

Roj: STSJ PV 2117/2011
Id Cendoj: 48020330012011100024
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 1096/2010
Nº de Resolución: 388/2011
Procedimiento: Recurso apelación Ley 98
Ponente: JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 1096/10

DE Apelación

SENTENCIA NUMERO 388/2011

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ

MAGISTRADOS/AS:

D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

D^a. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

En la Villa de Bilbao (BIZKAIA), a seis de junio de dos mil once.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. antes expresados, han pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el ocho de julio de dos mil diez por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 (Donostia) en el recurso contencioso-administrativo número 380/09 .

Son parte:

- **APELANTE** : ZELETA S.L., representado por la Procuradora AMAYA LAURA MARTINEZ SANCHEZ y dirigido por el Letrado JOANES LABAYEN ANDONAEGUI.

- **APELADO** : AGENCIA VASCA DEL AGUA, representado y dirigido por el LETRADO DEL GOBIERNO VASCO.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ, Magistrado de esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 (Donostia) se dictó el ocho de julio de dos mil diez sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo número 380/09 promovido por

ZELETA S.L. contra la Resolución del Director General de la Agencia Vasca del Agua de 22-09-2008 que impuso a la recurrente la multa de 60.000 y la obligación de reponer a su estado anterior, dentro del plazo de tres meses, la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre, siendo parte demandada AGENCIA VASCA DEL AGUA.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por ZELETA S.L. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia, que revocando la apelación estime el recurso contencioso.

TERCERO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 02.06.11, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación se ha interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 8-07-2010 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Donostia-San Sebastián en el procedimiento ordinario 38-/2009 , que desestimó el recurso interpuesto por Zeleta S.L. contra la Resolución del Director General de la Agencia Vasca del Agua de 22-09-2008 que impuso a la recurrente la multa de 60.000 y la obligación de reponer a su estado anterior, dentro del plazo de tres meses, la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre.

El recurso de apelación interpuesto por Zeleta S.L. contra esa sentencia se funda en los motivos siguientes:

1.- La indefensión causada a la demandante por la alegación novedosa de hechos y argumentos en el escrito de conclusiones.

2.- La vulneración del carácter revisor de esta Jurisdicción a causa de la oposición a la estimación del recurso contencioso- administrativo en base a alegaciones y motivos no expuestos por la resolución recurrida, además de la indefensión causada al sancionado por su falta de motivación.

3.- La falta de culpabilidad de la recurrente.

4.- La inaplicación al caso de la servidumbre de protección.

5.- La innecesariedad de permisos adicionales a los ya obtenidos para la realización de actividades extractivas en la zona de servidumbre de protección.

6.- La aplicación de la *Disposición Transitoria 4ª de la Ley 22/1998* .

7.- La imposibilidad de restituir la ladera en la zona de servidumbre de protección al estado anterior a la explotación.

La apelada, Agencia Vasca del Agua se ha opuesto a la estimación del recurso de apelación por los motivos siguientes:

1.- No se ha causado indefensión a la recurrente por el hecho de que en el escrito de contestación a la demanda no se hubiesen hecho alegaciones sobre la aplicación del régimen transitorio de la Ley de Costas y la falta de culpabilidad alegadas por la recurrente y tampoco se ha infringido el principio revisor porque la sentencia apelada ha fundado su pronunciamiento en el examen de las cuestiones planteadas por la recurrente.

2.- La culpabilidad de la mercantil sancionada por haber realizado sin la autorización pertinente, al margen de la evaluación de impacto ambiental, actividades extractivas en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre.

3.- La aplicación al caso de la servidumbre de protección de la zona marítima-terrestre y la prohibición de actividades en esa zona sin la preceptiva autorización.

4.- La inaplicación del régimen transitorio de la Ley de Costas a las actividades extractivas que se viniesen realizando en la zona de servidumbre de protección además de no acreditarse la realización de esa actividad con anterioridad a la entrada en vigor de la *Ley de 1988* .

5.- La falta de acreditación de la imposibilidad material o técnica de restituir la zona de servidumbre al estado anterior a su explotación.

