

**I - JUNTAS GENERALES DE ÁLAVA Y ADMINISTRACIÓN FORAL
DEL TERRITORIO HISTÓRICO DE ÁLAVA**

Diputación Foral de Álava

DEPARTAMENTO DE AGRICULTURA

Orden Foral 423/2021, de 8 de noviembre por la que se estima parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por Itelazpi SA contra la Orden Foral 269/2021, de 2 de julio, por la que se autoriza la regularización de la ocupación del centro emisor "Salinillas de Buradón" gestionado por Itelazpi SA ubicado en el Monte de Utilidad Pública número 220 denominado "Arbina", perteneciente a la Comunidad de Arbina

1. ANTECEDENTES DE HECHO.

1.1. Mediante la Orden Foral 269/2021, de 2 de julio (BOTHA 26 de julio de 2021) se autorizó la regularización de la ocupación del centro emisor "Salinillas de Buradón" gestionado por Itelazpi SA ubicado en el Monte de Utilidad Pública número 220 denominado "Arbina", perteneciente a la Comunidad de Arbina. Esta Orden Foral fue notificada a Itelazpi SA con fecha 29 de julio de 2021, indicando en ella que la misma agota la vía administrativa, pudiendo interponer, a partir del día siguiente al de su notificación, recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Vitoria-Gasteiz o, potestativamente, recurso de reposición en el plazo de un mes ante el Diputado Foral de Agricultura, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP).

1.2. Con fecha 30 de agosto de 2021, dentro del plazo establecido a tal efecto, tiene entrada en el Registro Electrónico Común de la Diputación Foral de Álava (número de registro 54463), dirigido al Diputado de Agricultura, el Recurso Potestativo de Reposición interpuesto por Itelazpi SA contra la Orden Foral 269/2021, de 2 de julio, solicitando la anulación de dicha Orden Foral y el dictado de una nueva Orden, en los siguientes términos:

1º Que el régimen de actualización del canon a futuro, en línea con otras regularizaciones anteriores, se someta a las variaciones del IPC interanual, otorgando a la concesión la seguridad jurídica que por su propia naturaleza ha de tener.

2º Que se subsane un error material en el cuerpo del título concesional: en el apartado primero de la cláusula segunda se asigna al centro un área de ocupación de 68,20 m², cuando en realidad debe decir 86,20 m², tal y como consta a lo largo de todo el expediente.

Fundamenta Itelazpi SA el primer término en que, la Orden Foral 269/2021 ha alterado sustancialmente el contenido del apartado 6º de la cláusula segunda que recogía el documento "Borrador de Informe propuesta de resolución de regularización de la ocupación del centro emisor "Salinillas de Buradón" gestionado por Itelazpi SA, ubicado en el Monte de Utilidad Pública número 220 denominado "Arbina", perteneciente a la Comunidad de Arbina", trasladado a las partes interesadas en el trámite de audiencia otorgado previamente a la Orden Foral de regularización, por lo que Itelazpi no formuló alegación alguna. Manifiesta que la alteración llevada a cabo sumerge la concesión en la más absoluta inseguridad jurídica, ya que no es posible conocer de antemano cuál será el régimen económico de la ocupación, toda vez que deja en manos de la DFA el establecimiento arbitrario de los valores que han de regir en cada nuevo período quinquenal. En las concesiones anteriores la actualización del canon quedaba vinculada, como es razonable a su juicio, a la evolución del IPC, partiendo de unos valores previamente sometidos a la consideración de Itelazpi. Además. Itelazpi SA manifiesta que un

título concesional de larga duración, como es el caso, no puede someter su régimen económico a un escenario de absoluta inseguridad, y que en el caso que nos ocupa, tras el mismo se soportan servicios públicos y de interés general que pueden verse gravemente afectados.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

2.1. Competencia.

Es competencia del Diputado de Agricultura la resolución del presente recurso potestativo de reposición, en virtud de las competencias atribuidas al mismo por el Decreto Foral 14/2016, del Consejo de Diputados de 9 de febrero, que aprueba la estructura orgánica y funcional del Departamento de Agricultura, por aplicación de los Dispongo noveno del Decreto Foral 324/2019, del Diputado General, de 5 de julio, por el que se determinan los Departamentos de la Diputación Foral de Álava para la legislatura 2019-2023.

2.2. Admisibilidad.

El recurso potestativo de reposición se ha interpuesto dentro del plazo conferido al efecto y dirigido al mismo órgano que dictó la Orden Foral recurrida.

Concurren en el interesado los requisitos relativos a la capacidad y legitimación activa necesarias para la interposición del recurso objeto de la presente propuesta de resolución.

2.3. Análisis de las alegaciones planteadas.

2.3.1. Indefensión de la parte recurrente.

En primer lugar, se procede a examinar, si la alteración producida en el apartado sexto de la segunda disposición de la Orden Foral 269/2021 provoca indefensión a la parte recurrente, tal y como manifiesta en el recurso al afirmar que “la misma provoca indefensión de esta parte, toda vez que no ha podido expresar su opinión al respecto en el trámite procesal correspondiente.”

La omisión de un trámite del procedimiento no siempre ocasiona indefensión, sobre todo cuando se trata de un procedimiento no sancionador, cuya omisión del trámite ha podido ser subsanada al interponer el recurso de reposición donde exponen todos los argumentos que considera oportunos en defensa de sus derechos. La falta de audiencia no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material real y efectiva del afectado por la actuación administrativa. Es decir, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello. Así lo considera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de julio de 2003, cuyas circunstancias son aplicables en el caso que nos ocupa.

Por tanto, no se produce indefensión material y efectiva, ya que el afectado ha podido contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses al existir un recurso administrativo posterior a la adopción del acto administrativo.

2.3.2. Régimen de revisión del canon.

En segundo lugar, se procede a analizar el contenido del apartado 6 de la disposición segunda de la Orden Foral 269/2021, referente al régimen de revisión y/o actualización del canon.

En el texto que contiene la Orden Foral 269/2021, de 2 de julio (BOTH 26 de julio de 2021), no se especifica textualmente el régimen de actualización de los precios unitarios. Hay que aclarar que ello no implica que los valores fueran a establecerse de forma arbitraria, tal y como manifiesta el recurrente, ya que el establecimiento de éstos debe estar, en cualquier procedimiento, debidamente justificado y motivado en el correspondiente informe técnico económico. No obstante, es cierto que es pertinente determinar o especificar cuál será el criterio o

la metodología por seguir, para dotar de seguridad al beneficiario de la concesión y que esa metodología debe ser congruente y acorde a los criterios utilizados.

En el informe técnico económico realizado por Tragsatec, se especifica la metodología utilizada para el cálculo del canon, basada en conocer los valores de mercado, metodología “más usual, práctica y objetiva”. Mediante ese criterio se obtienen y establecen los valores unitarios para cada concepto contabilizado para el cálculo del canon.

Por tanto, se estima la pretensión del recurrente, en el sentido de deber especificar en la autorización el régimen de actualización del canon, que será, en línea de lo que decía el borrador de resolución, el utilizado y establecido en el informe técnico económico realizado por Tragsatec el 23 de octubre de 2019 para el centro de Salinillas de Buradón; es decir, siguiendo el estudio de mercado realizado, se mantendrán los valores unitarios para los conceptos que componen el centro y se aplicará la variación del IPC interanual para actualizar dichos valores.

Todo ello, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 174.2 del Decreto 485/1962, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Montes, en referencia al canon anual por ocupaciones temporales en los montes públicos catalogados, que establece: “Dicho canon será revisable cada cinco años por Orden del Ministerio de Agricultura o Resolución de la citada Dirección General, respectivamente, a instancia de cualquiera de las partes interesadas, oyendo a todas ellas y previo informe del Servicio Forestal.” Este motivo de revisión, aunque no sea recogido en las condiciones de la concesión administrativa, resulta de aplicación, ya que se trata de normativa vigente en la actualidad, al no ser una circunstancia desarrollada ni en la Ley estatal de Montes 43/2003 ni en la Norma Foral 11/2007 de Montes de Álava.

2.3.3. Error material.

Por último, habiendo analizado la totalidad de los documentos que componen este expediente, se ha constatado que existe un error material en el área de ocupación que se asigna al centro “Salinillas de Buradón” en la Orden Foral 269/2021, de 2 de julio, que indica ser de 68,2 m², debiendo ser en realidad de 86,2 m².

En concreto, este error material, debido a una equivocación en la transcripción de documentos, se repite desde el informe del Servicio de Montes elaborado con carácter previo al acuerdo de incoación del expediente de regularización de la ocupación del centro, de 26 de marzo de 2021.

La información aportada por Itelazpi SA con fecha de entrada en la Diputación Foral de Álava 8 de octubre de 2019, hace referencia al área del centro emisor, indicando que es de 86,2026 m². Igualmente, el Informe técnico económico “Cálculo del canon en concepto de ocupación del MUP número 220 por el centro de telecomunicaciones Salinillas de Buradón”, realizado por Tragsatec el 23 de octubre de 2019, también recoge que la superficie de ocupación del recinto que ocupa la torre en el caso de Salinillas de Buradón es de 86,2 m², unidad que se utiliza en el cálculo del canon.

El artículo 109.2 de la LPACAP, establece: “Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.

En consecuencia, en el caso que nos ocupa, se estima la pretensión del recurrente, y este error material debe ser subsanado.

Vistos los informes preceptivos, en virtud de las competencias atribuidas por el Decreto Foral 14/2016, del Consejo de Diputados de 9 de febrero, que aprueba la estructura orgánica y funcional del Departamento de Agricultura, por aplicación de los Dispongo noveno del Decreto Foral 324/2019, del Diputado General, de 5 julio, por el que se determinan los Departamentos de la Diputación Foral de Álava para la legislatura 2019-2023,

DISPONGO

Primero. Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Itelazpi SA, contra la Orden Foral 269/2021, de 2 de julio, por la que se autoriza la regularización de la ocupación del centro emisor "Salinillas de Buradón" gestionado por Itelazpi SA ubicado en el Monte de Utilidad Pública número 220 denominado "Arbina", perteneciente a la Comunidad de Arbina, denegando la anulación de dicha Orden Foral y estimando tanto la modificación del régimen de actualización del canon como la corrección del error material advertido.

Segundo. Modificar la Orden Foral 269/2021, de 2 de julio, para, por un lado, corregir el párrafo segundo del apartado primero de la disposición segunda, concediéndole un área de ocupación de 86,2 m² y, por otro lado, modificar el apartado sexto de la disposición segunda, con lo que:

En el párrafo segundo del apartado primero de la disposición segunda,

Donde dice "Área de ocupación en la que se hallan las instalaciones del centro emisor: 68,20 m² totales"

Debe decir "Área de ocupación en la que se hallan las instalaciones del centro emisor: 86,20 m² totales"

El párrafo primero del apartado sexto de la disposición segunda quedará redactado de la siguiente manera:

"La revisión del canon se realizará cada 5 años aplicando los precios unitarios, actualizados según la variación del IPC de ese periodo, a las condiciones de superficie, altura torre y elementos instalados existentes en el momento de la actualización, bajo los criterios expresados en el citado informe técnico económico para el cálculo del canon de 23 de octubre de 2019, vía modificación de la Orden Foral que regulariza la ocupación."

Tercero. Mantener el resto de la Orden Foral 269/2021 en los mismos términos en que se aprobó inicialmente.

Cuarto. Notificar la Orden Foral a las Juntas Administrativas de Berganzo, Ocio y Salinillas de Buradón, a Itelazpi SA y a la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, según lo establecido en el artículo 41 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Quinto. Publicar la presente Orden Foral en el BOTA.

Sexto. Contra esta Orden Foral que es definitiva en vía administrativa, se podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Vitoria-Gasteiz, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su publicación.

Vitoria-Gasteiz, a 8 de noviembre de 2021

Diputado Foral de Agricultura

EDUARDO AGUINACO LÓPEZ DE SUSO

Directora de Agricultura

M^a ASUNCIÓN QUINTANA URIARTE