayo y defendidos por el letrado D. Carlos Catejón Montijano, contra la sentencia número 590/2016, de 12 de diciembre, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo n^o 470/2014, sobre reclamación de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la ocupación temporal de finca para las obras de acondicionamiento de un enlace y variante de trazado entre los pp.kk. 404-408 de la Autovía del Sur A-4, Clave 49-CO-3720. Ha comparecido como parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 12 de diciembre de 2016 contra la desestimación presunta, por parte del Ministerio de Fomento, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D. Lucio Aurora, D^a Clara Encarnacion Gema y D^a. Lina, en su propio nombre y como herederos de D^a. Paloma, por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la ocupación temporal acordada entre el Ministerio de Fomento y la causante, mediante acta de fecha 30 de junio de 2012 relativa al acondicionamiento de un enlace y variante de trazado entre los pp.kk. 404-408 de la Autovía del Sur A-4, Clave 49-CO-3720, y cuyo fallo literalmente dice:

<<Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Aurora Lucio Clara, Encarnacion, Gema Y Lina contra la Resolución dictada por silencio administrativo del Ministerio de Fomento descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos, por ser conforme a derecho. Con condena al pago de las costas a la parte actora.>>

A tal efecto, la sentencia señala como antecedentes de interés que " *el día 30 de junio de 2012 se suscribió de mutuo acuerdo acta de ocupación temporal de la finca pardela NUM000 del polígono NUM001 del municipio de Córdoba, entre la entonces propietaria y la Administración.*

Se fijó en 42.243 metros cuadrados la superficie afectada por un periodo de tres años, y el justiprecio, suscrito de común acuerdo, en la cantidad de 38.018,70 euros. En el acuerdo se señaló que la ocupación era para la extracción de materiales arcillo-limosos, y que la superficie excavada al final de la ocupación debía quedar en situación similar a la anterior, y con una capa vegetal que asegure la capacidad productiva agrícola de la parcela.

Finalizada la ocupación temporal, la interesada reclama una indemnización porque no se extrajeron solo materiales arcillo-limosos, sino grava, en total 337.944 metros cúbicos, lo que ocasiona daño a los reclamantes porque, según alegan la contratista de habría "apropiado indebidamente" de un material existente en el subsuelo de la parcela, cuya extracción no estaba prevista".

La sentencia señala que " *el examen del expediente administrativo revela que la expropiación se acordó y según el expediente de ocupación temporal para la "extracción de materiales arcillo-limosos y que durante el transcurso de la obra se procederá a la excavación del terreno y posterior relleno y recuperación del mismo para su devolución a la propiedad restaurado con terreno de características similares y con la capa vegetal que asegure la capacidad productiva agrícola del mismo".*

Añade la sentencia de instancia que, con el fundamento probatorio obrante en autos, " *queda establecido que lo extraído fue, al menos en parte, material distinto del arcillo- limoso previsto en el acta de ocupación temporal".*

La Sala de instancia, después de transcribir los artículos 116 de la Ley de Expropiación Forzosa y los artículos 16, 17 y 19 de la Ley de Minas, que entendía aplicables, desestima el recurso contencioso-administrativo y confirma el acto administrativo, argumentando, en síntesis, en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho quinto, que " *en este caso, se trata de una finca destinada al cultivo agrícola, como se ha establecido en el expediente, y no ha sido negado de contrario, que nunca solicitó ni obtuvo permiso de explotación de los recursos mineros correspondientes. El cálculo del importe del justiprecio se llevó a cabo en su momento,*



y de común acuerdo, con fundamento en tales circunstancias de hecho. Resulta en consecuencia que, en este concreto expediente de responsabilidad patrimonial, fuera del expropiatorio, no puede concluirse como pretende la actora, que haya existido una "privación ilegal" de un derecho de explotación de materiales a los que tenía derecho, constitutivos de un "lucro cesante". La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial ha establecido que para que proceda la indemnización por lucro cesante, tiene que haberse producido de forma inmediata, exclusiva y directa un perjuicio efectivo, por la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, "sin que en dicho concepto quepa el resarcimiento de meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas" (STS 15 noviembre 2002 , 22 febrero 2006 y 12 septiembre 2014 entre otras). En este caso la pérdida de estos ingresos no ha tenido lugar, dadas las circunstancias expuestas".

SEGUNDO.El recurso de casación promovido por la parte.-

Por la procuradora D^a. Lourdes Fernández Luna Tamayo, en representación de los recurrentes en la instancia, se presentó escrito de preparación de recurso de casación contra dicha sentencia, en el cual, tras razonar sobre la presentación del recurso en plazo, su legitimación y la recurribilidad de la resolución, identificó como normas infringidas el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y el artículo 16 de la Ley 22/1973, de Minas, justificando que las mismas fueron alegadas en el proceso. Asimismo consideró infringida la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, con cita de varias sentencias, en relación con el artículo 16 de la Ley de Minas, argumentando que dicha jurisprudencia ha reconocido la valoración de los potenciales recursos mineros, además de los que se encontraran en efectiva explotación, para los pertenecientes a la Sección A del artículo 3.1 de dicha Ley. Por otra parte, invocaba la infracción de los artículos 1257, 1101 y 1258 del Código Civil en materia contractual.