SEGUNDO.- El examen del recurso debe comenzar por el examen de las infracciones formales alegadas por el recurrente y que se refieren a la actuación de la Administración previa al procedimiento judicial y en este procedimiento y a su repercusión en el derecho de defensa de la parte por haberse fundado la sentencia, más allá del alcance revisor de esta Jurisdicción, en alegaciones o argumentos que la recurrente no ha podido contradecir.

La sentencia apelada ha desestimado los motivos en que se ha fundado el recurso y por esa razón y no por la estimación de los motivos opuestos por la demandada , no más que la replica parcial de los primeros, declaró la conformidad de la resolución sancionadora recurrida con el ordenamiento jurídico.

Cierto es que la demandada amplió en el trámite de conclusiones sus alegaciones a los motivos del recurso expuestos en el escrito de demanda, pero tal ampliación no ha comportado la introducción de ninguna cuestión o hechos nuevos en ese trámite en perjuicio del derecho de defensa de la recurrente en las fases de alegaciones y pruebas.

Antes bien, la defectuosa o incompleta motivación de la resolución recurrida por la razón de no haber respondido a todas las cuestiones planteadas por la recurrente en el expediente sancionador no impedía a la demanda fundar la oposición al recurso en motivos o argumentos no expuestos en aquel acto (*artículo 56-1 de la Ley Jurisdiccional*).

En conclusión, la sentencia apelada ha resuelto el procedimiento en atención a los motivos en que las partes han fundado, respectivamente, el recurso y la oposición al mismo, sin atender a hechos o cuestiones nuevos respecto a los aducidos por la Administración en la vía administrativa, o a motivos o cuestiones no planteados por esa parte en demanda sino en el escrito de conclusiones.

TERCERO.- La sanción recurrida se ha impuesto por la realización de actividades extractivas en la zona de la servidumbre de protección sin la preceptiva autorización otorgada de conformidad con lo dispuesto por los *artículos 25 y 26 de la Ley de Costas de 1988* .

Siendo, así, presupuesto de la comisión de la infracción sancionada la realización de una actividad sujeta al régimen de autorización hay que dilucidar si la explotación de la cantera "Sasiola" en Deba debió someterse al régimen de autorización de usos o actividades en la zona de la servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre lo que nos remite por razones sistemáticas al examen de los motivos del recurso de apelación referidos a:

1.- Inexistencia o extinción de la servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre.

La servidumbre de protección impuesta por el *artículo 23-1 de la Ley de Costas sobre una zona de cien metros* medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar constituye un supuesto de servidumbre administrativa en interés del dominio público marítimo-terrestre y por lo tanto su régimen de constitución y extinción no pueden desvincularse del propio de los bienes que integran ese dominio de conformidad con los *artículos 3, 4 y 5 de la mencionada Ley* ; esto quiere decir que salvo alteración de las condiciones naturales que determinan la constitución ex lege de la servidumbre debe entenderse subsistente su objeto o finalidad de utilidad pública, sin ninguna excepción como la discurrida por la apelante en función de la configuración o características orográficas del terreno sobre el que recae el gravamen.

La existencia y extensión de la servidumbre de protección marítimo-terrestre vienen determinadas por la ley en atención exclusivamente a la distancia de los terrenos respecto a la ribera del mar. Y entretanto no se modifique ese factor por causas naturales subsiste la finalidad o interés público que justifica la imposición de la servidumbre.

La apelante ya no es que alegue la extinción de la servidumbre, antes bien, niega su propia constitución. Ambas proposiciones son inaceptables a la vista del régimen legal de la servidumbre de protección.

2.- La aplicación de la *disposición transitoria cuarta de la Ley de Costas*

La Administración demandada ha suscitado dudas sobre la fecha de inicio de la actividad extractiva de áridos en la zona de servidumbre de protección, si antes o después de la entrada en vigor de la *Ley de Costas de 1988*.

En manos de esa parte más que de la contraria estaba la posibilidad de constatar con certeza que la explotación de la cantera iniciada en 1971-1972 no se extendió a la zona ahora calificada de servidumbre de protección sino con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas.

