



Roj: **STSJ GAL 3112/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2020:3112**

Id Cendoj: **15030330022020100276**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **17/06/2020**

Nº de Recurso: **4303/2018**

Nº de Resolución: **208/2020**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANTONIO MARTINEZ QUINTANAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00208/2020

-

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 4303/2018

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JOSÉ ANTONIO PARADA LÓPEZ

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

A Coruña, a 17 de junio de 2020.

Visto por la Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el recurso contencioso-administrativo que con el número 4303/2018 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por el CONCELLO DE ENTRIMO representado por la Procuradora Dña. Montserrat Souto Fernández, y defendido por el Letrado D. Eloy González González, contra la resolución de 13 de octubre de 2017 del Director Xeral de Ordenación Forestal por la que se deniega la solicitud de aprovechamiento forestal en los montes de utilidad pública del Concello de Entrimo.

Es parte demandada la CONSELLERÍA DO MEDIO RURAL DE LA XUNTA DE GALICIA, representada y defendida por la Letrada de la Xunta de Galicia Dña. Susana Loreta Benedeti Corzo.

Es Ponente el Magistrado D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Procuradora Dña. Montserrat Souto Fernández en nombre y representación del CONCELLO DE ENTRIMO interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 13 de octubre de 2017 del Director Xeral de Ordenación Forestal por la que se deniega la solicitud de aprovechamiento forestal en los montes de utilidad pública del Concello de Entrimo.



SEGUNDO: Mediante diligencia de ordenación se acordó su entrega a la parte demandante para que formulara la demanda en el plazo de 20 días, efectuándolo e interesando en el suplico que se dicte sentencia por la que, revocando la resolución de 13 de octubre de 2017 del Director Xeral de Ordenación Forestal, se estime el recurso y se acuerde autorizar al Concello de Entrimo y a la concesionaria Madeiras do Xurés S.L. la realización de los aprovechamientos autorizados en los Montes Cabeza da Vella (nº 32 de UP), Raíña y Mengán (nº 33 de UP) y Regueiro y Penedo Pinto (Nº 34 de UP), con sujeción a los pliegos de prescripciones técnicas unidos a la autorización notificada al Concello de Entrimo el 26 de mayo de 2017, salvo en lo que concierne a su enajenación por no proceder la misma.

TERCERO: Por diligencia se tuvo por presentada la demanda y se dio traslado a las demás partes para la formulación de la contestación.

La Letrada de la Xunta de Galicia presentó escrito de contestación a la demanda en el que solicita que se inadmita el recurso y subsidiariamente, para el caso de admitirlo, su desestimación por ajustarse a derecho la Orden impugnada.

CUARTO: La cuantía del recurso se fijó en virtud de decreto en indeterminada. Mediante auto se admitió la pertinencia de las pruebas propuestas, limitadas a la documental, y tras el trámite de conclusiones, mediante providencia se acordó dejar estas actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación, votación y fallo en el momento en que por su turno le corresponda.

Mediante providencia se señaló para deliberación, votación y fallo el día 30 de abril de 2020, siendo Ponente el Magistrado D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Sobre el objeto del recurso contencioso-administrativo y la demanda.

En la demanda se expone que el Concello demandante suscribió el 10 de marzo de 2008 el contrato administrativo de concesión demanial de uso privativo y explotación de los montes catalogados de U.P. del Concello de Entrimo; y que la resolución de 7 de noviembre de 2016, de la Consellería do Medio Rural, denegó las solicitudes de aprovechamiento maderero presentadas por Madeiras do Xurés S.L. de acuerdo con el Decreto 50/2014, por entender que al tratarse de montes públicos declarados de utilidad pública no les era de aplicación el Decreto 50/2014, y por impedir su estimación los artículos 34.2 y 34.3 de la Ley 7/2012 de Montes de Galicia. Contra la desestimación presunta del recurso dealzada Madeiras do Xurés interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ourense de 7 de enero de 2019, pendiente de recurso de apelación.

Tras esa resolución denegatoria de la solicitud presentada por Madeiras do Xurés, y atendiendo a su motivación, el Concello de Entrimo presentó solicitud de los mismos aprovechamientos madereros en los Montes Cabeza da Vella (nº 32 de UP), Raíña y Mengán (nº 33 de UP) y Regueiro y Penedo Pinto (Nº 34 de UP). La resolución recurrida en este procedimiento denegó esa solicitud, ordenando la realización de los aprovechamientos conforme a los pliegos de condiciones que se adjuntaban, y señalando su ejecución y enajenación mediante subasta, lo cual a juicio del Concello demandante supone obviar la existencia de la concesión administrativa de Madeiras do Xurés, considerando el recurrente improcedente esa enajenación a un tercero distinto de ese concesionario, al cual considera que le corresponde el uso privativo y explotación del monte.

Por ello, el Concello demandante solicitaba que se diese la conformidad por el Servicio de Montes para que se pudiese proceder por el Concello por aplicación del artículo 34 de la Ley 7/2012, a encomendar a la concesionaria Madeiras do Xurés S.L. la realización de los referidos aprovechamientos autorizados con sujeción a los pliegos de prescripciones técnicas unidos a la autorización (salvo en lo que concierne a su enajenación, por no proceder la misma).

Esta solicitud fue desestimada por el Director Xeral de Ordenación Forestal en la resolución recurrida, disponiendo que la retirada de la madera quemada en los montes de UP de Entrimo no puede considerarse, en principio, como un aprovechamiento incluido en el plan de aprovechamientos, por lo que no le correspondería al concesionario Madeiras do Xurés, sino al titular del monte (es decir, al Concello), tal y como se establece en la autorización del Servicio de Montes de Ouresne, y los ingresos obtenidos deben destinarse a la restauración del monte.

El Concello demandante fundamenta su impugnación en la alegación de la existencia de desviación de poder, aduciendo que no puede la Consellería desestimar la solicitud presentada en función de la interpretación sobre



el alcance del contrato de de concesión entre Concello y Madeiras do Xurés S.L. y sobre la titularidad de los aprovechamientos, cuando son extremos en los que no hay controversia entre las dos partes de ese contrato.

En segundo lugar, manifiesta que la Consellería realiza una incorrecta interpretación de los términos de la concesión y el informe en que se fundamenta contiene afirmaciones que no se ajustan a la realidad, tales como la alusión a que el Concello otorgó la concesión en 2008 a Madeiras do Xurés a cambio de un canon simbólico de 60.000 euros al año, y preguntándose hasta qué punto se podría permitir que si la madera no sale a subasta dicha concesionaria se pueda hacer con ella por esa suma, cuando realmente tiene el valor de un millón. Afirma el Concello que dichas afirmaciones no son ciertas y aunque lo fueran no fundamentarían la denegación del aprovechamiento solicitado. Reconoce que el canon anual es de 60.1000 euros y niega que sea "simbólico", estando su cuantía avalada por los estudios económicos de rentabilidad y amortización, y considera que la valoración de la madera quemada en un millón de euros carece de justificación.

También rechaza que se pueda concluir, como hace el informe que la concesión demanial del aprovechamiento privativo queda limitada a los aprovechamientos incluidos en el plan anual o periodo aprobado, conclusión que considera que no se deriva ni de la ley ni del contrato de concesión demanial, ni de los pliegos a los que está sujeta. Una cosa es que cualquier aprovechamiento no incluido en el plan de gestión deba ser aprobado por el órgano forestal y otra distinta es que no se pueda autorizar o que la concesión demanial del aprovechamiento privativo de los citados montes quede limitada a los aprovechamientos incluidos en el plan de gestión. Por ello no resulta correcta la interpretación de que el aprovechamiento de la madera quemada no está incluida en la concesión. No discute que la concesionaria esté obligada a la reinversión en el monte del producto de la venta, conforme a la Ley 3/2007 de prevención y defensa contra los incendios forestales.

Además, también se opone a otra de las conclusiones del informe que fundamenta la resolución recurrida, en la que se afirma que los incendios acaecidos en el año 2016 pudieron dar lugar a la desaparición de los aprovechamientos forestales concedidos, pudiendo ser causa de la extinción de la concesión realizada, ya que el objeto de la concesión era el aprovechamiento forestal integral en los montes señalados por el plazo de 25 años, subsistiendo por tanto sobre los aprovechamientos que se pudieran llevar a cabo en el plazo restante (la concesión abarca a cuatro montes, no exclusivamente el quemado) y subsistiendo las obligaciones de la concesionaria.

El último motivo de impugnación se refiere a la incorrecta aplicación de retroactividad en la norma aplicable a la concesión, por considerar el recurrente no ajustada a derecho la conclusión del informe que ampara la resolución recurrida sobre la prevalencia de la Ley 7/2012 de Montes de Galicia frente a los derechos del concesionario en virtud de una concesión otorgada antes de su entrada en vigor. Estableciendo la normativa vigente que en los montes catalogados no se autorizará ningún aprovechamiento que no esté incluido en el plan anual (y no estando incluidos los aprovechamientos forestales en los montes quemados) la Xunta de Galicia pretende dar efectos retroactivos a esta normativa y "destruir" el contrato concesional firmado con Madeiras do Xurés, lo cual es una pretensión antijurídica.

SEGUNDO: Sobre la contestación a la demanda.

La Letrada de la Xunta de Galicia se opone a la demanda, pretendiendo que se declare inadmisibile el recurso por litispendencia, al existir una sentencia, pendiente de apelación, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ourense en el P.O. 253/17, de 7 de enero, seguido a instancias de Madeiras do Xurés, que afecta al supuesto presente.

En cuanto al fondo, alega que la concesión demanial otorgada por el Concello de Entrimo a Madeiras do Xurés en el año 2008 se sujeta a la Ley de Montes de 2003, pero los incendios en la zona afectada por la concesión tuvieron lugar en septiembre de 2016, por lo que sería de aplicación la Ley 7/2012, a los efectos futuros que surjan de este contrato después de su entrada en vigor.

Tras recordar el contenido del informe de 29.01.2008 de la Dirección Xeral de Montes e Industrias Forestais, que definió los términos en los que la concesión demanial del aprovechamiento privativo de los montes de utilidad pública se consideraba compatible con la persistencia de los valores naturales, invoca los artículos 50.2 de la Ley de Montes -en cuanto a la potestad del órgano autonómico competente para fijar las medidas encaminadas a la retirada de la madera quemada y a la restauración de la cubierta vegetal afectada por los incendios-, y el artículo 42 de la Ley 3/2007, de 9 de abril, de prevención y defensa contra los incendios forestales de Galicia -sobre la necesidad de autorización previa de los aprovechamientos forestales de madera quemada-.

La retirada y aprovechamiento de la madera quemada no forma parte de los aprovechamientos ordinarios que corresponden al concesionario en virtud de su concesión, al ser ajeno a los previstos en los planes anuales. Existe una gran diferencia entre el volumen de las cortas previstas en el plan de aprovechamientos y las



autorizadas por los incendios acaecidos en septiembre de 2016, los cuales causaron la posible desaparición del aprovechamiento forestal que fue objeto de concesión demanial. Por ello, la retirada de la madera quemada debe corresponder al titular, al Concello de Entrimo, y la autorización para su aprovechamiento fue dirigida a este.

TERCERO: Sobre la litispendencia.

La litispendencia se contempla en el artículo 69 d) de la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como motivo de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo y requiere la comprobación de la identidad de las pretensiones de las que fue objeto el proceso en trámite y de las deducidas en el nuevo proceso en el que se hace valer la causa de inadmisión. Así han de contrastarse los tres elementos: a) identidad subjetiva de las partes y de la calidad en la que actúan; b) causa de pedir, causa petendi, o fundamento de la pretensión; y c) petitum o conclusión a la que se llega según los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada.

Junto con la apreciación de esta triple identidad, han de tenerse en cuenta, como señala **la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12.12.2012, recurso 6827/2010**, « las peculiaridades que en el proceso contencioso-administrativo derivan del objeto de la pretensión y que hace que sea un específico elemento identificador de la cosa juzgada el acto administrativo (la actuación de la Administración) o la disposición objeto de las pretensiones impugnatorias. De tal forma que si en el posterior proceso, se recurre un acto o una disposición diferente del que se enjuició en la resolución firme anterior, ya no puede darse el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, salvo que se trate de meras repeticiones del que se juzgó en el primero. Y además, la apreciación de la excepción de cosa juzgada exige que se trate no sólo del mismo acto, disposición o actuación material sino también de la misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior. Si en el proceso posterior sobre el mismo acto, disposición o actuación cambian la causa petendi o el petitum de la pretensión examinada y decidida en la resolución judicial firme anterior tampoco operará en su función negativa la cosa juzgada».

En los presentes autos no cabe apreciar la existencia de litispendencia, ya que no hay identidad subjetiva ni de acto administrativo recurrido en relación con el procedimiento ordinario 253/2017, interpuesto por parte distinta a la recurrente en los presentes autos (en aquel procedimiento la demandante es la concesionaria demanial Madeiras do Xurés y en el presente lo es el Concello de Entrimo) contra un acto administrativo distinto (en aquel procedimiento, la resolución de 7 de noviembre de 2016 de la Xefatura Territorial de Ourense de la Consellería do Medio Rural e do Mar por la que acuerda denegar ocho solicitudes relativas a aprovechamientos madereros formulada por Madeiras do Xurés S.L. en el término municipal de Entrimo; mientras que en este caso se recurre una resolución posterior, dictada el 13 de octubre de 2017 por Director Xeral de Ordenación Forestal por la que se deniega la solicitud de aprovechamiento forestal en los montes de utilidad pública del Concello de Entrimo formulada por esta última Administración).

CUARTO: Sobre la normativa aplicable y la retroactividad.

En relación con el procedimiento ordinario 253/2017 del que conoció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ourense promovido por Madeiras do Xurés no existe causa de inadmisibilidad por litispendencia, pero sí una obvia relación entre ambos procedimientos, al versar sobre idénticas pretensiones formuladas por concesionario y Administración concedente, lo que obliga a tomar en consideración, por razones de prejudicialidad, lo resuelto en aquel procedimiento ordinario 253/2017, cuya sentencia desestimatoria estaba pendiente de apelación en el momento de interponerse y tramitarse el recurso, pero que a fecha de hoy ya cuenta con sentencia al haberse dictado por **la Sección 1ª de este Tribunal la sentencia de fecha 29 de enero de 2020, desestimatoria del recurso de apelación nº 163/2019** interpuesto por Madeiras do Xurés contra la sentencia de fecha 7 de enero de 2019, dictada en el Procedimiento Ordinario 253/17 contra la desestimación por silencio administrativo por parte de la Consellería do Medio Rural e do Mar de la Xunta de Galicia, del recurso de alzada planteado contra resolución de su Jefatura Territorial en Ourense, de fecha 7 de noviembre de 2016, por la que se le deniegan a Madeiras do Xurés ocho solicitudes relativas al aprovechamiento maderero, en el término municipal de Entrimo.

Madeiras do Xurés defendía en aquel procedimiento que "en su condición de concesionaria, con facultades para la gestión y aprovechamiento de los montes, está legitimada para instar las autorizaciones que, en otro caso, correspondería promover al Ayuntamiento concedente", lo que fue rechazado por este Tribunal, en la sentencia mencionada, por dos motivos:

"... primero, porque se desconoce el contenido del pliego de cláusulas administrativas anexo a aquel contrato y, por tanto, las condiciones a que se somete la concesión demanial otorgada. Y, segundo, porque el artículo 34.2 de la citada Ley 7/2012, al regular la gestión de los montes públicos, establece: "los montes públicos incluidos en el catálogo de montes de utilidad pública serán gestionados por la Administración forestal, salvo que seasolicitada



su gestión por la entidad titular y autorizada esta por la Administración forestal en los términos que considere necesarios y conforme al procedimiento que se establezca reglamentariamente".

Y en el caso que nos ocupa, no consta que ese traspaso de gestión haya sido solicitado por el Ayuntamiento de Entrimo, por lo que, tampoco, fue autorizado por la Administración forestal. Pero es que, aunque así fuera y la autorización hubiere sido otorgada al Ayuntamiento titular, se habría producido, igualmente, el incumplimiento de lo previsto en el apartado 3 del citado artículo 34, que señala: "En cualquier caso, la contratación del aprovechamiento de los montes de utilidad pública de titularidad de entidades locales será realizada por estas conforme a los planes de aprovechamiento aprobados y a su legislación, con subordinación en los aspectos técnico-facultativos a los correspondientes pliegos fijados por la Administración forestal". Y no consta, tampoco, solicitud alguna de remisión de tales pliegos."

La motivación de la mencionada sentencia ya incorpora el argumento que permite desestimar el último de los motivos de impugnación articulados en la demanda, relativo a la aplicabilidad de la Ley 7/2012 de Montes de Galicia, a la que se opone la demandante por considerarla incurso en una retroactividad in peius proscrita por los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, seguridad jurídica (9.3 de la Constitución) y buena fe.