Justifica la parte en su escrito que las infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la sentencia de instancia, argumentando, en síntesis, que, puesto que la sentencia ha dado por probado que lo extraído de la finca de los recurrentes fueron gravas y arenas en contra de lo pactado en el acta de ocupación temporal suscrita con el Ministerio de Fomento, es decir, recursos de la Sección A) de la Ley de Minas, y puesto que el aprovechamiento de estos recursos corresponden al propietario del suelo bajo el cual se encuentran, aun cuando tales recursos no estuvieran siendo explotados, de haberse observado los preceptos que considera infringidos, el fallo de la sentencia habría sido estimatorio. Añade que las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que invoca como infringidas han reconocido en favor del propietario del suelo tales derechos sobre los recursos de la Sección A) aun en el caso de que la explotación de los mismos no se encontrara en funcionamiento al tiempo de la privación de la expectativa.

En razón de todo ello invoca el supuesto de interés casacional objetivo previsto en el artículo 88.2.a) de la Ley Jurisdiccional, al considerar que la interpretación de los preceptos invocados en la que se fundamenta el fallo es contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales han establecido, citando, en concreto, una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 20 de marzo de 2014 y una sentencia de igual Sala del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 9 de julio de 2009. Además, invoca la parte la circunstancia del artículo 88.3.b), argumentando que la sentencia recurrida se ha apartado deliberadamente de la jurisprudencia en la materia, con cita de las sentencias de la Sala 3^a del Tribunal Supremo que considera infringidas.

TERCERO.Admisión del recurso.-

Mediante auto de 23 de febrero de 2017, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión a esta Sala de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 5 de junio de 2017, acordando:

1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la procuradora D^a. Lourdes Fernández Luna Tamayo, en representación de D. Aurora Lucio Clara , D^a. Encarnacion Gema y D^a. Lina , contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 12 de diciembre de 2016, dictada en el recurso número 470/2014.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en: determinar si constituye daño indemnizable en concepto de responsabilidad patrimonial la privación del potencial derecho del propietario del terreno a la explotación de los recursos mineros de la Sección A) del artículo 3. Uno de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, aun cuando no estuvieran en explotación.



3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 16.1 de la citada Ley de Minas y el artículo 139.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de D. Aurora Lucio Clara, D^a. Encarnación Gema y D^a. Lina con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con el suplico de estimación del recurso en los términos interesados, anulando totalmente la sentencia recurrida.

QUINTO. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición al Sr. Abogado del Estado, se presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso y solicitando su desestimación íntegra.

Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 16 de octubre de 2018, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso de casación.-

El objeto del presente recurso, a tenor de lo delimitado en el Auto de admisión, lo constituye, con carácter previo a la pretensión que se acciona por los recurrentes, determinar " *si constituye daño indemnizable en concepto de responsabilidad patrimonial la privación del potencial derecho del propietario del terreno a la explotación de los recursos mineros de la Sección A) del artículo 3. Uno de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, aun cuando no estuvieran en explotación.*"

Siendo esa la cuestión sobre la que se deberá a fijar la jurisprudencia, se establece también en el mencionado Auto, que las normas jurídicas a tomar en consideración son el artículo 16.1º de la mencionada Ley de Minas y el artículo 139.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aun aplicable al caso de autos y que, a los efectos de la finalidad que nos ocupa, conviene recordar que se reproduce casi literalmente en el artículo 32.1º de la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 2015, no obstante lo cual, nuestras consideraciones han de remitirse, formalmente, a aquel primer precepto.

A la vista del objeto del recurso en los términos señalados, es necesario hacer una delimitación previa. Conforme al orden de los pronunciamientos que no impone el artículo 93 de nuestra Ley procesal, alterando el que se impone en el artículo 487.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la casación que regula; deberemos, en primer lugar, determinar la interpretación de los preceptos vinculados al objeto delimitado con interés casacional en el auto de admisión y, hecha esa declaración, entrar a examinar las pretensiones accionadas por las partes.

Son necesarias las anteriores aclaraciones porque la delimitada cuestión que suscita interés casacional ha de estar referida a los términos en que ha quedado suscitado el debate ya desde la instancia, habida cuenta que, objetivamente considerado, determinar el alcance del artículo 139.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aun vinculado al artículo 16.1º de la Ley de Minas, ofrece una complejidad interpretativa tan amplia que sería difícil reducir a principios generales y, desde luego, debería adoptarse en términos de tal generalidad que poco aprovecharía a la fijación de la jurisprudencia, que, por su propia naturaleza, debe estar siempre vinculada a supuestos de hechos concretos sometidos a los Tribunales y, en relación con ellos, determinar la interpretación que sirva para la decisión sobre la concreta pretensión accionada, bien que estableciendo respecto de ese supuesto las reglas generales interpretativas que sean consecuentes a él.