La duda sobre ese hecho debe resolverse a favor de la sancionada para tutelar su derecho a la presunción de inocencia (*artículo 137-1 Ley 30-1992*).

Ahora bien, aun en ese supuesto de actividad extractiva iniciada con anterioridad a la entrada en vigor de la *Ley de Costas no puede admitirse su autorización al amparo de la Disposición Transitoria 4ª* de esa Ley.

En primer lugar, esa Disposición se refiere a las obras o instalaciones conceptos perfectamente diferenciables y diferenciados en el régimen de utilización de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, como puede verse en los preceptos que regulan los usos autorizados, prohibidos y autorizables en la zona de servidumbre de protección (*artículos 24 y 25*) ; idem, la *disposición transitoria séptima* que distingue entre obras, instalaciones o actividades en la zona de la servidumbre de protección.

Y esa distinción entre usos definitivos o consolidados y usos continuados o en ejecución no es, evidentemente, ociosa dada su distinta repercusión en el régimen de protección y por lo tanto de utilización de los bienes que integran el dominio marítimo- terrestre o situados en su colindancia o proximidad.

No hay que confundir, pues , a los efectos entre las instalaciones de la cantera como la planta de hormigón y la actividad de explotación del mineral que , entre otras , comprende las tareas extractivas en la zona de servidumbre de protección.

En segundo lugar, la *Disposición Transitoria 4ª de la Ley de Costas de 1988* no ampara todos los usos (obras e instalaciones) realizados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas sino a los legalizables por razones de interés público y a los realizados o realizables con arreglo a las autorizaciones exigibles con anterioridad a esa Ley.

3.- La innecesariedad de autorización adicional a las ya otorgadas para el ejercicio de la actividad de explotación de la cantera.

Las autorizaciones de distinta clase otorgadas a la mercantil recurrente para la explotación de la cantera o por razón de la misma constituyen técnicas de control complementarias de la autorización exigible para la realización de esa actividad en la zona de servidumbre de protección, de conformidad con los *artículos 25 y 26 de la vigente Ley de Costas* y por consiguiente no exoneran del deber de solicitar esa autorización cuyo incumplimiento ha motivado que se dictase la resolución sancionadora recurrida.

Así, la Declaración de Impacto Ambiental formulada en Resolución de 23-11-2000 de la Viceconsejera de Medio Ambiente es un instrumento de control que consiste en el conjunto de estudios y análisis técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto pueda causar sobre el medio ambiente (*artículo 2-1 del Real Decreto Legislativo 1/2008 de 11 de Enero*) ; por lo tanto, no pueden mezclarse el objeto y fines específicos de esa actuación administrativa, sujeta a la legislación sectorial de aplicación según la materia (*artículo 26-2 de la Ley Vasca 3/1998 de Conservación del Medio Ambiente*) con la autorización exigible por la legislación de costas con arreglo a otros parámetros y para el cumplimiento de sus fines específicos de protección del dominio público marítimo-terrestre.

La consulta a la Administración de Costas en el expediente de autorización medio-ambiental constituye, sin más, un trámite de ese procedimiento que no puede sustituir o absorber la autorización preceptiva para la realización de instalaciones o actividades en el dominio marítimo-terrestre o en las zonas de servidumbre constituidas por la Ley para la protección de esos bienes; no en vano, la recurrente solicitó

autorización para la ejecución de obras de reparación y mejora de la planta de tratamiento del recurso minero, situada también en la zona de servidumbre.

Lo mismo hay que decir de la licencia para el ejercicio de la actividad y de las otras autorizaciones y concesiones alegadas por la recurrente. Se trata de técnicas de intervención administrativa convergentes y no intercambiables o alternativas de modo que el hecho de haber obtenido esos permisos y no el exigido por la Ley de Costas no puede eximir a la recurrente de la responsabilidad derivada, en su caso, del incumplimiento de esa Ley.