Este alegato debe desestimarse, y procede considerar aplicable al caso la Ley 7/2012 de Montes de Galicia, aunque sea posterior al otorgamiento de la concesión demanial, ya que se trata de enjuiciar la validez de una resolución que dio respuesta a una solicitud presentada por el Concello de 21 de junio de 2017, esto es, varios años después de la entrada en vigor de la Ley 7/2012, en virtud de la cual el Concello de Entrimo pedía al Servizo de Montes su conformidad para que se proceda por el Concello, por aplicación del artículo 34 de la Ley 7/2012 de Montes de Galicia, a encomendar a la concesionaria Madeiras do Xurés la realización de los referidos aprovechamientos autorizados con sujeción a los pliegos de condiciones técnicas unidos a la autorización (salvo en lo que concierne a su enajenación por no proceder la misma).

Resulta paradójico que se considere conculcado el principio de buena fe por la aplicación de la Ley 7/2012 cuando el propio Concello solicitante invocaba un artículo de dicha ley en su solicitud. Y en todo caso no se conculcan los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y seguridad jurídica porque, como señalaba la **sentencia de esta Sala, en su Sección 1ª, de 29 de enero de 2020, desestimatoria del recurso de apelación nº 163/2019 interpuesto por Madeiras do Xurés:**

"... el hecho de que la concesión demanial hubiere sido otorgada a la actora en el año 2010, bajo la normativa entonces vigente (Ley de Montes de 2003 y el Reglamento, aprobado por Decreto 485/1962), ningún derecho, adquirido al amparo de dicha normativa, confiere a la parte demandante la legitimación que intenta arrogarse, puesto que los derechos y obligaciones que, como concesionaria le corresponden, son, en cada momento, los que la ley en vigor le atribuye y no los que le otorgaba la legislación precedente."

Se trata de evaluar un derecho nacido después de la entrada en vigor de la Ley 7/2012 de Montes de Galicia, y aunque se pretenda hacerlo derivar de la concesión demanial otorgada en el año 2008, lo cierto es que se trataría de una situación jurídica surgida con posterioridad a la Ley 7/2012, por lo no se trataría de una aplicación retroactiva en grado máximo -proyectada sobre situaciones agotadas o efectos consumados- sino sobre efectos que aunque mediatamente se pretendan hacer derivar de la concesión otorgada en fecha anterior, en realidad se originan de forma inmediata a raíz de unos hechos acaecidos en el año 2016, esto es, varios después de la entrada en vigor de la Ley 7/2012, y se articula la solicitud de ejercicio de tales derechos en el año 2017, no existiendo motivo alguno que imposibilite aplicar a esa solicitud una ley que lleva ya varios años en vigor, por cuanto esa aplicación no implica una retroactividad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución, en cuanto no se afecta ni proyecta sobre ningún derecho adquirido ni sobre ninguna situación consolidada ni altera ningún efecto ya consumado.

A este respecto, resulta oportuno traer a colación la **sentencia de esta Sala y Sección, de 30/10/2014, Nº de Recurso: 4333/2014, Nº de Resolución: 841/2014, ECLI:ES:TSJGAL:2014:8983**, en la que se recuerda que "el Tribunal Constitucional viene diferenciando varios grados o tipos de retroactividad, admitiendo que no toda retroactividad es necesariamente contraria a derecho. Así, en su sentencia 116/2009, de 18 de mayo, señala que "el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad", resultando relevante la distinción entre una retroactividad de grado máximo (o retroactividad auténtica), "cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no", y una retroactividad de grado mínimo (o retroactividad impropia), "cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica ha surgido conforme a la anterior". Así, en el primer supuesto -retroactividad auténtica-, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio, mientras que en el

segundo -retroactividad impropia-, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de intereses llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, entre otros principios, el de seguridad jurídica, también referido en la Constitución."

Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre de 1988 :

" ... no hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado, pues, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones -SSTC 42/1986, de 10 de abril y 99/1987, de 11 de junio -, una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución , cuando incide sobre «relaciones consagradas» y «afecta a situaciones agotadas» y «lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad».

QUINTO: Sobre los derechos del concesionario y la desviación de poder.

En todo caso, la aplicabilidad de la Ley 7/2012 de Montes de Galicia, justificada al tratarse de la resolución de una solicitud de aprovechamiento forestal presentada varios años después de su entrada en vigor y motivada por un incendio forestal acaecido varios años después de su entrada en vigor, no se erige en fundamento único y exclusivo de la desestimación de lo pretendido por el Concello demandante, ya que en el informe que sirve de base a la resolución recurrida se invocan razones jurídicas aplicables bajo el amparo de normativa anterior a dicha norma legal, en particular la Ley 43/2003 de Montes estatal o el Decreto 485/1962, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Montes.

Concordamos con la posición jurídica de la Administración demandada en que el aprovechamiento solicitado no se encuentra dentro de los aprovechamientos ordinarios incluidos en la concesión demanial, sino que se trata de un aprovechamiento extraordinario motivado por un incendio forestal dentro de la superficie de los montes incluidos en la concesión, respecto al cual el concesionario no puede invocar ningún derecho, porque es ajeno al ámbito del uso privativo adjudicado por la concesión demanial, que no se acredita que incluya el aprovechamiento de la madera quemada.

La solicitud municipal tenía por objeto la conformidad del órgano forestal para encomendar a la concesionaria Madeiras do Xurés la realización de los aprovechamientos autorizados por el servicio de montes el 19.05.2017, referidos a unas cortas de madera motivados por un incendio, con un volumen, reflejado en el expediente administrativo, muy superior al que correspondería a los m3 de cortas previstos para los años 2015, 2016 y 2017.

La retirada y aprovechamiento de esa madera no forma parte del plan de ordenación y por tanto ningún derecho sobre ella puede esgrimir el concesionario, siendo ajena a la concesión demanial que le fue otorgada para el aprovechamiento forestal de los montes señalados en el acto de otorgamiento de dicha concesión. Este es el motivo principal de la desestimación.

Resulta de interés recordar que el pliego de condiciones define el ámbito de derechos y obligaciones del concesionario, y aunque en el mismo se habla de aprovechamiento forestal integral de los montes, también se dice que los aprovechamientos han de ser compatibles con el uso forestal y con el instrumento de gestión vigente en cada momento y aprobado por la Administración Forestal de la Xunta de Galicia.

La autorización para la enajenación de la madera elaborada por el Servicio de Montes de Ourense el 19.05.2017 motivada por el incendio se concreta en el informe de 15 de septiembre de 2017 en varias cortas, especificadas en el mismo, para los diversos montes incluidos en la concesión, que alcanzan un volumen de 42.581,04 m3 de cortas de pino pynaster y 1.727,9 m3 de eucaliptus sp, mientras que el plan de ordenación de dichos montes de utilidad pública preveía para los años 2015, 2016 y 2017 2.787,60 m3 para cortas de regeneración y 2.226,20 m3 para cortas de madera. Estas serían las cortas y actuaciones a realizar en la zona afectada según el plan de aprovechamientos incluidos en el plan especial de ordenación, el cual delimita el derecho al uso privativo que le corresponde al concesionario en relación a los montes de utilidad pública.

Así se deriva del artículo 212 del Decreto 485/1962, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Montes, conforme al cual *"No se autorizará aprovechamiento alguno en los montes catalogados que no se halle incluido en el plan anual o periódico aprobado"*. Este precepto fue derogado, junto con otros, por el artículo 2 Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo, de modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio, pero dicho precepto señalaba que "no obstante, los citados artículos mantendrán su vigencia en aquellas comunidades y ciudades autónomas que no tengan



normativa aprobada en la materia, en tanto no se dicte dicha normativa, lo que justifica que el informe que ampara la resolución recurrida haga mención a dicho Decreto 485/1962.

A los efectos de determinar el alcance de los derechos del concesionario hay que tener en cuenta el propio informe de 29.01.2008 de la Dirección Xeral de Montes, que consideraba compatible la concesión demanial con la persistencia de los valores naturales siempre que se realizase el aprovechamiento con estricta sujeción al plan de ordenación, cuya ulterior modificación estaría sujeta a aprobación por el órgano forestal. El hecho de que se contemple en ese informe la posibilidad de aprobación por el órgano forestal de los aprovechamientos no incluidos en el plan de ordenación no significa, como pretende el recurrente, que el derecho del concesionario -derivado del acto de otorgamiento de la concesión demanial, denominado como contrato administrativo de concesión por el Concello de Entrimo- se extienda a tales aprovechamientos, situados al margen del plan de aprovechamiento.

Una vez que se produce el incendio, se verifica una circunstancia que impide realizar el aprovechamiento que corresponde al concesionario conforme al plan de ordenación, y el aprovechamiento de esa madera quemada no puede considerarse que forme parte de sus derechos concesionales. Así lo entendió la **sentencia de esta Sala, Sección 1ª, de 29 de enero de 2020**, a los efectos de motivar la desestimación del recurso de apelación nº 163/2019, interpuesto por la concesionaria, razonando en los términos que pasamos a reproducir y que asumimos íntegramente:

" En el caso enjuiciado, además, no estamos ante lo que pudiera llamarse aprovechamiento maderero ordinario, contemplado en el título concesional, sino ante una situación extraordinaria derivada de los graves incendios forestales producidos en el mes de septiembre de 2016, por lo que la actora carece del derecho al aprovechamiento de la madera quemada al no estar recogida esa posibilidad en el plan anual o período aprobado por la Administración forestal.

Es más, a raíz del incendio aludido, las cortas autorizadas en Ourense por el Servicio de Montes son diferentes de las contempladas en el plan de aprovechamiento que se recoge en el plan de ordenación, pues aquellas se extienden a una gran superficie que supera, en más de ocho veces, las previstas en el plan de aprovechamiento para el período correspondiente. De ahí la limitación de la concesión demanial al aprovechamiento privativo de los montes a aquellos que figuran en el plan anual o período aprobado, lo que justifica que la retirada y subasta de madera quemada, tras dichos incendios, no se conceptúe como aprovechamiento incluido en el plan de aprovechamientos, y por ello no le corresponde a la actora."

En conclusión, no procede estimar la pretensión de la actora, que pretende otorgar al concesionario un derecho que no le corresponde, por no estar incluido dentro de los derechos al uso privativo del monte público que se derivan de la concesión demanial.

A este respecto, el incendio de las masas forestales y la quema de la madera tiene una trascendencia jurídica que se ha de evaluar al amparo del artículo 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que establece como causa de extinción de la concesión la desaparición del bien o agotamiento del aprovechamiento. Ello no quiere decir que se deba necesariamente tener por extinguida la totalidad de la concesión demanial, habida cuenta que el incendio no ha afectado a la totalidad de la masa forestal objeto de concesión y de que en el periodo que reste de la misma estará vigente. Pero esa imposibilidad física de aprovechamiento de los ejemplares quemados derivada del incendio sí extingue el invocado derecho concesional relativo a los mismos (el cual estaba delimitado por el plan de ordenación), y determina que sea procedente acudir, como hace el informe que ampara la resolución recurrida, al artículo 36 de la Ley de Montes, conforme al cual *" El titular del monte será en todos los casos el propietario de los recursos forestales producidos en su monte, incluidos frutos espontáneos, y tendrá derecho a su aprovechamiento conforme a lo establecido en esta ley y en la normativa autonómica."* Este precepto sirve de fundamento a la consideración por la resolución recurrida de que el aprovechamiento de la madera quemada corresponde al Concello -al no formar parte de los derechos concesionales-, en cuanto titular del monte.

En atención a lo todo lo expuesto, carece de sentido la alegación de desviación de poder. Se solicita al órgano autonómico una autorización, reconociendo que es competencia del órgano forestal concederla, en relación con el aprovechamiento de la madera quemada en un incendio que ha afectado a un monte de utilidad pública de titularidad municipal. Y lo que hace la resolución recurrida es precisamente analizar los requisitos aplicables a la solicitud, explicitando la normativa que considera aplicable y motivando las razones de su desestimación. El sentido de la resolución podrá no ser compartido por la recurrente, pero de los términos en los que se concreta la controversia se desprende que la Administración forestal está ejerciendo la potestad que le fue conferida por el ordenamiento precisamente para atender a las finalidades previstas por el mismo al otorgarle esa potestad, lo que excluye la desviación de poder.



Si se solicita la conformidad de encomienda a un concesionario de la realización de un aprovechamiento de madera quemada y que se declare que no es procedente su enajenación a un tercero, necesariamente la Administración se ve obligada a acudir a los términos de la concesión demanial y a la legislación sectorial para determinar los derechos del concesionario y esclarecer a quien le corresponde realizar el aprovechamiento de la madera quemada. Por ello, no se puede aceptar el planteamiento de la recurrente, cuando considera que la Administración se ha inmiscuido indebidamente en una cuestión de interpretación contractual que le era ajena.

No se puede admitir que la interpretación de la concesión demanial corresponda solo a la Administración concedente y al concesionario, cuando los efectos derivados de la misma y el ejercicio de los derechos dimanantes de tal acto concesional están sujetos al régimen de autorización por la Administración forestal. Es más, la decisión de la Dirección Xeral de Montes se inscribe dentro de una potestad que le es expresamente conferida por la Ley 43/2003 de Montes estatal en su artículo 50.2 al órgano competente de la comunidad autónoma, el cual "fijará las medidas encaminadas a la retirada de la madera quemada y a la restauración de la cubierta vegetal afectada por los incendios".

La cuestión de la valoración económica del aprovechamiento de la madera quemada es puramente accesoria y no tiene relevancia a los efectos de fundamentar las pretensiones de las partes. Lo relevante es constatar que el aprovechamiento de la madera quemada, sea cual sea su valor, no forma parte de los derechos del concesionario, al no estar incluida en el plan de aprovechamiento, sin que la pretensión ejercitada por el Concello pueda ser estimada, en cuanto prescinde del plan de ordenación como elemento delimitador de los derechos del concesionario, en el intento de evitar una enajenación a terceros de dicha madera, intento que no respondería a la defensa de ningún interés público.

Parece defenderse por el Concello el exclusivo interés del concesionario, pero debe tenerse en cuenta que ni siquiera el Concello niega la obligación de reinversión en el monte del producto de la venta de la madera quemada, conforme a la Ley 3/2007, de prevención y defensa contra los incendios forestales (artículo 42). Esta obligación de que los ingresos obtenidos por la enajenación de los aprovechamientos forestales tras un incendio en el monte de utilidad pública se destinen íntegramente a la restauración y mejora del mismo se deriva igualmente del artículo 124.3 de la Ley 7/2012, de Montes de Galicia, de indudable aplicación al caso, con independencia de la fecha de otorgamiento de la concesión demanial, ya que se trata de valorar las consecuencias jurídicas de un hecho (incendio forestal) acaecido varios años después de su entrada en vigor, sin que se pueda decir que el aprovechamiento de la madera quemada tras ese incendio en el año 2016 constituya un derecho nacido en el año 2008, sino que los eventuales derechos a ese aprovechamiento extraordinario surgen en todo caso una vez que se verifica el hecho que determina su surgimiento, por lo que la Ley 7/2012 debe considerarse aplicable en relación a esos efectos jurídicos.

Así las cosas, no se entiende la finalidad perseguida por el Concello recurrente de evitar la enajenación a un tercero de la madera quemada, cuando con el producto obtenido se podrían realizar las correspondientes inversiones en el monte de su titularidad, por cuya preservación y adecuada explotación debe velar la Administración titular del mismo, a la que no le corresponde asumir la defensa de los intereses económicos del concesionario, el cual ya se ha defendido en la vía administrativa y judicial contra la resolución que le denegó el aprovechamiento de la madera quemada, con el resultado desfavorable al que hemos aludido.

En atención a lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, ya que ni hay desviación de poder, ni aplicación retroactiva de la normativa legal contraria al artículo 9.3 de la Constitución ni tampoco una incorrecta interpretación de los términos de la concesión, sino el ejercicio de la potestad conferida al órgano forestal por el ordenamiento para velar por el mejor aprovechamiento de un monte de utilidad pública, lo que pasa por asegurarse de que se consiga un producto con su venta a terceros -al no corresponderle tal aprovechamiento al concesionario, sino al titular del monte- que debe ser reinvertido en la restauración y mejora del monte, finalidad que no es ajena al órgano forestal.

SEXTO: Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LRJCA, en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre de agilización procesal, las costas habrán de imponerse a la parte demandante, si bien se estima prudente limitarlas a la cantidad máxima de 1.500 euros por todos los conceptos.

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por EL CONCELLO DE ENTRIMO contra la resolución de 13 de octubre de 2017 del Director Xeral de Ordenación Forestal por la que se deniega la solicitud de aprovechamiento forestal en los montes de utilidad pública del Concello de Entrimo.



Todo ello con la condena a la parte demandante al pago de las costas procesales, en la cantidad máxima de 1.500 euros por todos los conceptos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Una vez firme, procédase a remitir testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, en unión del expediente administrativo.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