Y es que no deja de ofrecer peculiaridades el presente supuesto que debe condicionar el objeto de interés casacional. Esa delimitación del interés casacional ha de completarse con lo razonado en el mismo Auto de



admisión, en relación con los escritos de interposición y de oposición, así como a los razonamientos de la sentencia de instancia. Y en ese sentido la cuestión ha de vincularse a un expediente de expropiación forzosa, como seguidamente se expone.

En efecto, la cuestión que subyace en este recurso trae causa del procedimiento de expropiación seguido por la Demarcación de Carreteras del Estado, del Ministerio de Fomento, para la ejecución de las obras de acondicionamiento de un enlace y variante de trazado en la Autovía del Sur, en término municipal de la Ciudad de Córdoba. En dicho proyecto se incluía, como de necesaria ocupación, una finca propiedad de la causante de los aquí recurrentes (la parcela catastral NUM000 del polígono NUM001, designada como parcela NUM002, del plano parcelario), en concreto y conforme a la documentación, no cuestionada de contrario, que se ha traído con la contestación a la demanda, se veía afectada con la expropiación, además de una parte de ocupación con la construcción de la carretera, una superficie de 42.243 m², que lo serían de ocupación temporal, con la finalidad de extracción de tierra de dicha porción de finca, pero con la obligación por parte de la Administración de reponer el terreno a su situación originaria de cultivo.

En el seno del referido procedimiento, en fecha 30 de julio de 2012, se celebra un convenio de mutuo acuerdo entre la expropiada, la causante de los recurrentes, y la Administración expropiante, en virtud del cual se determina el objeto de la expropiación en los siguientes términos: << *Finca de labor riego que resultó afectada con el proyecto base por una franja de terreno que atraviesa la finca de noreste suroeste, dividiendo la finca y dejando un resto al oeste de la expropiación que resultó a su vez afectado por una franja de ocupación temporal longitudinal a la expropiación. En base a la redacción del proyecto modificado 1, se afecta la superficie restante al oeste de la franja de ocupación temporal, para la extracción de materiales arcillo-limosos. Durante el transcurso de la obra se procederá a la excavación del terreno y posterior relleno y recuperación del mismo, para su devolución a la propiedad restaurando con terreno de características similares y con la capa vegetal que asegure la capacidad productiva agrícola del mismo.*>> Como importe del valor de dicha ocupación temporal con extracción de la tierra y reposición en los términos señalados, se fijó la cantidad de 38.018,70 €, sin que se suscite debate sobre su cumplimiento conforme a lo pactado.

Pues bien, lo que reclaman en este proceso los recurrentes es, en efecto, que la tierra extraída en la parcela no fue " *materiales arcillo-limosos*", sino que se realizó una extracción de 337.944 m³ de " *gravas y arenas*" propias de los recursos de la Sección "A" de la Ley de Minas, conforme resulta del informe pericial que se aporta con la demanda.

Partiendo de esas circunstancias, se considera por los ahora recurrentes que se ha producido una alteración del mutuo acuerdo celebrado entre su causante y la Administración expropiante, incluso por la contratista que ejecutó las obras a que servía la expropiación, de tal forma que se le ha privado de los mencionados recursos mineros, de donde se concluye que se ha incurrido en responsabilidad patrimonial y, en efecto, esa responsabilidad se vincula, en cuanto a la producción del daño, a " *la pérdida de la futura explotación minera directa por los propietarios de la finca*" de esos recursos mineros, de los que se considera que había sido desposeída ilícitamente su causante.

En resumen, la cuestión delimitada como de interés casacional ha de ser apreciada en el seno de un procedimiento de expropiación forzosa en el que, bien por ocupación temporal o por expropiación de la propiedad, se ven afectados derechos mineros de la Sección "A" de la Ley de Minas, no obstante lo cual, es importante destacarlo, el debate se suscita en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración pública expropiante, lo que reconduce el debate al objeto ya delimitado.

SEGUNDO. Derechos de los propietarios del terreno sobre los recursos mineros de la Sección "A".-

Delimitado nuestro cometido en el presente recurso de casación hemos de comenzar por recordar, que ya en la propia estructura de la vieja Ley de Minas 22/1973, de 21 de julio, se comienza por hacer una declaración de demanialidad de " *todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental*", los cuales se declaran de " *dominio público*"; declaración que, por lo demás, era tradicional en nuestro Derecho desde Las Partidas. Esa declaración comporta que la misma Ley declare que corresponde " *al Estado ... [la] investigación y aprovechamiento*", si bien esas facultades dominicales pueden, con carácter general, ser cedidas a terceros. Todo ello conforme a lo que se dispone en el artículo 2 de la mencionada Ley.

Pues bien, a los efectos de su regulación y sobre esa previa declaración, lo que se hace en el artículo tercero de la Ley es catalogar dichos " *yacimientos minerales y recursos geológicos*", en cuatro categorías o "Secciones" que se designan, como recursos de la Sección A), B), C) y D).

Interesa centrar la atención, a los efectos del debate aquí suscitado, en los recursos que integran la Sección A) que, conforme se describen en el mencionado precepto, son los << *de escaso valor económico y*



comercialización geográficamente restringida, así como aquellos cuyo aprovechamiento único sea el de obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización directa en obras de infraestructura, construcción y otros usos que no exigen más operaciones que las de arranque, quebrantado y calibrado.>> Debe señalarse que de la misma descripción de estos recursos se constata que la relevancia de estos recursos, ya para el mismo Legislador, es una vinculación a su propio destino que a su valor intrínseco. La misma Exposición de Motivos de la Ley se hace eco de ello, cuando afirma que pertenecen a esta categoría las clásicas "rocas" de la Ley de Minas de 1944, en la que, según se declaraba en su Exposición de Motivos, comprendía << el conjunto de productos pétreos, que suelen presentarse en forma más superficial que los minerales, con extensión mucho mayor que estos y que no requieren, en general, una técnica muy complicada de explotación.>>

En cuanto al régimen jurídico de estos recursos de la Sección "A" se contiene en los artículos 16 y siguientes de la Ley, de los que nos interesa destacar que, conforme a lo establecido en el artículo mencionado, estos recursos, que pertenecen al dominio público como se corresponde con lo declarado en el artículo 2; " *su aprovechamiento*" se atribuye a los propietarios cuando se encuentren en terrenos privados; si bien para hacer efectivo dicho aprovechamiento, el artículo 17 impone la necesidad de obtener una "autorización" de la Administración.

En efecto, la propia consideración de estos recursos mineros, a mitad de camino entre la simple tierra y los minerales de entidad económica relevante, la Ley declara de manera taxativa en el mencionado precepto que << *El aprovechamiento de recursos de la Sección A), cuando se encuentren en terrenos de propiedad privada, corresponderá al dueño de los mismos.>>*

Es importante dejar constancia de lo atribuido por el Legislador a los propietarios, es decir, el derecho al aprovechamiento, previa obtención de la correspondiente autorización, que no concesión, que tiene carácter reglado; sin que, en puridad de principios, suponga transmisión alguna de derecho de propiedad sobre tales recursos, que siguen siendo de dominio público. Buena prueba de ello es que el mismo artículo 16 deja a salvo del derecho que reconoce a los propietarios, del derecho de la Administración de realizar directamente el aprovechamiento, al señalar que << *no serán objeto de indemnización el valor de los recursos que se extraigan o exploten, a no ser que los yacimientos estuvieran en aprovechamiento –por el propietario– en cuyo caso serán indemnizables los daños y perjuicios que se irroguen al titular anterior, teniendo en cuenta las condiciones en que se viniese realizando el aprovechamiento.>>*

Señalemos finalmente que el Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, viene a determinar los requisitos y presupuestos para la obtención de la preceptiva autorización, caso de su aprovechamiento por los propietarios del terreno, que se condiciona, entre otras limitaciones, a la aportación de planes de labores anuales.

De lo expuesto cabe concluir, y es lo relevante a los efectos del debate casacional, que si bien no existe un derecho de propiedad sobre los recursos que integran la Sección A) de la Ley de Minas que existan en la propiedad de los particulares, es lo cierto que, a diferencia de lo que sucede con los recursos de las restantes Secciones, el Legislador si confiere al propietario del terreno en que se encuentran dichos recursos un derecho de "aprovechamiento" exclusivo y preferente, conforme al artículo 16. Porque no solo no puede hacerlo cualquier otro particular, sino que tan solo la Administración puede legitimar la realización por un tercero de ese aprovechamiento, pero siempre y cuando concurren " *superiores necesidades de interés nacional expresamente declarados por el Gobierno*", ello sin perjuicio de las potestades expropiatorias, que están vinculadas al pago del justiprecio.

Es decir, sin dejar de reconocer que estos recursos de la Sección A) son, como todos los recursos de esa naturaleza, de dominio público, no deja de atribuir al propietario del terreno en que se encuentran un derecho exclusivo de aprovechamiento, es decir, la potestad más omnímoda que integran el derecho de propiedad, porque es indudable que el propietario del terreno en que se encuentran dichos recursos ostenta un auténtico derecho al aprovechamiento.

Añadamos a lo expuesto que la jurisprudencia de este Tribunal que después se expondrá, ha declarado reiteradamente, a los efectos de determinación de los justiprecios en las expropiaciones en que se ven afectados estos recursos, que ese derecho no es algo que surja una vez que ya los recursos estén en explotación, tras haber obtenido la preceptiva y previa autorización de la Administración, porque el derecho existe, y con ese contenido de exclusividad en el aprovechamiento, con carácter previo.

De lo expuesto ha de concluirse que el derecho de los propietarios de terrenos en que existan recursos mineros de la Sección A) ostentan un derecho ya consolidado y "ex lege" que no puede negarse tiene un contenido económico, porque estos recursos, ya el mismo Legislador los define reconociéndoles un valor económico, por más que el mismo pudiera ser "escaso", como ya vimos.



Lo razonado en los párrafos anteriores nos lleva a discrepar de lo razonado en la Sala sentenciadora cuando afirma que, con carácter general y sin perjuicio de la incidencia en el concreto supuesto enjuiciado, estos recursos comporten, en palabras de la sentencia de instancia, <<... *meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas... ingresos meramente contingentes...*>> sino que, conforme a lo antes razonado se trata de un derecho plenamente consolidado y de un contenido económico evidente, por más que el titular del mismo no lo ejercite porque el ejercicio efectivo del derecho no es presupuesto de su existencia y no excluye su titularidad.

Lo expuesto ha de servir para determinar si, como se suscita en el objeto de este recurso de casación, la privación de ese derecho al aprovechamiento de tales recursos tiene naturaleza suficiente para considerarse como "daño indemnizable", a los efectos de integrar los elementos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Más concretamente, esa labor debe estar encaminada a determinar si la privación de ese derecho al aprovechamiento es "evaluable económicamente", cual exigía el ya mencionado artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el actual artículo 32.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, como uno de los presupuestos de la lesión, entendida como daño antijurídico, en el sentido que se le ha dado reiteradamente por la jurisprudencia de ausencia del deber del ciudadano de soportarlo.

Y no otra cosa ha concluido este Tribunal Supremo cuando, al determinar los justiprecios de fincas objeto de expropiación, existiendo estos aprovechamientos de la Sección A), se ha considerado que los mismos deben integrarse en el justiprecio, aun cuando no estuvieran en explotación, rechazando expresamente que se excluyan cuando no exista la autorización que determina dicha explotación (sentencia de 20 de noviembre de 2012, recurso de casación 812/2010, con abundante cita). Y esa inclusión en los supuestos de expropiación forzosa es tanto más relevante en cuanto el artículo 141.2 de la Ley ya citada de 1992 y el actual artículo 34.2 de la antes mencionada Ley de 2015, imponen que, para calcular la indemnización en estos supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se hará << con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación... de expropiación forzosa>>, entre otras.

TERCERO. Interpretación que se propone a la cuestión casacional.-

De lo razonado en el anterior fundamento ha de concluirse que el derecho al aprovechamiento de los recursos mineros de la Sección A) existentes en terreno de propiedad de un particular, que "corresponde al dueño", tiene entidad suficiente para constituir daño indemnizable a los efectos de generar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, siempre que concurren los restantes elementos que integran dicha institución indemnizatoria.

CUARTO. Examen de la pretensión de los recurrentes.-

Una vez determinada la interpretación que se requería, debemos examinar la pretensión accionada por los recurrentes que, como ya se dijo, trae causa de un procedimiento de expropiación en el que, habiéndose expropiado un terreno con la finalidad de extracción de materiales "arcillo-limosos" que se decía existía en el subsuelo, con obligación de reponer dicho terreno en cuanto su superficie, a su situación anterior, terminó afectando a recursos de la Sección A).

Para ello debemos comenzar por señalar que en relación a que lo extraído del subsuelo no fue el material originalmente previsto en la suscripción del convenio de mutuo acuerdo es algo que no es cuestionado en esta casación, por tratarse, además, de una cuestión de hecho sobre la que no se ha hecho cuestión, de tal forma que ha de prevalecer la apreciado por la Sala de instancia en su sentencia de que, al menos, parte del material extraído del subsuelo eran recursos de la Sección A).

No obstante lo anterior, la sentencia recurrida rechaza la indemnización de dichos recursos porque " *se trata de una finca destinada al cultivo agrícola, como se ha establecido en el expediente, y no ha sido negado de contrario, que nunca solicitó ni obtuvo permiso de explotación de los recursos mineros correspondientes. El cálculo del importe del justiprecio se llevó a cabo en su momento, y de común acuerdo, con fundamento en tales circunstancias de hecho. Resulta en consecuencia que, en este concreto expediente de responsabilidad patrimonial, fuera del expropiatorio, no puede concluirse como pretende la actora, que haya existido una <<privación ilegal>> de un derecho de explotación de materiales a los que tenía derecho, constitutivos de un <<lucro cesante>>. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial ha establecido que para que proceda la indemnización por lucro cesante, tiene que haberse producido de forma inmediata, exclusiva y directa un perjuicio efectivo, por la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, <<sin que en dicho concepto quepa el resarcimiento de meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas>> (STS 15 noviembre 2002 , 22 febrero 2006 y 12 septiembre 2014 entre otras). En este caso, la pérdida de estos ingresos no ha tenido lugar, dadas las circunstancias expuestas."*



Esta Sala, por la interpretación de los preceptos a que se circunscribe el debate, no puede compartir los criterios expuestos en que se funda el rechazo de la pretensión de incorporar la privación de los recursos mineros afectados, a la postre, por la ejecución del acuerdo a que habían llegado Administración y expropiada, por el hecho de que los minerales no se encontraban en explotación ni se había obtenido la correspondiente autorización para ello, porque tales condiciones no excluyen el derecho, de un indudable contenido económico, como antes se ha concluido.

Sobre esa premisa ha de examinarse la pretensión no sin dejar de hacer notar que a los recurrentes les era posible articular su pretensión indemnizatoria por la vía de un incumplimiento del mutuo acuerdo, en el seno del procedimiento de expropiación que se había seguido, no obstante lo cual, han acudido a la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado que, en su condición de Administración expropiante, asumió el compromiso de abonar a la expropiada el valor del material existente en el subsuelo de su finca. Extracción que, a juicio de los recurrentes, no fue acorde a lo pactado, de donde, deberá entenderse, se concluye que ha existido una actuación, y además anormal, en el funcionamiento de los servicios públicos que, habiendo ocasionado un daño, genera el derecho de resarcimiento, conforme a la finalidad de la institución de la responsabilidad patrimonial.

Centrado el debate en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, sabido es que la misma comporta, de conformidad con lo establecido en los artículo 106 de la Constitución y 139 y 30 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y actualmente en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, entre otros requisitos ahora irrelevantes, que exista un funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos, que se haya ocasionado un daño indemnizable y que exista una relación de causalidad entre aquel funcionamiento y estos daños.

Si bien en la demanda no se hace una particularización del funcionamiento de los servicios generador de la lesión, deberá entenderse que el mismo ha de referirse, conforme a lo la Jurisprudencia reiterada de este Tribunal Supremo, a toda actividad propia del giro o tráfico de las Administración, al ejercicio de sus competencias, en definitiva, que en el caso de autos se trataría del ejercicio de la potestad expropiatoria, con la que guarda un cierto contraste, como evidencia la vieja Ley de Expropiación Forzosa, que regula por primera vez la institución de la responsabilidad con términos de generalidad en nuestro Derecho.

Pero dentro de ese ejercicio, debe considerarse que se centra la imputación de la lesión al defectuoso cumplimiento del mutuo acuerdo celebrado entre expropiada y Administración expropiante, en el sentido de que, si bien se había aceptado en dicho acuerdo la extracción del material existente en el subsuelo, es lo cierto que se especificó en el acuerdo que ese material serían "arcilla-limosos". No obstante lo cual y como ya se declaró probado por la Sala de instancia, lo que en definitiva se procedió a extraer fue, siquiera fuese en parte, recursos de la Sección A).

De lo expuesto ha de concluirse que, en efecto, deberá estimarse que en el mutuo acuerdo no se concedió a la Administración, ni está exigido, la extracción de cualquier material existente en el subsuelo de la finca, sino que por los términos en que quedó redactado el mutuo acuerdo, lo autorizado y, por tanto, lo indemnizado en el precio pactado, fue la de extraer material de esas características expuesta, que, debemos dejar constancia a la vista de las alegaciones y pruebas, no consta que tuviera más valor que la mera reposición de la finca con material similar que le permitiera servir a sus fines agrarios.

Bien es verdad que pudiera pensarse que las partes no eran conscientes de la existencia de esos recursos mineros en el subsuelo, pero no lo es menos es que, pese a esa ignorancia, lo que se autorizó fue una tierra de determinadas condiciones y no cualquiera, de tal forma que si en el curso de la extracción la Administración, o los terceros que actuaban por ella, apreciaron que el material del subsuelo no se correspondía con lo autorizado, lo procedente era haberse puesto en contacto con la propietaria y tratar de obtener la autorización para extraer ese material alternativo para el que no había acuerdo alguno. Y tras esa comunicación, haber tratado de obtener un nuevo acuerdo, con modificación del inicial, partiendo ya, como hemos antes concluido, que los mismos sí tenían, en sí mismos considerados, un valor económico, por escaso que fuera.

Lo concluido ha de suponer que, en efecto, la actuación de la Administración, ocasionó una lesión en cuanto la propietaria y expropiada no tenía deber alguno, mucho menos obligación, de ceder a la Administración el aprovechamiento de los recursos mineros que solo ella podría explotar, de donde cabe concluir en una actuación, además anormal aunque ello sea irrelevante, generadora de la responsabilidad patrimonial, habida cuenta de que no se puede negar que entre esta actividad, este funcionamiento de los servicios, ha generado una lesión existiendo una relación directa, exclusiva e inmediata entre la actividad y la lesión.

QUINTO. Determinación de la indemnización.-



Llegados a la conclusión de que existe responsabilidad de la Administración General del Estado, en cuanto que Administración expropiante, por los daños ocasionados a la finca propiedad de los ahora recurrentes, debemos proceder a la determinación de su cuantía indemnizatoria, es decir, en la determinación del daño ocasionado.

En esa labor, ya dijimos antes, que los criterios legales para esa determinación han de ser, entre otros, los establecidos en la legislación en materia de expropiación, por lo que debemos atenernos a lo establecido en dicha normativa a la hora de establecer la indemnización que corresponde fijar en el presente caso.

Teniendo en cuenta esa premisa ha de examinarse la concreta petición que se hace por los recurrentes de que la indemnización se fije en la cuantía de 337.944 €, que ya se habían reclamado en vía administrativa, concluyendo dicha cantidad del informe que se había aportado con la petición inicial de reclamación efectuada a la Administración. Pues bien, dicho informe, elaborado por Ingeniero Técnico de Minas, con rechazo en la demanda, por obvias razones de congruencia, de las conclusiones de los informes periciales que se acompañaron a dicho acto procesal –que concluyen en cantidades indemnizatorias muy superiores–; en el que se considera por el técnico que suscribe dicho informe que, por su experiencia en trabajos de captación y explotaciones en la zona –apartado 2 del informe, página 7–, se habría procedido por la Administración a la extracción de unos 337.944 m³ de material de la Sección A); a los que se confiere un valor de 1 €/m³, del material sin tratamiento, de donde se concluye en la mencionada cantidad que es la que, como se dijo, se reclama en la demanda.

Interesa destacar que, en esa determinación de la indemnización, basada en el mencionado informe, lo que se pretende por los recurrentes es que se le abone el valor del material existente en la finca que fue objeto de extracción, estimando que el material extraído no se correspondía, todo él, con la calidad de "arcillosos-limosos", sino los propios de la Sección A).

No podemos aceptar dicha pretensión. Si, como ya se dijo, para la determinación del daño ha de acudir a la normativa en materia de expropiación forzosa, obligado es señalar que la valoración de los recursos de la Sección A) de la Ley de Minas existentes en terrenos que son objetos de expropiación, han sido objeto de frecuentes pronunciamientos de esta Sala Tercera, existiendo un cuerpo de doctrina consolidado en virtud del cual se considera que dichos recursos no pueden ser valorados conforme a lo establecido en el artículo 41 de la Ley de Expropiación Forzosa, en cuanto el mismo se refiere a las concesiones, lo cual es extraño a estos recursos de la Sección A) y, en todo caso, no vincula el justiprecio en tales supuestos al valor de los recursos que no son propiedad de los concesionarios ni, en ningún caso, de los propietarios del terreno.

Para la valoración de estos recursos mineros de la Sección A), la jurisprudencia reiterada de este Tribunal ha señalado, en primer lugar, que, en efecto, son indemnizables aun cuando no se encontrasen en explotación y sin haberse obtenido la autorización para ello, como ya antes se ha señalado. De otra parte, que en relación a la indemnización de estos recursos ha de discriminarse según que estuvieran o no en explotación. Pues bien, para el caso de que tales recursos no estuvieran en explotación, como es el caso de autos, ya hemos declarado que es jurisprudencia reiterada la plasmada en nuestra sentencia de 3 de junio de 2014 (recurso de casación 3654/2011), seguida en la posterior de 27 de marzo de 2017 (recurso de casación 2951/2015), que *"En ese supuestos, una reiterada Jurisprudencia - sentencias de 20 de marzo y 27 de febrero de 2012 y de 14 de mayo de 2010 , dictadas en los recursos 372/2009 ; 1149/2009 y 4686/2006 - viene declarando que la valoración de estos recursos ha de calcular en función de un porcentaje -entre el 10 y el 30 por 100- <<del valor potencial de los beneficios netos de la explotación, en función de las circunstancias del caso>>. En este sentido se declara en la sentencia de 18 de febrero de 2009 (recurso de casación 2471/2005) , con cita de otras anteriores, que la valoración de estos recurso exige discriminar porque, en definitiva, de lo que se trata es <<de ajustar la valoración real del inmueble expropiado, atendiendo al valor del suelo rústico y al de la explotación de los recursos minerales de que es susceptible, teniendo en cuenta... la incompatibilidad de la explotación simultánea de aprovechamientos agrícolas y del minero y es la razón de tal planteamiento que la jurisprudencia señala el referido arco de porcentaje... según las circunstancias del caso, como integrante del justiprecio junto al valor del suelo en su estado natural...>>"*

Ese ha de ser el criterio en virtud del cual ha de fijarse la indemnización en el presente supuesto, debiendo procederse a examinar las circunstancias del caso a los efectos de calcular dicho porcentaje. Pues bien, en esa labor, debe señalarse que, como ya se dijo, la cantidad reclamada por los recurrentes de 337.944 € se concluyen del informe de valoración que fue practicado en la previa vía administrativas, partiendo el técnico que lo suscribe de una valoración de la cantidad de material extraído, que se dice fijado en 337.944 m³. Ahora bien, debe hacerse notar que, de una parte, ni la sentencia de instancia ni nosotros podemos constatar qué cantidad de material fue realmente extraído, porque ni el mencionado técnico en su informe ni ningún otro de los informes aportados al proceso, han concluido dicha cantidad. El técnico y los restantes peritos, calculan el volumen del material extraído de su propia experiencia en trabajos realizados en la zona, pero sin poder afirmar que en la concreta finca de los recurrentes puedan establecerse condiciones específicas de la extracción ya



que se establecen valores simplemente calculados en cuanto a la profundidad de la extracción explotable es de 8 metros, pero sin que pueda afirmarse que en la finca de autos tuviese esa profundidad, sino que se concluye de la propia experiencia del técnico que suscribe el informe de parte solicitado y aportado a instancia de los interesados en vía administrativa. El mismo técnico justifica su afirmación en su "experiencia" por trabajos en la zona, pero recurriendo a "potencias variables".

De otra parte, se aportó con la demanda un informe en el que se parte de la mencionada cantidad de material extraído sin que el perito que emite el informe ya en el proceso, constate el resultado de dicho volumen. Pero además de ello, es lo cierto que el perito hace un examen de los beneficios de la explotación que resulta meramente apodíctico, sin fundamento alguno de las conclusiones a las que llega, que es la de poder haberse obtenido con la cantidad de material que se considera existente, de 2.122.963,51 €, sin más justificación que la propia experiencia del perito que se enuncia al inicio del informe y que resulta manifiestamente insuficiente para concluir en los referidos beneficios, habida cuenta de las condiciones que se señalan ya incluso en orden a la misma cantidad de material susceptible de explotación.

A la vista de esas circunstancias, este Tribunal, ponderando los datos facilitados por los informes a que se ha hecho referencia, los antecedentes del hecho originador del daño y la prueba practicada, considera procedente partir de unos beneficios de la explotación del material que realmente pudieran existir en los terrenos afectados por la extracción señalado en el informe que se hace valer en la demanda, es decir, un importe de 337.944 €, sobre los cuales, a la vista de las condiciones en que suscita el debate, se considera procedente aplicar el porcentaje del 10 por 100, de donde resulta una cantidad de la indemnización de 33.794,4 €.

Dicha cantidad indemnizatoria deberá actualizarse a la fecha de esta sentencia, en que se fija la indemnización; conforme se establece en el artículo 141.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (sentencia de 12 de abril de 2011, recurso 4403/2006); debiendo devengar la cantidad que resultare finalmente procedente los intereses de demora desde la fecha de la reclamación en vía administrativa (sentencia de 29 de noviembre de 2013, recurso 269/2011).

SEXTO. Costas procesales.-

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso por no apreciarse temeridad o mala fe en las partes por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la Ley jurisdiccional, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.- Fijar como criterio interpretativo en relación a si constituye daño indemnizable en concepto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la privación del potencial derecho del propietario de un terreno en que existan recursos de la Sección "A" de la Ley de Minas a obtener la autorización para la extracción de dichos recursos, conforme a los artículo 139.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y artículo 16 de la Ley de Minas, es el que se establece en el fundamento tercero de esta sentencia.

Segundo.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la comunidad de herederos de Doña Paloma , representados por la procuradora D.ª Lourdes Fernández Luna Tamayo, contra la sentencia mencionada en el primer fundamento.

Tercero.- Casamos y anulamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

Cuarto.- En su lugar, debemos de estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los mencionados recurrentes, contra la resolución presunta del Ministerio de Fomento, denegando la reclamación de daños y perjuicios ocasionados con la ocupación temporal de una finca de su propiedad, con ocasión de las construcción de la obra de enlace y variante del trazado de la Autovía del Sur (A-4), entre los puntos kilométricos 404-408, que se anula, por no estar ajustada al ordenamiento jurídico y, en su consecuencia, se reconoce el derecho de los recurrentes a la indemnización que proceda, conforme a lo razonado en el fundamento de derecho quinto "in fine".

Quinto.- No procede concreta imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Jose Manuel Sieira Miguez Octavio Juan Herrero Pina

Juan Carlos Trillo Alonso Wenceslao Francisco Olea Godoy

Cesar Tolosa Tribiño

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