CUARTO.- El examen del elemento culpabilístico de la infracción sancionada no puede referirse, sin más, a la ejecución de la conducta tipificada; esto es, la realización de una actividad no permitida en la zona de servidumbre de protección sino en virtud de la preceptiva autorización.

Hay que atender, asimismo, y primordialmente a los elementos que delimitan la culpabilidad del autor de esa acción ilícita; esto es, la intencionalidad, la conciencia de la infracción o la negligencia inexcusable.

Y para la valoración de esos elementos subjetivos del ilícito administrativo no puede prescindirse de determinadas actuaciones de la propia Administración en la medida que han podido inducir a error en el sancionado sobre el alcance de su conducta o generado razonablemente la creencia, no decimos ya la convicción, de no ser ilícita la acción sancionada.

Esas actuaciones consisten en la omisión administrativa de cualquier requerimiento o actuación dirigidos a la paralización o legalización de la actividad extractiva que la recurrente viene realizando desde hace muchos años en la zona de servidumbre de protección, con anterioridad incluso a la entrada en vigor de la *Ley de Costas 1988* según la conclusión "indubido pro sancionado" expuesta ut supra.

Mas aun, además del carácter notorio de la actividad ha habido en fechas no muy anteriores a la incoación del expediente sancionador actuaciones de la misma Administración que han permitido a esta constatar el alcance de la actividad industrial y, en particular, su asentamiento en la zona de la servidumbre de protección. Nos referimos, al expediente de autorización ambiental resuelto en 2000, a la autorización del Plan de labores de la cantera para 2007 y , más recientemente, la autorización de obras de reforma en la planta de tratamiento del mineral.

Esas autorizaciones sin ser excluyentes de la exigida por la legislación de costas han podido generar fundadamente en la recurrente la confianza en el ejercicio lícito de su actividad o lo que es lo mismo, un error sobre el carácter preceptivo de la autorización y las consecuencias de no haberla solicitado.

Esa duda debe resolverse también a favor del sancionado dada su trascendencia a la tipificación de la infracción para no vulnerar su derecho a la presunción de inocencia.

La ejecución de la acción sancionada no puede imputarse a su autor a título de dolo o culpa cuando las actuaciones u omisiones de la propia Administración han podido generar un error "normativo", no de hecho, sobre la ilegalidad de la explotación y que infundido no por un acto aislado sino por la falta de ejercicio durante tanto tiempo de las potestades de intervención debe considerarse excusable y por lo tanto no imputable, tan siquiera, a la negligencia de la recurrente.

La actividad extractiva en la zona de servidumbre de protección se ha venido realizando durante largo tiempo " a ciencia y paciencia" de la Administración que debió ejercer antes que sus potestades sancionadoras las de control de la actividad que le otorgan las normas. Y es que si con carácter general el incumplimiento o falta de diligencia administrativa no exime a los interesados del cumplimiento de sus deberes en el presente caso los actos, mejor dicho, las omisiones de la Administración tienen tal relevancia que no puede prescindirse de ellos sin hacer a la recurrente "objetivamente" responsable de la acción, y no a título de dolo o negligencia.

Atendiendo a esa razón de estricta legalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora (*artículo 130-1 de la Ley 30/1992*) y no con recurso a la equidad invocada por la apelante hay que estimar este recurso sin necesidad de entrar en el examen de los otros motivos, en particular del concerniente a la restitución de la zona de servidumbre afectada por la explotación no autorizada a su estado anterior, a salvo las potestades distintas a la sancionadora que el ordenamiento otorgue a la Administración para la protección y restauración, en su caso, de aquel espacio.

QUINTO.- No hay que hacer pronunciamiento de condena en costas (*artículo 139-2 de la LJCA*).

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. MARTINEZ SANCHEZ, en nombre y representación de ZELATA, S.L. contra la sentencia dictada con fecha 8 de julio de 2010 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Donostia , y con revocación de esa sentencia debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la apelante contra la mencionada resolución sancionadora, declarando su disconformidad con el ordenamiento jurídico; sin imposición de costas.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio al Rollo de Apelación nº **1096/2010**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy.