

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*

IV. BIENES PUBLICOS. MINAS. PERMISOS DE INVESTIGACIÓN. EXPROPIACIÓN. CONTENIDO

Sólo son indemnizables los gastos ocasionados y relacionados directamente con la solicitud del permiso de investigación, sin que sean indemnizables gastos no relacionados ni el posible lucro cesante derivado de la concesión de la explotación de los recursos, ya que se trata de meras expectativas sin concreción alguna, cuando sólo han presentado una solicitud para investigar los recursos, cuyo resultado es incierto y más incierta aún la posible concesión de la explotación. Para llevar a cabo una concreta explotación minera es imprescindible, el previo juicio administrativo de prevalencia de los indicados intereses enfrentados (minero y medioambiental), no cabe considerar que existan ni derechos consolidados ni expectativas ciertas y seguras de explotación hasta tanto no se haya efectuado el mencionado juicio de valor.

En cuanto a los hechos, resultan del expediente y documentos aportados, o de los correspondientes boletines oficiales y, en realidad no se cuestionan los siguientes: 1) En el BOJA de 18 de diciembre se publica el Decreto Ley 9/2013, de 17 de diciembre, por el que se declara “la utilidad pública e interés social de la expropiación de los derechos e intereses patrimoniales legítimos, derivados, en su caso, de los procedimientos de solicitudes de los permisos de investigación:...Hornitos, número 7921, núm. 7949..., comprendidos dentro de las cuadrículas mineras...”; 2) En los artículos 2 y 4 del Decreto Ley se establece la reserva a favor de la Administración Autónoma de los recursos mineros y se prevé concurso público para la adjudicación de la actividad extractiva; 3) en el BOJA de 16 de enero de 2014, se publica resolución de 13 de enero, por la que se convoca concurso público para la adjudicación de las actividades extractivas; 4) en el BOJA de 18 de febrero de 2014, se publica anuncio por el que se somete a información pública el procedimiento expropiatorio de las solicitudes de permiso de investigación; 5) En sesión del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2014, se acuerda interponer conflicto positivo de competencia; 6) En el BOP de Sevilla de 19 de marzo de 2014, se publica el mismo anuncio por el que se somete a información

* Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

pública proyecto de expropiación; 7) En el BOE de 26 de marzo de 2014, se publica resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 24 de marzo de 2014, por la que se acuerda la publicación en el BOE de la inscripción de la propuesta de declaración de zona de reserva definitiva para todos los recursos de la sección C que se denominará “Aznalcóllar” en la provincia de Sevilla; 8) entabladas negociaciones entre la Administración General del Estado y la Administración Autonómica para resolver el conflicto de competencia acerca de la declaración de reserva minera, se llega a un acuerdo y en el BOJA de 12 de abril de 2014, se publica Decreto Ley 4/2014 por el que se eliminan las disposiciones que ponían en cuestión la titularidad estatal de las reservas mineras y la competencia exclusiva del Estado para declararlas y se prevé, en su artículo único, la concesión de los derechos de explotación de los recursos mineros, de acuerdo con la legislación estatal dictada al efecto, a la persona jurídica que resulte adjudicataria del concurso convocado por resolución de 13 de enero de 2014, y acuerda la confirmación de todos los actos dictados en ejecución del Decreto Ley 9/2013, quedando derogados los artículos 2,3 y 4 de dicho decreto ley; 9) Como resultado también de dichas negociaciones, en el BOE de 16 de abril de 2014, se publica Real Decreto Ley 6/2014, de 11 de abril, por el que se define la zona que se denominará “Aznalcóllar” a efectos de la adjudicación directa de la explotación de los recursos mineros sin necesidad de permisos de investigación, sin perjuicio de la indemnización que proceda por los ya solicitados, y se prevé que la Junta de Andalucía proceda al otorgamiento de la explotación de los yacimientos cuyos recursos se consideran plenamente probados a quien resulte adjudicataria en un procedimiento de concurrencia competitiva; 10) En ejecución de dicho acuerdo, por resolución del Consejo de Ministros de 25 de abril de 2014, se decide el desistimiento del conflicto positivo de competencias y por auto del TC de 27 de mayo de 2014 , se tiene por desistida a la instante y se acuerda el archivo; 11) el 26 de abril de 2014, la actora interpuso recurso de alzada contra la resolución que acuerda la inscripción de la propuesta de reserva definitiva por no ser posible sin previa reserva provisional; 12) el 15 de mayo de 2014, se notifica a la actora convocatoria para el levantamiento de actas previas sobre los derechos afectados por por la expropiación forzosa; 13) en el BOE de 7 de julio de 2014, se publica resolución de 18 de junio de la Dirección General de Política Energética y Minas por el que se cancela el expediente de tramitación de la reserva minera a favor del Estado para todos los productos de la Sección C) denominada “Aznalcóllar”; 14) Seguido el expediente expropiatorio por sus trámites y no habiendo llegado a un acuerdo, se abre pieza de justiprecio que termina por el acuerdo aquí impugnado.

El acuerdo de la Comisión entiende que sólo son indemnizables los gastos ocasionados y relacionados directamente con la solicitud del permiso de investigación, sin que sean indemnizables gastos no relacionados ni el posible lucro cesante derivado de la concesión de la explotación de los recursos, ya que se trata de meras expectativas sin concreción alguna, cuando sólo han presentado una solicitud para investigar los recursos, cuyo resultado es incierto y más incierta aún la posible concesión de la explotación.

En torno a la impugnación del acuerdo dicho, la actora hace valer las siguientes pretensiones: 1ª) que el importe del justiprecio sea el correspondiente a su hoja de aprecio, es decir, 22.150.437 € y 2ª) que se incremente dicho justiprecio en un 25% por existir vía de hecho en la actuación de la Administración.

Comenzando con el análisis de la segunda de las pretensiones indicadas en el fundamento anterior cabe decir que aunque no existe una definición legal que delimite los contornos exactos y precisos de la figura jurídica de la vía de hecho, por tal se entiende el supuesto en que hay una total inexistencia de procedimiento, encontrándonos ante una actuación material sin soporte alguno o, cuando existiendo procedimiento, hay una carencia de los trámites esenciales integrantes de ese procedimiento sin los cuales éste no es identificable. Es preciso por tanto la ausencia de cualquier cobertura jurídica por no existir acto previo de habilitación de la actuación administrativa y debiéndose excluir de la vía de hecho en aquellos supuestos en los que dicha actividad se llevó a cabo al amparo de un acto administrativo formal que, aún presentando graves irregularidades, vino a dar cobertura formal a la actuación. Basta con hacer mención al extenso y prolijo devenir normativo expuesto en el fundamento jurídico primero, como base justificativa de la actuación expropiatoria cuestionada, para concluir que, obviamente, no nos encontramos ante una vía de hecho. Y desde luego no podemos calificar como tal a la actuación expropiatoria de la Administración por la mera alegación, como se contiene en la demanda, de reproches de incompetencia de la Junta de Andalucía o de lo que se califica como “falta de correlato entre la finalidad de la expropiación planteada en el Decreto Ley 3/2013 en relación con el Decreto Ley 6/2014” o falta del presupuesto de urgencia, cuando no articula fundamentación alguna de los vicios formales que invoca. Todo ello sin dejar de advertir que la pretensión articulada en la demanda no se dirige a la recuperación de bien o derecho alguno, sino exclusivamente a la determinación del justiprecio del bien expropiado. Del mismo modo también conviene indicar que no advertimos la presencia de la cuestión prejudicial penal que se apunta en la demanda pues ninguna relación guarda el objeto de este proceso, limitado a la determinación del

justiprecio derivado de la expropiación de la solicitud de un permiso de investigación con la causa penal seguida en el concurso público convocado para la adjudicación de las actividades extractivas de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcollar y su adjudicación.

Por tanto, aquí hemos de limitarnos al acuerdo de valoración. El acuerdo de la Comisión entiende que la actora no es titular de derecho minero alguno consolidado, ya que la solicitud aún estaba en fase de admisión, y sólo tiene un derecho al procedimiento, con lo que la indemnización ha de limitarse a los daños ligados a ese procedimiento, que se ciñen a los gastos en que haya incurrido ligados necesariamente al procedimiento. Ya que, respecto a los recursos mineros, lo único que tiene es una expectativa lejana no indemnizable. La actora viene a entender que la mera presentación de la solicitud establece la prioridad tradicional en la legislación minera, por lo que, por lo menos, debe recibir el mismo trato que los propietarios de los terrenos en cuanto a los productos de la Sección C), que determina el derecho a ser indemnizado por la privación de la explotación de las reservas probables y de lo que denomina daños emergentes, según resulta del informe pericial aportado. Así las razones de la demandante, la Sala tiene que coincidir con las razones del acuerdo impugnado. En efecto, la demandante en cuanto mera solicitante no tiene derecho alguno consolidado sobre los recursos mineros. La idea de prioridad tradicional que se dice de la regulación minera a la que se alude en la demanda, consecuencia del encadenamiento de autorizaciones, dirigidas a establecer la importancia económica, la viabilidad y salvaguarda del interés general, no es cierta ya en términos absoluto en la Ley de 1973. Así, como se dice en el preámbulo de la Ley: En cuanto a los permisos de investigación, se ha atenuado la aplicación del principio absoluto de prioridad que se recogía en la Ley anterior, en la que no se exigía a los peticionarios que demostraran hallarse en condiciones suficientes para llevar a cabo la investigación con la intensidad y eficacia que el interés nacional requería. De esta forma, una parte considerable de los permisos de investigación que cubren el país respondían a motivos puramente especulativos antes que a una verdadera investigación científica. Sin perjuicio del aludido principio de prioridad, de tanta raigambre en nuestro Derecho minero y que ha sido el estímulo determinante del hallazgo de gran número de yacimientos, se ha dado entrada a otros factores, como la solvencia científica, técnica y económico-financiera de los solicitantes, lo que permitirá contar con mayores garantías en cuanto al cumplimiento de los proyectos de investigación minera. Y de hecho, por ejemplo, en el artículo 53 prevé la adjudicación por concurso de los permisos de investigación en el caso de los terrenos a que se

refiere el artículo 39. Pero, además esta Ley preconstitucional, ha quedado afectada por la proclamación de los valores y principios recogidos en la Constitución, entre ellos el principio rector de protección medioambiental, y también la normativa de la Unión al respecto. Ello exige una especial atención a la solvencia técnica de las empresas en términos que permitan compatibilizar el interés económico con el interés medioambiental y la sostenibilidad de la explotación. Y más, en un terreno especialmente sensible, como lo es el entorno de Doñana, cuya reserva se vio gravemente afectada por la rotura de la presa, por lo que la necesidad de minimizar los riesgos se destaca tanto en los decretos Leyes andaluces, como en el Real Decreto Ley 6/2014. Ello nos lleva a concluir que ni siquiera el titular de un permiso de investigación tiene más que una vaga expectativa que no puede considerarse indemnizable de acuerdo con consolidada doctrina del Tribunal Supremo. Así, como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 4ª, de 29 de septiembre de 2010, recurso de casación 5191/2008 : JURISPRUDENCIA 4 D) Ciertamente es que del ordenamiento jurídico en su conjunto no se deduce que la Administración ostente una potestad de naturaleza discrecional a la hora de decidir si ha de otorgar o denegar una concesión de explotación derivada de un permiso de investigación; es decir, una en que ambas soluciones puedan ser al mismo tiempo igualmente justas. Ostenta una potestad reglada en la que, sin embargo, los datos o elementos fácticos y jurídicos a tomar en consideración no son sólo aquellos a los que de modo explícito se refiere la Ley de Minas de 1973 y su Reglamento General de 1978 , esto es: la puesta de manifiesto mediante una investigación suficiente de recursos de la Sección C), que sean susceptibles de aprovechamiento racional. Es así, porque la naturaleza preconstitucional de esas normas y la evidencia de que las explotaciones mineras pueden con alto grado de probabilidad incidir de modo negativo sobre otros bienes jurídicos, especialmente el de conservación y protección del medio ambiente, y entrar en conflicto, singularmente, con determinaciones propias de la ordenación territorial y urbanística, obligan hoy a que sean interpretadas de conformidad con la Constitución, de suerte que aquella decisión descansa también en la ponderación racional de los bienes jurídicos enfrentados, a efectos de justificar cuál de ellos deba prevalecer en cada caso en concreto, y, asimismo, en el ejercicio coherente y armónico de los títulos competenciales concurrentes. Por lo que hace en especial a la protección medioambiental, se ha dicho con frecuencia que constituye uno de los aspectos más conflictivos de aquella decisión y, más aún, de la posibilidad real de reconocimiento de un derecho a la explotación de los recursos investigados. Tanto por razón del mandato del art. 45 de la Constitución , en sus números 1 y 2 , que como

todos los que se integran bajo la rúbrica de principios rectores de la política social y económica tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos. Como por razón de los problemas específicos que suscita desde el punto de vista competencial, pues el ambiente tiene un “carácter metafóricamente transversal” que incide en otras materias incluidas en el esquema constitucional de competencias (STC 102/1995). Y así, con referencia singular a las actividades mineras, se afirma que la preocupación por lo ambiental no es una adherencia, algo residual, sino una exigencia constitucional que habrá de tenerse siempre presente. Asimismo, más allá de aquella decisión, pero también con efectos en lo que hace al nacimiento, adquisición, consolidación y patrimonialización del derecho a la explotación de los recursos investigados, no ha de olvidarse tampoco que el art. 2.3 de aquel Reglamento General de 1978 dispone literalmente que “el otorgamiento de una autorización, un permiso o una concesión para la exploración, investigación, aprovechamiento o explotación, de yacimientos minerales y recursos geológicos, se entiende sin perjuicio de tercero y no excluye la necesidad de obtener las demás autorizaciones y concesiones que con arreglo a las leyes sean necesarias”. En esta línea, sin desconocer la existencia de pronunciamientos contradictorios, hoy es jurisprudencia mayoritaria la que determina el sometimiento de las actividades extractivas a la previa obtención de las licencias municipales sobre actividades clasificadas y sobre movimiento de tierras. Es decir, frente a una interpretación literal derivada del art. 116.1 de la Ley de Minas, ha de sostenerse hoy que las actividades extractivas están obligadas a someterse al control de las autoridades urbanísticas municipales y al que derive de las determinaciones propias de la ordenación territorial. Así, y en este sentido, son representativas las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 27 de julio de 1994 , 17 de julio de 1995 , 17 de enero de 1997 y 17 de noviembre de 1998 , entre otras. En suma y para concluir este apartado, debe interpretarse el art. 44, in fine, de la Ley de Minas , no en el sentido de que otorgue directamente al titular del permiso de investigación un derecho a obtener la concesión de explotación, y sí, más bien, un simple derecho de prioridad para su tramitación. Se trata en fin de modular el alcance de los derechos que la Ley de Minas reconoce a los titulares de tales permisos, interpretándolos desde el conjunto del ordenamiento jurídico y vinculándolos, por ello, con la concurrencia de otros bienes jurídicos dignos de mayor protección y con las exigencias de la ordenación territorial y urbanística, entre otras. Existe así y en definitiva la posibilidad de denegar la explotación ante la concurrencia de intereses jurídicos dignos de mayor protección. E) Muy expresiva del núcleo básico del

criterio que acabamos de exponer en el apartado anterior, es la sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1995, dictada en el recurso de casación núm. 1619/1992. En ella se enjuició, entre otras, una pretensión de indemnización del lucro cesante por el beneficio dejado de obtener para el caso de que una determinada explotación minera no pudiera llevarse a cabo por razones de medio ambiente. En la sentencia de instancia se había declarado, entre otros particulares, que la actora inició en el año 1.983 un amplio programa de investigación minera de óxido de plata en la Sierra de Aracena, y tras realizar cuantiosas inversiones, al parecer, descubre reservas suficientes para su tratamiento y beneficio industrial. En 1986 se aprueba definitivamente el Plan Especial de Protección del Medio Físico de Huelva. Y en 1987 solicita aquella las autorizaciones administrativas pertinentes para ejecutar el Proyecto de Explotación Minera, que no llega a obtener al denegar la Comisión Provincial de Urbanismo en 1988 la Declaración de Utilidad Pública e Interés Social del Proyecto, aprobado sin embargo en 1989 por la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Fomento y Trabajo. En aquella sentencia de 11 de febrero de 1995, dijo este Tribunal, en los párrafos segundo y tercero del fundamento de derecho tercero, lo siguiente: “No es objeto, como hemos expresado anteriormente, de este recurso de casación (ni lo fue de la sentencia de instancia) la revisión de los acuerdos administrativos por los que se decidió la prevalencia de la protección ambiental frente a la explotación de los recursos mineros. Sin embargo, no es ocioso recordar, como ya declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia (reiteradamente invocada por una y otra parte en apoyo de sus respectivas tesis contrapuestas) nº 64/1982, de 4 de noviembre, que, cuando se plantea en cada caso concreto el conflicto entre la protección del medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero, es obligado ponderar la importancia que para la economía tenga la concreta explotación minera y el daño que ésta pueda producir al medio ambiente. Tal contraste o juicio de valor comparativo no sólo viene impuesto por la legislación sectorial y por el Texto Refundido de la Ley del Suelo, que en los artículos invocados por la Administración recurrente obliga a respetar las determinaciones de los Planes de Ordenación, sino por la propia Ley de Minas (aducida por ambas partes en apoyo de sus antagónicos planteamientos), que, en sus artículos 66, 69.1 y 81, prevé la imposición de condiciones para proteger el medio ambiente al otorgarse las correspondientes autorizaciones y concesiones, y cuya interpretación y aplicación ha de hacerse, al tratarse de una norma preconstitucional, a la luz de lo establecido por el artículo 45.2 de la vigente Constitución, según el cual << los poderes públicos velarán por la utilización de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar

la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva>>. En consecuencia, la Administración, al llevar a cabo el indicado juicio de prevalencia, se decantó en favor de la protección medioambiental, si bien tal decisión, dado el desistimiento de la parte recurrente, quedó al margen del enjuiciamiento sin que ello constituya obstáculo alguno a que el Tribunal resolviese la pretensión de reparación de daños y perjuicios producidos en el patrimonio de la entidad demandante, titular de los permisos de investigación minera, quien a pesar de haberse aprobado el Plan de Explotación Minera, no pudo realizar las labores necesarias a tal fin por impedirlo la negativa de la Administración a declarar la utilidad pública del Proyecto de Explotación Minera en atención a la protección del medio ambiente conforme a lo establecido por un Plan General de Protección del Medio Físico, aprobado con posterioridad a la concesión de los permisos de investigación y antes de que se aceptase el mencionado Plan de Explotación Minera por la Administración fijando las condiciones precisas para ello”. Y en el trascendental fundamento de derecho quinto lo que a continuación transcribimos: “Al estudiar los motivos de casación segundo y tercero, invocados por la entidad demandante, y el segundo y quinto de los aducidos por la Administración demandada, examinaremos si la Sala de instancia ha incurrido en la infracción de ley que las recurrentes denuncian al determinar la cuantía de lo que dicho Tribunal considera como daño emergente a reparar por la citada Administración Autonómica demandada, pero antes debemos analizar si, como se declara en la sentencia recurrida en sus fundamentos jurídicos quinto y sexto, la titularidad de un permiso de investigación minera atribuye un derecho consolidado a la explotación cuando concurren los supuestos previstos por el artículo 67 de la Ley 22/1973, de Minas, cual era el caso enjuiciado. De ser así, habría que llegar a la misma conclusión que aquélla, declarando el derecho de la titular de tales permisos de investigación a ser indemnizada por la Administración por el lucro cesante causado por la imposibilidad de llevar a cabo la explotación minera, pero de no ser conforme a derecho tal relación de causa a efecto habría que estimar el motivo de casación que atribuye a la Sala de instancia la vulneración de las normas y Jurisprudencia citados sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y la infracción de los artículos 33.3 de la Constitución y 1.1 de la Ley de Expropiación Forzosa por aplicación indebida de éstos. Hemos de recordar que, como esta Sala y Sección ha declarado, por todas, en su sentencia de 14 de octubre de 1994 (recurso de apelación 7.318/90 -fundamento jurídico tercero, nº 3-), la raíz del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, configurada legalmente como una responsabilidad

objetiva o por el resultado, se encuentra en la necesidad de que un ciudadano o “administrado” no soporte las consecuencias lesivas o dañosas de la actuación administrativa que tiene como finalidad el interés general, pero también la propia Sala (Sección Sexta) ha rechazado indemnizar las expectativas remotas, por ser meramente posibles, inseguras, dudosas o contingentes, al estar desprovistas de certidumbre (Sentencia de 18 de octubre de 1993 -recurso de apelación 8002/90 -fundamento jurídico tercero “in fine”). Aplicada dicha doctrina al supuesto enjuiciado por la Sala de instancia, es conforme a derecho concluir que la empresa titular de los permisos de investigación no tiene que soportar las consecuencias dañosas para su patrimonio derivadas de la prevalencia declarada del interés general en la protección del medio ambiente sin que, no obstante, deba concederse indemnización alguna por un lucro que sólo obtendría hipotéticamente de llevarse a cabo la explotación minera en el caso de que no hubiese razones que lo impidiesen por la necesidad de proteger el medio físico. Según la doctrina expuesta en el fundamento jurídico tercero de esta nuestra sentencia, cuando de explotar recursos mineros se trata, ha de efectuarse, en todo caso, un juicio de valor que pondere la importancia que para la economía tenga la concreta explotación minera y el daño que ésta pueda producir al medio ambiente a fin de cumplir lo dispuesto por el artículo 45.2 de la Constitución así como lo establecido por los artículos 66 , 69.1 y 81 de la propia Ley de Minas y 17.1, 34.1 y 57.1 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y, en la actualidad, por los artículos 84.3 , 88 y 134 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que prevén la vinculación de la Administración y de los particulares a las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la legislación urbanística aplicable y en los Planes. En definitiva, al ser imprescindible, para llevar a cabo una concreta explotación minera, el previo juicio administrativo de prevalencia de los indicados intereses enfrentados (minero y medioambiental), no cabe considerar que existan ni derechos consolidados ni expectativas ciertas y seguras de explotación hasta tanto no se haya efectuado el mencionado juicio de valor, y, por consiguiente, hasta que la Administración se pronuncia al respecto, no se han incorporado al patrimonio del titular de los permisos de investigación otros derechos que los que de éstos se deriven ni pueden ser indemnizados otros perjuicios que los nacidos de la propia actividad realizada como consecuencia de tales permisos (artículos 44 y 67 de la Ley 22/1973, de Minas).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. HUELGA. RESOLUCIONES DE 8 Y 13 DE SEPTIEMBRE DE 2017 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES, SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD LABORAL POR LAS QUE SE GARANTIZA EL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO QUE PRESTA EL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR PARA LA REALIZACIÓN DE EXÁMENES PROGRAMADOS POR LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA ANTE LA CONVOCATORIA DE HUELGA INDEFINIDA A PARTIR DE LOS DÍAS 11 Y 14 DE SEPTIEMBRE DE 2017, MEDIANTE EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS. DOCTRINA GENERAL. MOTIVACIÓN. SE DECLARAN CONTRARIAS A DERECHO LAS RESOLUCIONES FIJANDO SERVICIOS MÍNIMOS

Se impugna en este procedimiento especial seguido por las reglas que los artículos 114 y ss de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción establecen para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, las Resoluciones de 8 y 13 de septiembre de 2017 de la Dirección General de Relaciones Laborales , Seguridad Social y Salud Laboral por las que se garantiza el funcionamiento del servicio público que presta el personal docente e investigador para la realización de exámenes programados por la Universidad de Sevilla ante la convocatoria de huelga indefinida a partir de los días 11 y 14 de septiembre de 2017, mediante el establecimiento de servicios mínimos.

La huelga indefinida fue convocada y anunciada el 1 de septiembre de 2017 a partir del 11 de septiembre (14 de septiembre en el expediente 47/2017) y abarca al Personal Docente e Investigador Laboral de la Universidad de Sevilla. Antes de fijarse servicios mínimos, se convocó a las partes afectadas por el conflicto, aunque como denuncian los actores. no consta en el expediente administrativo comunicación, ni intento de la misma pese a constar expresamente en la convocatoria domicilio , teléfonos, fax y correo electrónico, lo que explica no comparecieran al acto y lógicamente no hubo acuerdo sobre servicios mínimos, que se fijaron en los Anexos de las dos resoluciones impugnadas y consistentes en “A tal fin deberán atender estos servicios los profesores indispensables , debiéndose tener en cuenta los artículos 52 y 55 del Reglamento General de Actividades Docentes , aprobado por Acuerdo del Claustro Universitario del 5 de febrero de 2009 y normativa de exámenes aprobada por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Sevilla de fecha 18 de mayo de 2010”. A tal fin deberán atender estos servicios los profesores indispensables, debiéndose tener en cuenta los distintos reglamentos generales de actividades docentes en las respectivas universidades”. Tras exponer las razones de la huelga por la

falta de desarrollo del Acuerdo adoptado en el SERCLA entre el Comité de Empresa y la Universidad de Sevilla después de la huelga del 22 al 26 de mayo de 2017 en la que no se fijaron servicios mínimos, se alega como fundamento de la pretensión deducida, que no es necesario su establecimiento ni se justifica la esencialidad del servicio, ya que no existe previsión legal alguna para sostener que el alumnado pueda perder derecho alguno, por el ejercicio por parte del profesorado de un derecho fundamental. Se trata de una fijación arbitraria e indeterminada que se sustenta además en un informe del Director de Inspección de los Servicios Docentes de la Universidad de Sevilla sobre 1352 exámenes finales programados que no se adecua a la realidad porque solo afecta a cinco de los once días previstos para ello y no acude al criterio del dimensionamiento del servicio sino a su esencialidad respecto a la celebración de exámenes por el perjuicio para los alumnos, cuando conforme al calendario de exámenes de la Universidad de Sevilla consta que hay previstos 98 días, por lo que en esos días no podría celebrarse huelga alguna siendo contrario al derecho fundamental recogido en el art. 28.2 de la Constitución Española ya que lo vacía de contenido.

En el ámbito educativo, ha de partirse de la premisa de que el derecho a la educación es derecho fundamental reconocido en el artículo 27 de la Constitución , entendido éste en sentido amplio, incluida la educación universitaria como así lo afirmó el Tribunal Constitucional en su sentencia 26/1987: “ el tratamiento de un derecho fundamental de la enseñanza, versión universitaria, no escapa al sistema de fijación de los servicios esenciales, en el supuesto del derecho de huelga de los trabajadores que prestan sus servicios en estos Centros Docentes. En consecuencia no se puede afirmar que la fijación de aquellos servicios esenciales vulnere el artículo 28 de la Constitución Española , el derecho de huelga “. Por ello aunque en la huelga precedente no se fijaron (quizás por la fecha y su carácter limitado a unos días), no implica que no estemos ante un servicio esencial como declara el Tribunal Constitucional. A partir de la necesidad de fijar servicios mínimos en cuanto reconocemos conforme a la Jurisprudencia Constitucional, el carácter de servicio público esencial, debemos recordar aquí la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en materia de huelga sobre los servicios esenciales de la comunidad (SSTC 11/81 , 26/81 , 33/81 , 51/86 , 53/86 , 27/89 y 43/90): a) Los límites del derecho de huelga no son sólo los derivados directamente de su acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la constitución sino que también pueden consistir en otros bienes constitucionalmente protegidos. Los límites del derecho de huelga derivan, pues, no sólo de su

posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente tutelados. b) El art. 28.2 C E al hacer referencia a las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, tiene el significado de expresar que el derecho de los trabajadores de defender y promover sus intereses mediante dicho instrumento de presión cede cuando con ello se ocasiona o se pueda ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas sufren. En la medida en que la destinataria acreedora de aquellos servicios esenciales es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los mismos, “el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga” c) La noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en caso caso las circunstancias concurrentes en la misma. d) En la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión -territorial y personal-, duración prevista y demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquella repercute. e) En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir “una razonable proporción” entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos. Si es cierto que las medidas han de encaminarse a “garantizar mínimos indispensables” para el mantenimiento de los servicios en tanto que dicho mantenimiento no puede significar en principio el funcionamiento normal del servicio el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables. f) Respecto a la motivación y fundamentación de la decisión de imponer el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, el acto por el cual se determina dicho mantenimiento ha de estar adecuadamente motivado pues cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, “la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación”. g) En orden a la limitación de un derecho fundamental, el acto limitativo requiere una especial justificación con objeto de que “los destinatario conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó” y de que, en su caso, puedan defenderse ante

los órganos judiciales. h) Recae sobre la autoridad gubernativa la obligación de motivar las razones que justifican, en una concreta situación de huelga en adopción de la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad y la motivación de la decisión de la autoridad gubernativa requiere que en la misma figuren “los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuales son los servicios mínimos”, sin que sean suficientes “indicaciones genéricas, aplicables cualquier conflicto”, de las que no es posible deducir cuales son los elementos valorados por aquella autoridad para “tomar la decisión restrictiva en la forma y con el alcance con que lo ha hecho; cómo se ha llegado a la determinación de los servicios mínimos acordados, y a la valoración de su carácter esencial”; en definitiva han de explicitarse, siquiera sea sucintamente, “los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas”.

Por lo que se refiere a la necesidad de la motivación de las resoluciones y actos administrativos, es una exigencia impuesta por la Ley, cuyo alcance ha sido delimitada por la Jurisprudencia y la propia Ley a aquellos supuestos en que el desconocimiento de las razones que conducen a dictar el acto administrativo produzcan indefensión al administrado como medida de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en relación con los derechos fundamentales de la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa que difícilmente pueden ejercitarse si se desconocen las razones en que se basa el acto impugnado, todo ello con independencia de la amplitud o exhaustividad del razonamiento empleado. En el supuesto enjuiciado, el contenido de la resolución es expresivo de las razones y criterios tenidos en cuenta por la Administración para fijar esos servicios mínimos, por ser una huelga indefinida, por las fechas a las que afecta la huelga, que coincide con realización de exámenes finales lo que supone un grave perjuicio a los alumnos que no podrían pasar de curso o acceder a la titulación de grado o Master, el número de 1.352 exámenes programados por lo que serían indispensables para su celebración etc.. Es decir no se causa indefensión al tener los recurrentes pleno conocimiento de las razones por las que se dicta. Por ello los servicios mínimos podrán estimarse excesivos o no, pero en ningún caso carentes de motivación.

Si debe estimarse el reproche en cuanto a la desproporción y falta de justificación de los servicios mínimos fijados, ya que el juicio de proporcionalidad realizado por la Administración carece de los criterios de ponderación necesarios para su establecimiento y vulneran claramente el derecho de huelga, al hacerlo respecto a todo el personal docente e

investigador, es decir a todos (100%) sin distinción, ya que la remisión al Reglamento los hace a todos indispensables en sus distintas funciones de vigilancia, desarrollo, evaluación y calificación, sin justificar que actividades reglamentarias inciden en la paralización de la celebración de las pruebas de evaluación final, teniendo en cuenta además que la huelga ya no afectaba a los 1.392 exámenes programados desde el 1 al 18 de septiembre, al comenzar el 11 y 14 de septiembre respectivamente y porque se trata de un colectivo minoritario de unos 300 afectados, frente a un Claustro de profesores de 4.223. En este sentido se han pronunciado recientes sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero y, 21 de mayo de 2015 que confirman las dictadas por esta Sala en la fijación de los servicios mínimos en las urgencias hospitalarias, donde se establecía el 100% de la plantilla, ya que la esencialidad del servicio no constituye por sí razón suficiente para imponer los servicios mínimos del 100% del personal docente universitario. Por ello procede la estimación de este motivo, al no respetar las Resoluciones impugnadas el derecho de huelga que reconoce el art. 28 de la Constitución.

(Sentencia de 7 de julio de 2018. Sala de Sevilla. Ponente ALEJANDRE DURAN)

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. MINAS. MEDIO AMBIENTE

Al ser imprescindible, para llevar a cabo una concreta explotación minera, el previo juicio administrativo de prevalencia de los intereses enfrentados (minero y medioambiental), no cabe considerar que existan ni derechos consolidados ni expectativas ciertas y seguras de explotación hasta tanto no se haya efectuado el mencionado juicio de valor, y, por consiguiente, hasta que la Administración se pronuncia al respecto, no se han incorporado al patrimonio del titular de los permisos de investigación otros derechos que los que de éstos se deriven ni pueden ser indemnizados otros perjuicios que los nacidos de la propia actividad realizada como consecuencia de tales permisos.

En cuanto a los hechos, resultan del expediente y documentos aportados, o de los correspondientes boletines oficiales y, en realidad no se cuestionan los siguientes: 1) En el BOJA de 18 de diciembre se publica el Decreto Ley 9/2013, de 17 de diciembre, por el que se declara “la utilidad pública e interés social de la expropiación de los derechos e intereses patrimoniales legítimos, derivados, en su caso, de los procedimientos de solicitudes de los permisos de investigación:...Hornitos, número 7921, núm. 7949..., comprendidos dentro de las cuadrículas mineras...”; 2) En los artículos 2 y 4 del Decreto Ley se establece la reserva a favor de la Administración Autonómica de los recursos

mineros y se prevé concurso público para la adjudicación de la actividad extractiva; 3) en el BOJA de 16 de enero de 2014, se publica resolución de 13 de enero, por la que se convoca concurso público para la adjudicación de las actividades extractivas; 4) en el BOJA de 18 de febrero de 2014, se publica anuncio por el que se somete a información pública el procedimiento expropiatorio de las solicitudes de permiso de investigación; 5) En sesión del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2014, se acuerda interponer conflicto positivo de competencia; 6) En el BOP de Sevilla de 19 de marzo de 2014, se publica el mismo anuncio por el que se somete a información pública proyecto de expropiación; 7) En el BOE de 26 de marzo de 2014, se publica resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 24 de marzo de 2014, por la que se acuerda la publicación en el BOE de la inscripción de la propuesta de declaración de zona de reserva definitiva para todos los recursos de la sección C que se denominará “Aznalcóllar” en la provincia de Sevilla; 8) entabladas negociaciones entre la Administración General del Estado y la Administración Autonómica para resolver el conflicto de competencia acerca de la declaración de reserva minera, se llega a un acuerdo y en el BOJA de 12 de abril de 2014, se publica Decreto Ley 4/2014 por el que se eliminan las disposiciones que ponían en cuestión la titularidad estatal de las reservas mineras y la competencia exclusiva del Estado para declararlas y se prevé, en su artículo único, la concesión de los derechos de explotación de los recursos mineros, de acuerdo con la legislación estatal dictada al efecto, a la persona jurídica que resulte adjudicataria del concurso convocado por resolución de 13 de enero de 2014, y acuerda la confirmación de todos los actos dictados en ejecución del Decreto Ley 9/2013, quedando derogados los artículos 2,3 y 4 de dicho decreto ley; 9) Como resultado también de dichas negociaciones, en el BOE de 16 de abril de 2014, se publica Real Decreto Ley 6/2014, de 11 de abril, por el que se define la zona que se denominará “Aznalcóllar” a efectos de la adjudicación directa de la explotación de los recursos mineros sin necesidad de permisos de investigación, sin perjuicio de la indemnización que proceda por los ya solicitados, y se prevé que la Junta de Andalucía proceda al otorgamiento de la explotación de los yacimientos cuyos recursos se consideran plenamente probados a quien resulte adjudicataria en un procedimiento de concurrencia competitiva; 10) En ejecución de dicho acuerdo, por resolución del Consejo de Ministros de 25 de abril de 2014, se decide el desistimiento del conflicto positivo de competencias y por auto del TC de 27 de mayo de 2014, se tiene por desistida a la instante y se acuerda el archivo; 11) el 26 de abril de 2014, la actora interpuso recurso de alzada contra la resolución que acuerda la inscripción de la propuesta de reserva definitiva por no ser posible sin

previa reserva provisional; 12) el 15 de mayo de 2014, se notifica a la actora convocatoria para el levantamiento de actas previas sobre los derechos afectados por por la expropiación forzosa; 13) en el BOE de 7 de julio de 2014, se publica resolución de 18 de junio de la Dirección General de Política Energética y Minas por el que se cancela el expediente de tramitación de la reserva minera a favor del Estado para todos los productos de la Sección C) denominada “Aznalcóllar”; 14) Seguido el expediente expropiatorio por sus trámites y no habiendo llegado a un acuerdo, se abre pieza de justiprecio que termina por el acuerdo aquí impugnado.

El acuerdo de la Comisión entiende que sólo son indemnizables los gastos ocasionados y relacionados directamente con la solicitud del permiso de investigación, sin que sean indemnizables gastos no relacionados ni el posible lucro cesante derivado de la concesión de la explotación de los recursos, ya que se trata de meras expectativas sin concreción alguna, cuando sólo han presentado una solicitud para investigar los recursos, cuyo resultado es incierto y más incierta aún la posible concesión de la explotación.

En torno a la impugnación del acuerdo dicho, la actora hace valer las siguientes pretensiones: 1^a) que el importe del justiprecio sea el correspondiente a su hoja de aprecio, es decir, 22.150.437 € y 2^a) que se incremente dicho justiprecio en un 25% por existir vía de hecho en la actuación de la Administración.

Comenzando con el análisis de la segunda de las pretensiones indicadas en el fundamento anterior cabe decir que aunque no existe una definición legal que delimite los contornos exactos y precisos de la figura jurídica de la vía de hecho, por tal se entiende el supuesto en que hay una total inexistencia de procedimiento, encontrándonos ante una actuación material sin soporte alguno o, cuando existiendo procedimiento, hay una carencia de los trámites esenciales integrantes de ese procedimiento sin los cuales éste no es identificable. Es preciso por tanto la ausencia de cualquier cobertura jurídica por no existir acto previo de habilitación de la actuación administrativa y debiéndose excluir de la vía de hecho en aquellos supuestos en los que dicha actividad se llevó a cabo al amparo de un acto administrativo formal que, aún presentando graves irregularidades, vino a dar cobertura formal a la actuación.

Basta con hacer mención al extenso y prolijo devenir normativo expuesto en el fundamento jurídico primero, como base justificativa de la actuación expropiatoria cuestionada, para concluir que, obviamente, no nos encontramos ante una vía de hecho. Y desde luego no podemos calificar como tal a la actuación expropiatoria de la Administración por la mera alegación, como se contiene en la demanda, de reproches de incompetencia

de la Junta de Andalucía o de lo que se califica como “falta de correlato entre la finalidad de la expropiación planteada en el Decreto Ley 3/2013 en relación con el Decreto Ley 6/2014” o falta del presupuesto de urgencia, cuando no articula fundamentación alguna de los vicios formales que invoca. Todo ello sin dejar de advertir que la pretensión articulada en la demanda no se dirige a la recuperación de bien o derecho alguno, sino exclusivamente a la determinación del justiprecio del bien expropiado.

Del mismo modo también conviene indicar que no advertimos la presencia de la cuestión prejudicial penal que se apunta en la demanda pues ninguna relación guarda el objeto de este proceso, limitado a la determinación del justiprecio derivado de la expropiación de la solicitud de un permiso de investigación con la causa penal seguida en el concurso público convocado para la adjudicación de las actividades extractivas de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcollar y su adjudicación.

Por tanto, aquí hemos de limitarnos al acuerdo de valoración.

El acuerdo de la Comisión entiende que la actora no es titular de derecho minero alguno consolidado, ya que la solicitud aún estaba en fase de admisión, y sólo tiene un derecho al procedimiento, con lo que la indemnización ha de limitarse a los daños ligados a ese procedimiento, que se ciñen a los gastos en que haya incurrido ligados necesariamente al procedimiento. Ya que, respecto a los recursos mineros, lo único que tiene es una expectativa lejana no indemnizable.

La actora viene a entender que la mera presentación de la solicitud establece la prioridad tradicional en la legislación minera, por lo que, por lo menos, debe recibir el mismo trato que los propietarios de los terrenos en cuanto a los productos de la Sección C), que determina el derecho a ser indemnizado por la privación de la explotación de las reservas probables y de lo que denomina daños emergentes, según resulta del informe pericial aportado.

Así las razones de la demandante, la Sala tiene que coincidir con las razones del acuerdo impugnado. En efecto, la demandante en cuanto mera solicitante no tiene derecho alguno consolidado sobre los recursos mineros. La idea de prioridad tradicional que se dice de la regulación minera a la que se alude en la demanda, consecuencia del encadenamiento de autorizaciones, dirigidas a establecer la importancia económica, la viabilidad y salvaguarda del interés general, no es cierta ya en términos absoluto en la Ley de 1973. Así, como se dice en el preámbulo de la Ley:

En cuanto a los permisos de investigación, se ha atenuado la aplicación del principio absoluto de prioridad que se recogía en la Ley anterior, en la que no se exigía a los peticionarios que demostraran hallarse en condiciones suficientes para llevar a cabo la investigación con la intensidad y eficacia que el interés nacional requería. De esta forma, una parte considerable de los permisos de investigación que cubren el país respondían a motivos puramente especulativos antes que a una verdadera investigación científica. Sin perjuicio del aludido principio de prioridad, de tanta raigambre en nuestro Derecho minero y que ha sido el estímulo determinante del hallazgo de gran número de yacimientos, se ha dado entrada a otros factores, como la solvencia científica, técnica y económico-financiera de los solicitantes, lo que permitirá contar con mayores garantías en cuanto al cumplimiento de los proyectos de investigación minera.

Y de hecho, por ejemplo, en el artículo 53 prevé la adjudicación por concurso de los permisos de investigación en el caso de los terrenos a que se refiere el artículo 39.

Pero, además esta Ley preconstitucional, ha quedado afectada por la proclamación de los valores y principios recogidos en la Constitución, entre ellos el principio rector de protección medioambiental, y también la normativa de la Unión al respecto. Ello exige una especial atención a la solvencia técnica de las empresas en términos que permitan compatibilizar el interés económico con el interés medioambiental y la sostenibilidad de la explotación. Y más, en un terreno especialmente sensible, como lo es el entorno de Doñana, cuya reserva se vio gravemente afectada por la rotura de la presa, por lo que la necesidad de minimizar los riesgos se destaca tanto en los decretos Leyes andaluzes, como en el Real Decreto Ley 6/2014. Ello nos lleva a concluir que ni siquiera el titular de un permiso de investigación tiene más que una vaga expectativa que no puede considerarse indemnizable de acuerdo con consolidada doctrina del Tribunal Supremo.

Así, como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 4ª, de 29 de septiembre de 2010, recurso de casación 5191/2008:

D) Ciertamente es que del ordenamiento jurídico en su conjunto no se deduce que la Administración ostente una potestad de naturaleza discrecional a la hora de decidir si ha de otorgar o denegar una concesión de explotación derivada de un permiso de investigación; es decir, una en que ambas soluciones puedan ser al mismo tiempo igualmente justas. Ostenta una potestad reglada en la que, sin embargo, los datos o elementos fácticos y jurídicos a tomar en consideración no son sólo aquellos a los que de modo explícito se refiere

la Ley de Minas de 1973 y su Reglamento General de 1978, esto es: la puesta de manifiesto mediante una investigación suficiente de recursos de la Sección C), que sean susceptibles de aprovechamiento racional. Es así, porque la naturaleza preconstitucional de esas normas y la evidencia de que las explotaciones mineras pueden con alto grado de probabilidad incidir de modo negativo sobre otros bienes jurídicos, especialmente el de conservación y protección del medio ambiente, y entrar en conflicto, singularmente, con determinaciones propias de la ordenación territorial y urbanística, obligan hoy a que sean interpretadas de conformidad con la Constitución, de suerte que aquella decisión descansa también en la ponderación racional de los bienes jurídicos enfrentados, a efectos de justificar cuál de ellos deba prevalecer en cada caso en concreto, y, asimismo, en el ejercicio coherente y armónico de los títulos competenciales concurrentes.

Por lo que hace en especial a la protección medioambiental, se ha dicho con frecuencia que constituye uno de los aspectos más conflictivos de aquella decisión y, más aún, de la posibilidad real de reconocimiento de un derecho a la explotación de los recursos investigados. Tanto por razón del mandato del art. 45 de la Constitución, en sus números 1 y 2, que como todos los que se integran bajo la rúbrica de principios rectores de la política social y económica tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos. Como por razón de los problemas específicos que suscita desde el punto de vista competencial, pues el ambiente tiene un “carácter metafóricamente transversal” que incide en otras materias incluidas en el esquema constitucional de competencias (STC 102/1995). Y así, con referencia singular a las actividades mineras, se afirma que la preocupación por lo ambiental no es una adherencia, algo residual, sino una exigencia constitucional que habrá de tenerse siempre presente.

Asimismo, más allá de aquella decisión, pero también con efectos en lo que hace al nacimiento, adquisición, consolidación y patrimonialización del derecho a la explotación de los recursos investigados, no ha de olvidarse tampoco que el art. 2.3 de aquel Reglamento General de 1978 dispone literalmente que “el otorgamiento de una autorización, un permiso o una concesión para la exploración, investigación, aprovechamiento o explotación, de yacimientos minerales y recursos geológicos, se entiende sin perjuicio de tercero y no excluye la necesidad de obtener las demás autorizaciones y concesiones que con arreglo a las leyes sean necesarias”. En esta línea, sin desconocer la existencia de pronunciamientos contradictorios, hoy es jurisprudencia mayoritaria la que determina el sometimiento de las

actividades extractivas a la previa obtención de las licencias municipales sobre actividades clasificadas y sobre movimiento de tierras. Es decir, frente a una interpretación literal derivada del art. 116.1 de la Ley de Minas , ha de sostenerse hoy que las actividades extractivas están obligadas a someterse al control de las autoridades urbanísticas municipales y al que derive de las determinaciones propias de la ordenación territorial. Así, y en este sentido, son representativas las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 27 de julio de 1994, 17 de julio de 1995, 17 de enero de 1997 y 17 de noviembre de 1998 , entre otras.

En suma y para concluir este apartado, debe interpretarse el art. 44, in fine, de la Ley de Minas , no en el sentido de que otorgue directamente al titular del permiso de investigación un derecho a obtener la concesión de explotación, y sí, más bien, un simple derecho de prioridad para su tramitación. Se trata en fin de modular el alcance de los derechos que la Ley de Minas reconoce a los titulares de tales permisos, interpretándolos desde el conjunto del ordenamiento jurídico y vinculándolos, por ello, con la concurrencia de otros bienes jurídicos dignos de mayor protección y con las exigencias de la ordenación territorial y urbanística, entre otras. Existe así y en definitiva la posibilidad de denegar la explotación ante la concurrencia de intereses jurídicos dignos de mayor protección.

E) Muy expresiva del núcleo básico del criterio que acabamos de exponer en el apartado anterior, es la sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1995 , dictada en el recurso de casación núm. 1619/1992. En ella se enjuició, entre otras, una pretensión de indemnización del lucro cesante por el beneficio dejado de obtener para el caso de que una determinada explotación minera no pudiera llevarse a cabo por razones de medio ambiente. En la sentencia de instancia se había declarado, entre otros particulares, que la actora inició en el año 1.983 un amplio programa de investigación minera de óxido de plata en la Sierra de Aracena, y tras realizar cuantiosas inversiones, al parecer, descubre reservas suficientes para su tratamiento y beneficio industrial. En 1986 se aprueba definitivamente el Plan Especial de Protección del Medio Físico de Huelva. Y en 1987 solicita aquélla las autorizaciones administrativas pertinentes para ejecutar el Proyecto de Explotación Minera, que no llega a obtener al denegar la Comisión Provincial de Urbanismo en 1988 la Declaración de Utilidad Pública e Interés Social del Proyecto, aprobado sin embargo en 1989 por la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Fomento y Trabajo.

En aquella sentencia de 11 de febrero de 1995, dijo este Tribunal, en los párrafos segundo y tercero del fundamento de derecho tercero, lo siguiente:

“No es objeto, como hemos expresado anteriormente, de este recurso de casación (ni lo fue de la sentencia de instancia) la revisión de los acuerdos administrativos por los que se decidió la prevalencia de la protección ambiental frente a la explotación de los recursos mineros. Sin embargo, no es ocioso recordar, como ya declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia (reiteradamente invocada por una y otra parte en apoyo de sus respectivas tesis contrapuestas) nº 64/1982, de 4 de noviembre, que, cuando se plantea en cada caso concreto el conflicto entre la protección del medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero, es obligado ponderar la importancia que para la economía tenga la concreta explotación minera y el daño que ésta pueda producir al medio ambiente. Tal contraste o juicio de valor comparativo no sólo viene impuesto por la legislación sectorial y por el Texto Refundido de la Ley del Suelo, que en los artículos invocados por la Administración recurrente obliga a respetar las determinaciones de los Planes de Ordenación, sino por la propia Ley de Minas (aducida por ambas partes en apoyo de sus antagónicos planteamientos), que, en sus artículos 66, 69.1 y 81, prevé la imposición de condiciones para proteger el medio ambiente al otorgarse las correspondientes autorizaciones y concesiones, y cuya interpretación y aplicación ha de hacerse, al tratarse de una norma preconstitucional, a la luz de lo establecido por el artículo 45.2 de la vigente Constitución, según el cual “ los poderes públicos velarán por la utilización de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

En consecuencia, la Administración, al llevar a cabo el indicado juicio de prevalencia, se decantó en favor de la protección medioambiental, si bien tal decisión, dado el desistimiento de la parte recurrente, quedó al margen del enjuiciamiento sin que ello constituya obstáculo alguno a que el Tribunal resolviese la pretensión de reparación de daños y perjuicios producidos en el patrimonio de la entidad demandante, titular de los permisos de investigación minera, quien a pesar de haberse aprobado el Plan de Explotación Minera, no pudo realizar las labores necesarias a tal fin por impedirlo la negativa de la Administración a declarar la utilidad pública del Proyecto de Explotación Minera en atención a la protección del medio ambiente conforme a lo establecido por un Plan General de Protección del Medio Físico, aprobado con posterioridad a la concesión de los permisos de

investigación y antes de que se aceptase el mencionado Plan de Explotación Minera por la Administración fijando las condiciones precisas para ello”.

Y en el trascendental fundamento de derecho quinto lo que a continuación transcribimos:

“Al estudiar los motivos de casación segundo y tercero, invocados por la entidad demandante, y el segundo y quinto de los aducidos por la Administración demandada, examinaremos si la Sala de instancia ha incurrido en la infracción de ley que las recurrentes denuncian al determinar la cuantía de lo que dicho Tribunal considera como daño emergente a reparar por la citada Administración Autonómica demandada, pero antes debemos analizar si, como se declara en la sentencia recurrida en sus fundamentos jurídicos quinto y sexto, la titularidad de un permiso de investigación minera atribuye un derecho consolidado a la explotación cuando concurren los supuestos previstos por el artículo 67 de la Ley 22/1973, de Minas, cual era el caso enjuiciado. De ser así, habría que llegar a la misma conclusión que aquélla, declarando el derecho de la titular de tales permisos de investigación a ser indemnizada por la Administración por el lucro cesante causado por la imposibilidad de llevar a cabo la explotación minera, pero de no ser conforme a derecho tal relación de causa a efecto habría que estimar el motivo de casación que atribuye a la Sala de instancia la vulneración de las normas y Jurisprudencia citados sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y la infracción de los artículos 33.3 de la Constitución y 1.1 de la Ley de Expropiación Forzosa por aplicación indebida de éstos.

Hemos de recordar que, como esta Sala y Sección ha declarado, por todas, en su sentencia de 14 de octubre de 1994 (recurso de apelación 7.318/90 -fundamento jurídico tercero, nº 3-), la raíz del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, configurada legalmente como una responsabilidad objetiva o por el resultado, se encuentra en la necesidad de que un ciudadano o “administrado” no soporte las consecuencias lesivas o dañosas de la actuación administrativa que tiene como finalidad el interés general, pero también la propia Sala (Sección Sexta) ha rechazado indemnizar las expectativas remotas, por ser meramente posibles, inseguras, dudosas o contingentes, al estar desprovistas de certidumbre (Sentencia de 18 de octubre de 1993 -recurso de apelación 8002/90 -fundamento jurídico tercero “in fine”).

Aplicada dicha doctrina al supuesto enjuiciado por la Sala de instancia, es conforme a derecho concluir que la empresa titular de los permisos

de investigación no tiene que soportar las consecuencias dañosas para su patrimonio derivadas de la prevalencia declarada del interés general en la protección del medio ambiente sin que, no obstante, deba concederse indemnización alguna por un lucro que sólo obtendría hipotéticamente de llevarse a cabo la explotación minera en el caso de que no hubiese razones que lo impidiesen por la necesidad de proteger el medio físico.

Según la doctrina expuesta en el fundamento jurídico tercero de esta nuestra sentencia, cuando de explotar recursos mineros se trata, ha de efectuarse, en todo caso, un juicio de valor que pondere la importancia que para la economía tenga la concreta explotación minera y el daño que ésta pueda producir al medio ambiente a fin de cumplir lo dispuesto por el artículo 45.2 de la Constitución así como lo establecido por los artículos 66, 69.1 y 81 de la propia Ley de Minas y 17.1, 34.1 y 57.1 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y, en la actualidad, por los artículos 84.3, 88 y 134 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que prevén la vinculación de la Administración y de los particulares a las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la legislación urbanística aplicable y en los Planes.

En definitiva, al ser imprescindible, para llevar a cabo una concreta explotación minera, el previo juicio administrativo de prevalencia de los indicados intereses enfrentados (minero y medioambiental), no cabe considerar que existan ni derechos consolidados ni expectativas ciertas y seguras de explotación hasta tanto no se haya efectuado el mencionado juicio de valor, y, por consiguiente, hasta que la Administración se pronuncia al respecto, no se han incorporado al patrimonio del titular de los permisos de investigación otros derechos que los que de éstos se deriven ni pueden ser indemnizados otros perjuicios que los nacidos de la propia actividad realizada como consecuencia de tales permisos (artículos 44 y 67 de la Ley 22/1973, de Minas).

Y, si eso es así en relación con quien es titular de un permiso de investigación, con mayor razón hemos de decirlo respecto a quien es mero solicitante de un permiso. En consecuencia, la demandante sólo puede reclamar los perjuicios nacidos de la propia actividad, concretamente los gastos en los que ha incurrido con ocasión de su solicitud y que determinados en el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones, en realidad nada se argumentado en orden a cuestionar su importe.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso.

Desestimándose el recurso, procede hacer expresa imposición de las costas a la demandante, de acuerdo con el criterio del vencimiento que establece el artículo 139 de la LJ. Pero acudiendo a la facultad moderadora que el mismo precepto nos reconoce, atendida la dificultad e importancia del asunto, procede fijar un máximo por este concepto de 1.500 euros.

(St. de 22 de mayo de 2018. Sala de Sevilla Ponente Vazquez García)

XII. EXPROPIACION FORZOSA.

La pretensión procesal determina el objeto de la litis no procediendo plantear cuestiones de nulidad procedimental si lo que se solicita es que se la Comisión de Valoración fije un nuevo justiprecio. Expropiación parcial.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla, adoptado en sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2016, fijando en 2.355,14 €, incluido premio de afección, el justiprecio correspondiente a la expropiación de 1.670,35 m² de la parcela catastral 6 del polígono 17 de Almadén de la Plata, ocupación temporal de 1.462,99 m² y establecimiento de servidumbre sobre 0,81 m² en ejecución del proyecto modificado 1 “Defensa contra inundaciones en Almadén de la Plata”.

Con carácter previo es preciso señalar que el posible examen y consideración de los argumentos impugnatorios hechos valer por los demandantes siempre habrá que ponerlos en relación con lo que constituye su pretensión, articulada en la demanda, a fin de que se observe correspondencia y congruencia entre ambos. En el suplico de la demanda, literalmente se indica que se “dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acto administrativo objeto de impugnación por ser contrario a derecho, con todos los pronunciamientos legales favorables derivados de dicho reconocimiento, y en su caso, ordenar retrotraer el procedimiento al momento de aportación de la hoja de aprecio de 8 de abril de 2006 y debiendo ser valorada convenientemente; así como subsidiariamente, entrando en el fondo de la cuestión por la Sala, con admisión de la hoja de aprecio de mis representados, se estime la misma por sus propios fundamentos, sirviéndose dictar sentencia conforme a la misma”.

De lo expuesto se extrae que la pretensión principal de los demandantes es la retroacción del expediente de justiprecio para que por la Comisión Provincial de Valoraciones se dicte nuevo acuerdo teniendo presente la

hoja de aprecio de los expropiados. Subsidiariamente que se dicte sentencia fijando un justiprecio acorde con dicha hoja de aprecio.

De aquí entonces que no se articula ninguna pretensión de nulidad del procedimiento expropiatorio, salvo la indicada en la pieza de justiprecio, por lo que resulta irrelevante los vicios de procedimiento señalados en la demanda referidos a la ausencia de notificación a los herederos de la expropiada D^a X de actos como el de levantamiento de las respectivas actas de ocupación previa y ocupación de la finca expropiada.

El análisis de los motivos formales de nulidad se tiene que limitar a los que la demanda se mencionan como indebido rechazo de la hoja de aprecio de los expropiados, ausencia de notificación de la propuesta de valoración para formular alegaciones y silencio de la Administración a su propuesta de expropiación total de la finca.

En relación al último de los referidos, la petición de expropiación total de la finca, el silencio de la Administración a la misma debe entenderse como silencio equivalente al rechazo de tal solicitud por incumplimiento de los requisitos del art. 23 LEF. Por otro lado, para que operase necesariamente la expropiación total sería preciso acreditar el carácter antieconómico del mantenimiento de la titularidad de la parte de la finca no expropiada, extremo en absoluto probado y de difícil consideración cuando lo expropiado alcanza los 1.670,35 m² sobre un total de la finca de 38.639 m².

Respecto a la inadmisión de la hoja de aprecio, del art. 29 y ss. LEF se desprende que la Administración expropiante requerirá a los expropiados para que en el plazo de veinte días presenten hoja de aprecio. Si esta es rechazada por la Administración extenderá ésta hoja de aprecio fundada que se notificará a los expropiados para que la acepten o rechacen y en este último caso pasará el expediente al órgano de valoración correspondiente. Sobre esta base normativa hay que tener presente que la Administración autonómica requirió a los herederos de D^a X para que presentasen hoja de aprecio. Solicitada la concesión de una prórroga del plazo concedido para ello, se otorgó la misma hasta un máximo de 30 días por acuerdo notificado el 26 de noviembre de 2014. Transcurrido con exceso el prorrogado plazo inicial, se eleva a la Comisión Provincial de Valoraciones el expediente con fecha 10 de julio de 2015, de lo que se concluye que es imputable exclusivamente a los recurrentes que en dicho expediente no figurase hoja de aprecio de los expropiados y sin que esa omisión pueda subsanarse mediante su presentación con anterioridad a la formulación de propuesta de resolución ante el órgano de valoración.

Lo que sí es cierto es que, incumpliendo la previsión contenida en el art. 15.3 del Decreto 85/2004, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Comisiones Provinciales de Valoraciones, no se ha dado traslado a los expropiados de la propuesta del acuerdo de valoración para que formulen alegaciones. Sin embargo, el incumplimiento de esta exigencia no debe llevar a la declaración de nulidad del acuerdo del órgano de valoración por cuanto, ni se insta un pronunciamiento de tal naturaleza en el suplico de la demanda ni es determinante de indefensión en tanto que, en definitiva, corresponde a este Tribunal determinar la viabilidad de la pretensión articulada por los demandantes y que guarda estrecha relación con su hoja de aprecio.

Examinando el fondo del asunto, esto es, la concreta determinación del justiprecio, hay que indicar que la discrepancia de los demandantes con el acuerdo de valoración se limita a dos extremos : el valor del terreno expropiado y la ausencia injustificada de no indemnización por demérito de la finca al quedar dividida en dos.

En cuanto a la primera cuestión, el valor del terreno, que la expropiada eleva a 3,85 €/m² en tanto que la Comisión de Valoración fija en 0,744476 €/m², debe prevalecer éste último en la medida en que la normativa de aplicación, vigente a la fecha de inicio del expediente de justiprecio, es la contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2008 y que tratándose de suelo rústico, destinado a pastos, resulta correcta la opción del método de renta potencial calculado en base a datos obtenidos de publicaciones oficiales, con aplicación ulterior del factor de corrección adecuado. Lo que no es viable es, como contiene la hoja de aprecio de los expropiados, calcular el justiprecio del terreno sobre la media aritmética del resultado valorativo resultante de la aplicación del método de comparación y de actualización de rentas, pues el mismo no resulta de lo establecido en el RDL 2/2008.

Respecto al demérito que pudiera sufrir el resto de la finca no expropiada, concepto no valorado por la Comisión Provincial, y aunque con poca ortodoxia, los expropiados lo utilizan como justificación para instar la expropiación de la totalidad de la finca, lo cierto es que, de ser cierto ese demérito, se justificaría el incremento del justiprecio que se correspondería con un porcentaje del valor del terreno no expropiado. En este sentido, del reportaje fotográfico contenido en el informe de valoración de los demandantes advertimos que, efectivamente, como consecuencia de las obras de prevención de inundaciones llevadas a cabo, la comunicación entre las dos partes en las que ha finca originaria ha quedado dividida resulta casi

imposible, produciéndose un demérito de la finca que valoramos en un 25 % del valor fijado por la Comisión Provincial para el suelo y referido al resto no expropiado. Es decir, siendo la extensión total de 38.639 m², restados los 1.670,35 m² en los que se ha expropiado el pleno dominio, la superficie a valorar es la de 36.968,65 m² y a la que aplicada el 25 % de su valor a razón de 0,744476 €/m², arroja un total de 6.880,57 € y, por consiguiente, un justiprecio total de 9.235,71 €.

(St de 11 de junio de 2018. Sala de Sevilla. Ponente Vazquez García)

XX. RESPONSABILIDAD.

Responsabilidad sanitaria: criterios y reglas de prueba. La existencia de dudas en los hechos que sirven de fundamento de la decisión, justifica la no imposición de costas a ninguna de las partes.

Se impugna en el presente proceso la resolución de la Consejera de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía de fecha 19 de mayo de 2015 por la que se desestima la solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial articulada por el demandante (expediente RPS 0179/2013) con ocasión de la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Virgen de las Montañas de la localidad de Villamartín (Cádiz) el día 8 de junio de 2013 al ser atendido en el Servicio de Urgencias de dicho Hospital tras un accidente de motocicleta.

En concreto, del conjunto de documentación clínica obrante en el expediente administrativo y de la que forma parte del recurso contencioso-administrativo se advierte :

1) el demandante, el día 8 de junio de 2013, a las 14.40 horas acude al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de las Montañas tras haber sufrido un accidente de tráfico con caída fortuita de una motocicleta, siendo atendida por una facultativo especialista en Medicina Familiar y Comunitaria. Tras la exploración física y estudio radiológico anteroposterior del hombro izquierdo concluye que no se aprecian hallazgos óseos patológicos y no se observa desplazamiento significativo de la articulación acromio-clavicular izquierda por lo que se llega a emitir el diagnóstico de contusión en hombro izquierdo y cervicobraquialgia mecánica por lo que se realizó tratamiento ortopédico con inmovilización de la región afectada de 10 a 14 días y tratamiento antiinflamatorio con alta hospitalaria.

2) El día 10 de junio acude el demandante al Médico de Familia que lo deriva a consulta de otorrinolaringología y a la de traumatología, constando únicamente la asistencia a la primera pero por consulta por otalgía.

3) Es el día 18 de junio cuando voluntariamente el recurrente se traslada al Hospital Puerta del Mar de Cádiz donde, al ingreso por urgencias se le diagnostica luxación acromioclavicular (AC) grado III de la clasificación de Rockwood, decidiéndose tratamiento quirúrgico y alcanzándose tras la intervención el diagnóstico de la citada luxación pero en grado V. Aunque el postoperatorio cursa con normalidad, siendo dado de alta, pasando a control ambulatorio e indicándose rehabilitación a las 6 semanas de evolución postcirugía, el 20 de noviembre de 2013 presenta una recidiva con inestabilidad, siendo objeto de nueva cirugía el día 16 de julio de 2014, constando únicamente que se indica rehabilitación el 29 de agosto de 2014 y a 1 de octubre de 2012 el balance articular libre y pasivo es practicamente normal, sin referir dolor.

Sobre la base de los hechos descritos en el fundamento anterior, el demandante extrae la conclusión de la existencia de responsabilidad patrimonial cuantificada en 68.934,47 € y derivada de un inicial error de diagnóstico, no llevándose a cabo un diagnóstico correcto hasta que es derivado al Hospital Puerta del Mar, lo que provocó que sufriera dos intervenciones quirúrgicas que hubieran tenido mejor pronóstico de haberse diagnóstica a tiempo la dolencia en el hombro e intervenido de urgencia. En apoyo de su tesis hace mención al dictamen obrante en el expediente administrativo, emitido por la Inspectora de la Subdirección de Inspección de Servicios Sanitarios de la Consejería de Salud, donde refiere la existencia de una impresión diagnóstica no certera de la facultativo que asiste al recurrente en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de las Montañas, al no llegar a reconocer la lesión articular motivada por la caída y registrar expresamente “ausencia de deformidad” que, o bien no se supo reconocer o bien era moderada y no evidente a la exploración habitual. Igualmente aporta informe emitido por Enfermero de Familia en refuerzo de su argumento.

Al respecto hay que indicar que, con carácter general, la aceptación de las conclusiones recogidas en los dictámenes periciales deriva de su contenido, que sean completos y respondan a todas las cuestiones que puede plantearse. Por otro lado los dictámenes periciales han de ser valorados en su conjunto, atendiendo a las conclusiones emitidas y la congruencia de estas con los hechos y consideraciones técnicas tomadas en consideración para su formulación

También es preciso indicar que el art. 217.2 LEC dispone con claridad que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Es por tanto al que reclama, en los supuestos de responsabilidad patrimonial, a quien corresponde acreditar los hechos y circunstancias determinantes y necesarios para la afirmación de dicha responsabilidad, entre otros, los correspondientes a la prueba de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el efectivo daño producido. Lo que sucede es que, en virtud de lo que señala el apartado 6º del art. 217 LEC, es en la aplicación concreta de esta regla sobre carga de la prueba donde el juzgador deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio. Una cosa es por tanto la carga de la prueba (que en el presente supuesto corresponde a la reclamante) y otra las reglas de valoración de los elementos probatorios para afirmar si se ha cumplido con la citada carga y que se mueven en la órbita de la facilidad y disponibilidad probatoria.

En tercer lugar resulta conveniente precisar que en la formación de la decisión judicial, dada la carencia del Tribunal de conocimientos científicos en el ámbito de asistencia médica, cobra extraordinario valor los dictámenes emitidos por especialistas en la materia y que ilustran al juzgador en su toma de decisión.

Desde las premisas anteriores hay que señalar, en primer lugar, que en cuanto a la alegada presencia de un diagnóstico inicialmente erróneo y, por consiguiente, tardío en alcanzar el correcto, de todos los dictámenes periciales e informes médicos de que dispone el Tribunal se concluye su inexistencia. Limitada la solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial a la asistencia prestada en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de las Montañas, la Médico de Familia que atiende al paciente, como se indica en el dictamen emitido por traumatólogos y aportado por la demandada, sigue el protocolo con la exploración y solicitud de estudio de imagen. Llegados a este punto, y con independencia de que la facultativo consultase o no la imagen obtenida por radiografía con un traumatólogo, lo decisivo es que la misma no muestra alteraciones de la anchura de la articulación acromioclavicular ni está alterada la distancia caracoclavicular ni existe desplazamiento vertical de la clavícula, sin muestra de alteraciones traumáticas, razón por la cual la inmovilización prescrita resulta correcta y no existe razón médica alguna para una intervención quirúrgica inmediata.

Desde el día de la producción de la lesión hasta que es atendido el demandante en el Hospital Puerta del Mar pasan diez días por lo que pudo existir una evolución de la lesión alcanzando grado III cuando acude a dicho centro hospitalario. Lo esencial es que de la imagen radiológica primera no se advierte la luxación que pudiera determinar un error de diagnóstico, del mismo modo que una lesión grado III, diagnostica en el servicio de urgencias del Hospital Puerta del Mar, tras la cirugía se califica en grado V, sin que por ello se hable de error de diagnóstico.

De lo expuesto se concluye la inexistencia de mala praxis e incluso puede afirmarse que falta el presupuesto básico de cualquier reclamación por responsabilidad patrimonial cual es la existencia de un daño, pues resulta esencial acreditar, circunstancia que no ha tenido lugar, que un posible retraso de la lesión del demandante, con la consiguiente demora en la intervención quirúrgica, hubiera sido determinante de las complicaciones postquirúrgicas que se presentaron, particularmente de la recidiva. Nada indica la urgencia de la intervención quirúrgica ni, desde luego, que el hecho de que tuviera lugar diez días después del accidente hubiera supuesto para el recurrente un perjuicio o daño que se podría haber evitado, faltando por ello el presupuesto básico de toda declaración de responsabilidad patrimonial

No obstante la desestimación de la pretensión articulada en la demanda, la existencia de dudas en los hechos que sirven de fundamento de la decisión, justifica la no imposición de costas a ninguna de las partes.

(St. de 3 de julio de 2018 . Sala de Sevilla. Ponente Vazquez García)