

Roj: SAN 3895/2012
Id Cendoj: 28079230012012100376
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 145/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: FERNANDO DE MATEO MENENDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil doce.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso- administrativo número 145/08, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Carmelo Olmos Gómez, en nombre y representación de **PROMOCIÓN DE EDIFICIOS CORVERA DE TORANZO, S.L.**, contra la resolución de 21 de enero de 2008, de la Subsecretaria de **Medio Ambiente**, dictada por delegación de la Ministra, que confirma en reposición la Orden Ministerial de 14 de septiembre de 2005, por la que se aprueba el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre del tramo de costa de unos veintiún mil ochocientos noventa y cuatro (21.894) metros de longitud, que comprenden la totalidad del término municipal de Suances (Cantabria). Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representa-da por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Admitido el recurso y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 25 de marzo de 2009 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso anulando el acto impugnado en el presente recurso con los siguientes pronunciamientos: Que se anulen las resoluciones recurridas "en cuanto incluyen en el Dominio Público Marítimo Terrestre la finca propiedad de nuestro defendido, numero 274 del polígono 7 de rústica de Suances entre los vértices 25.517 a 27.567 de dicho deslinde y ordene la exclusión de la finca indicada de dicho deslinde.

Subsidiariamente y para el caso de no acceder a la anterior, declare el Derecho de nuestro mandante a disfrutar de una concesión conforme dispone la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas por treinta años prorrogables por otros treinta contados a partir de la entrada en vigor de la Ley de Costas, en las condiciones previstas en el título concesional.

Subsidiariamente declare el derecho de nuestro mandante a disfrutar sin oposición y en las mismas condiciones previstas en el título concesional originario de 1870 de una concesión por 30 años contados a partir de la entrada en vigor de la Ley de Costas".

SEGUNDO .- Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante el pertinente escrito, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación del recurso, y que se declarara la plena adecuación a derecho del acto administrativo impugnado.

TERCERO .- Mediante Auto de 22 de enero de 2010 se acordó el recibimiento del recurso a prueba, llevándose a cabo las pruebas propuestas por la parte actora declaradas pertinentes, para después conferir traslado a las partes por término de diez días para la formulación de conclusiones y, tras la presentación de los oportunos escritos, se señaló para votación y fallo el día 26 de septiembre del presente año, fecha en que tuvo lugar.

SIENDO PONENTE el Magistrado Ilmo. Sr. Don FERNANDO DE MATEO MENENDEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sociedad demandante impugna la resolución de 21 de enero de 2008, de la Subsecretaría de **Medio Ambiente**, dictada por delegación de la Ministra, que confirma en reposición la Orden Ministerial de 14 de septiembre de 2005, por la que se aprueba el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre del tramo de costa de unos veintiún mil ochocientos noventa y cuatro (21.894) metros de longitud, que comprenden la totalidad del término municipal de Suances (Cantabria).

La parte actora es titular de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Torrelavega al 7819, del Tomo 1110, del Libro 179, al término municipal de Suances (Cantabria). Es la finca catastral 274 del polígono 7 de rústica, entre los vértices 25.517 y 27.567 del deslinde recurrido. Dicha finca proviene de una concesión para la desecación de marismas, otorgada por Real Orden de 29 de agosto de 1870 a don Teodoro , que en la cláusula 4ª establecía que *"si como consecuencia de los trabajos que se practiquen se obtiene el saneamiento de los expresados terrenos, será dueño a perpetuidad el concesionario de los que sean propios del Estado; de uso común de los pueblos conforme al Artículo 26 de la Ley de Aguas vigente"* . Dicha Concesión fue posteriormente transmitida a la Real Compañía de Minas el 24 de marzo de 1876, quien ejecutó las obras que son reconocidas el 1 de octubre de 1895 en que por Orden de SM el Rey, y, en su nombre, la Reina Regente, dispone: *"Que se declare que la RC Asturiana ha saneado las marismas con arreglo al proyecto y por tanto le es aplicable lo preceptuado en el Artículo 4º de la Concesión"* .

Como se deriva de la Memoria la justificación del deslinde impugnado se sustenta en la calificación como dominio público marítimo-terrestre que tiene el terreno de la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1.a) de la Ley de Costas , y 6.2 del Reglamento General para Desarrollo y Ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio , de Costas, aprobado por Real Decreto 1.471/1989, de 1 de diciembre.

SEGUNDO .- En primer termino, tenemos que pasar a analizar la causa de inadmisibilidad opuesta por el representante legal de la Administración fundada en la desviación procesal en que incurren las pretensiones subsidiarias que aparecen en el suplico de la demanda sobre que se declare el derecho de la parte actora a disfrutar de una concesión conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costa o en las condiciones previstas en el título concesional originario.

Según reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2007 -recurso nº. 64/2004 -, 13 de marzo de 2008 -recurso nº. 318/2004 -, 18 de diciembre de 2008 -recurso nº. 249/2006 -) y 15 de marzo de 2010 -recurso nº. 558/2008 -), la pretensión expuesta en la vía administrativa no puede ser esencialmente distinta de la formulada en la vía jurisdiccional y que, si bien pueden alegarse, en el escrito de demanda, cuantos motivos procedan en justificación de las pretensiones aunque no se hayan alegado anteriormente en la vía administrativa, ello ha de entenderse en sus justos términos, es decir, en el sentido de que se pueden alegar nuevas razones o argumentos para fundamentar las pretensiones, pero no en el de que cabe suscitar cuestiones nuevas.

Así las cosas, la parte actora no planteó en vía administrativa, como se deriva del recurso de reposición formulado el 24 de octubre de 2005, las pretensiones sobre que se reconociera el derecho de la parte actora a disfrutar de una concesión conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costa o en las condiciones previstas en el título concesional originario, por lo que se incurre en relación con las mismas en desviación procesal debiéndonos centrar en la pretensión principal que tiene por objeto que se excluya del deslinde a la finca propiedad de la parte actora, ello sin perjuicio de resaltar que Orden aprobatoria del deslinde de 14 de septiembre de 2005 en su parte dispositiva, apartado III, acuerda en cumplimiento de la Ley de Costas *"otorgar el plazo de 1 año para solicitar la correspondiente concesión a aquellos titulares de terrenos que pudieran acreditar su inclusión en alguno de los supuestos contemplados en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 22/1988, de Costas"* , pudiendo la parte actora acudir a tal vía para hacer efectivo su posible derecho, no siendo este procedimiento el cauce adecuado a tal fin pues el objeto del mismo se circunscribe a la Orden aprobatoria del deslinde.

TERCERO .- La sociedad recurrente aduce como motivo de carácter formal que no fue emplazada para la práctica del apeo del deslinde, defecto formal que le ha causado indefensión al no poder asistir al reconocimiento físico sobre el terreno de los límites de deslinde, y ello, a pesar de que la Administración tenía perfecto conocimiento de la propiedad de la finca de la parte actora.

Sobre la falta de notificación del acto de apeo tenemos que señalar que si bien no consta que se notificara personalmente el acto de apeo, el mismo fue objeto de publicación en el Boletín Oficial de Cantabria de fecha 28 de octubre de 2003 así como en el Diario Montañés de fechas 18 y 19 de octubre de 2003, y en los Tablones de Anuncios de la Demarcación de Costas de Cantabria y de varios Ayuntamientos, entre

ellos Torrelavega, donde tiene el domicilio social la parte actora. Por otro lado, la parte recurrente presentó alegaciones al acto de apeo el 13 de enero de 2004 y en el trámite de audiencia con fecha 29 de julio de 2005 y, por tanto, alegó en vía administrativa lo que consideró oportuno para la defensa de sus intereses, aportando la documentación que estimó pertinente, por lo que no se le ha generado ninguna indefensión material que es la aquí relevante.

En este sentido, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo -Sentencias de 12 de julio de 2007 (recurso nº. 92/2003) y 31 de mayo de 2010 (recurso nº. 1.945/2006) entre otras- según la cual no cualquier anomalía formal o procedimental tiene efectos invalidantes, sino que es necesaria que se produzca una vulneración de las garantías constitucionales previstas en el artículo 24 de la Constitución y que vaya acompañada de una real producción de indefensión, que en el presente caso y como se ha expuesto más arriba, no se ha generado al recurrente, debiéndose desestimar este motivo de impugnación.

CUARTO .- La parte recurrente considera que la finca de su propiedad está desafectada del dominio público y pasó al dominio privado, en virtud de una concesión administración para desecación y aprovechamiento otorgada por Real Orden de 29 de agosto de 1870 a don Teodoro , en cuya cláusula 4ª se estableció que *"si como consecuencia de los trabajos que se practiquen se obtiene el saneamiento de los expresados terrenos, será dueño a perpetuidad el concesionario de los que sean propios del Estado; de uso común de los pueblos conforme al Artículo 26 de la Ley de Aguas vigente"* . Tales obras de desecación fueron totalmente ejecutadas conforme al proyecto y a la concesión otorgada y la finca pasó a ser de titularidad privada. Considera de aplicación lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda, párrafo segundo de la Ley de Costas en la que se dispone que: *"Los terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de esta ley, serán mantenidos en tal situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuará siendo de dominio público en todo caso. Los terrenos ganados al mar y los desecados en su ribera sin título administrativo suficiente continuarán siendo de dominio público"* .

Para abordar este motivo de impugnación es preciso partir del contenido de las cláusulas de la concesión administrativa para desecación de estos terrenos otorgada en su día. La Real Orden de 29 de agosto de 1870 se supeditaba la concesión a que se realizaran las obras que se debían comenzar en el plazo de un año y quedar concluidas en el plazo de ocho años, y, si se obtenía el saneamiento de los expresados terrenos sería dueño a perpetuidad el concesionario de los que fuesen propios del Estado o de uso comunal de los pueblos (cláusula 4ª de la Concesión). Así mismo, consta que por Orden de 1 de octubre de 1895 de la Reina Regente, se declaró que la Real Compañía de Minas, a la que le había sido transmitida la Concesión y había ejecutado las obras, había saneado las marismas con arreglo al proyecto, por tanto, le era aplicable lo preceptuado en la cláusula 4ª de la Concesión.

Por tanto, resulta acreditado que se cumplió en su día con las obras desecación de la marisma en los términos establecidos en la concesión administrativa, y los terrenos se cedieron a perpetuidad a la Real Compañía de Minas. Ahora bien, el hecho de que se cumplieren en su día las condiciones de la concesión no impide incluir estos terrenos en el dominio público marítimo terrestre si las características físicas y las condiciones actuales ponen de manifiesto que la desecación y las obras destinadas a su mantenimiento no se han mantenido en el tiempo, inundándose los terrenos por efecto de la pleamar máxima. Y ello por cuanto el artículo 3.1.a) de la vigente Ley de Costas dispone que quedan incluidos como dominio público marítimo terrestre la ribera del mar y de las rías, que incluye: *"La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos o, cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas"* . Por su parte, el artículo 6.2 del Real Decreto 1.471/1989, de 1 de diciembre , establece que *"los terrenos inundados mediante técnicas artificiales, cuya cota sea superior a la de la mayor pleamar, no se consideran incluidos en lo establecido en el apartado 3 del artículo anterior. Por el contrario, aquellos otros no comprendidos en el artículo 9.º, naturalmente inundables, cuya inundación por efecto de las mareas haya sido impedida por **medios** artificiales, tales como muros, terraplenes, compuertas u otros sistemas semejantes, forman parte del dominio público marítimo-terrestre, conforme a lo establecido en los arts. 3.1, a), de la Ley de Costas y de este Reglamento"* .

Esta Sala ha declarado en la Sentencia de 15 de octubre de 2003 (recurso nº. 1.261/01) que *"lo relevante a efectos del deslinde en los casos como el que nos ocupa es dilucidar no solo si se ha producido la desecación de la marisma, sino también si se ha producido una transformación definitiva e irreversible del área objeto de concesión que justifique su exclusión del dominio público y la consiguiente mutación demanial"*

que postulan los demandantes. En principio, esa transformación definitiva e irreversible parece resultar clara cuando se ha producido la urbanización del terreno, y por ello el Tribunal Supremo tiene declarado que determinadas concesiones otorgadas para desecar y urbanizar produjeron la transmisión de los terrenos en propiedad al concesionario. Las dificultades son mayores, en cambio, en supuestos en los que la finalidad de la concesión es, una vez producida la desecación, el aprovechamiento agrícola o el uso del terreno como pradera para pastos. Y es claro que la carga de la prueba de esa transformación definitiva e irreversible del terreno corresponde a la parte demandante, que es la que postula su exclusión del dominio público". Y en similares términos se viene exigiendo una "transformación definitiva e irreversible del área objeto de la concesión que justifique su exclusión del dominio público y la consiguiente mutación demanial" en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero del 2010 (recurso nº. 5.668/2005) que hace referencia a una anterior Sentencia de 11 de diciembre de 2009 (recurso nº. 5.666/2005).

Por lo tanto, la desecación en su día realizada no impide la posterior aplicación de la legislación de costas y su declaración demanial, pues si los terrenos en estos momentos están bajo la influencia de las mareas, tendrían las características físicas necesarias para su inclusión en el dominio público conforme a las previsiones de la Ley de Costas y no se habría cumplido tampoco la obligación del concesionario de mantener en buen estado de conservación los terrenos ganados al mar.

De modo que lo relevante en el supuesto que nos ocupa no es el hecho de que se ejecutasen en su día las obras de desecación de la marisma, sino si los terrenos están bajo la influencia de la pleamar y revisten las características de una marisma en la actualidad.

QUINTO .- La finca de la parte actora comprendida entre los vértices 25.517 y 27.567, se encuentra incluida en el Tramo 7 del deslinde, Ría San Martín de la Arena desde la Playa de Suances hasta el límite con el término municipal de Santillana del Mar, incluida la Isla de Hinogedo. Según la Memoria del deslinde se trata del <<margen izquierda de la Ría de San Martín de la Arena que se adentra en tierra varios kilómetros hasta el término de Torrelavega. Esta zona de la ría es navegable para barcos de poco calado, y se encuentra sometida solamente a la acción de las mareas. Incluye zonas marismosas separadas del cauce principal de la ría por espigones, y en algunos casos parcialmente rellenadas.

Salvo los vértices 27556 y 27567 en el paraje denominado "La Vuelta Ostrera" donde la ribera del mar delimita los terrenos actualmente inundables como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas (artículo 3.1.a) de la Ley de Costas), y en el dominio público se ha incluido además los terrenos de marisma rellenados para la construcción encima de ellos del EDAR del sistema Saja-Besaya, la ribera del mar coincide con el dominio público>> .

Por otra parte, en el estudio geomorfológico que consta en el expediente en relación a los vértices M-27395 al M-27686, se dice que "este sub-tramo es la ría propiamente dicha, donde se deja sentir la influencia de la marea. Incluye varias marismas y zonas inundables. En el paraje denominado La Vuelta Ostrera de la margen izquierda de al ría, se ha elevado artificialmente el terreno unos 3 m, mediante vertido de tierras, drenaje y compactación, construyéndose encima la EDAR del sistema Saja-Besaya" .

Pues bien, conforme a lo expuesto, a las fotografías áreas y de detalle de los años 2000 y 2001 incluidas en el anejo 2.7 "Pruebas y datos para la justificación del deslinde propuesto", se acredita que los terrenos propiedad de la parte actora han vuelto a inundarse. A la misma conclusión llegó esta Sala en la Sentencia de 6 de febrero de 2008, recaída en el recurso nº. 372/2005 , que tenía por objeto el mismo deslinde que nos ocupa, que afectaba a los vértices 27.556 y 27.567, donde se encuentra la instalación de la Estación Depuradora de Vuelta Ostrera, en la parte interior de la finca propiedad de la sociedad aquí actora, y que se estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA). Se partía en dicha Sentencia que la Orden Ministerial aprobatoria del deslinde consideraba que la zona impugnada se refería, a terrenos ganados al mar consecuencia de las obras de instalación de una estación depuradora, por lo que se delimitaban según lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley de Costas y decía que se incluían la ribera del mar mediante los vértices RM 27054 a RM 27060 que delimitaban los terrenos actualmente inundables consecuencia del flujo y reflujo de las mareas de acuerdo con el artículo 3.1.a) de la Ley de Costas .

Se aludía a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 26 de Octubre de 2005 (recurso nº. 577/2001) en la que se impugnó el Acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se declaraba zona de reserva, en base al artículo 47 de la Ley de Costas , de la parcela destinada a la construcción de la estación depuradora, ya no tenía sentido la delimitación propuesta puesto que, no habiendo reserva y no existiendo la depuradora (no se olvide que la sentencia ordenaba su demolición), en aplicación del artículo 5.4

de la Ley de Costas la zona pertenece al dominio público puesto que se trata de una zona que es naturalmente inundable y que si no se inunda es porque se ha impedido por obras de rellenado y desecación.

A este respecto, la citada Sentencia del Tribunal Supremo parte de la naturaleza de la parcela en la que se pretendía la instalación de la depuradora y dice en su fundamento jurídico segundo que: *"aquella parcela del dominio público marítimo-terrestre que se declara como zona de reserva forma parte de la ribera del mar y de las rías, pues en esta parte del dominio público marítimo-terrestre incluye el artículo 3.1.a) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar"*.

Y, se concluía en nuestra Sentencia de 6 de febrero de 2008, que *"una vez anulada la construcción de la depuradora no tiene sentido la separación entre la zona de ribera de mar y la zona de delimitación de dominio público y ambas zonas deben ser coincidentes debiendo modificarse de esa forma la Orden impugnada y el deslinde realizado"*.

*No se olvide que en el presente caso debe aplicarse el artículo 6.2 del Reglamento de la Ley de Costas según el cual forman parte del dominio público aquellos otros terrenos no comprendidos en el art. 9.º, naturalmente inundables, cuya inundación por efecto de las mareas haya sido impedida por **medios** artificiales, tales como muros, terraplenes, compuertas u otros sistemas semejantes, forman parte del dominio público marítimo-terrestre, conforme a lo establecido en los arts. 3.1, a), de la Ley de Costas y de este Reglamento. Y ello pues eso es, precisamente, lo que ha ocurrido"*.

Para rebatir lo expuesto, la parte actora solicitó la práctica de un informe pericial que se llevó a cabo por un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, en el que se refleja en la inspección ocular de la finca en cuestión realizada en el mes de noviembre de 2010, en período de bajamar, que la parcela se encontraba parcialmente inundada. Se señala que la parcela se hallaba parcialmente por debajo del nivel del mar, encontrándose en mal estado el dique de escollera de cierre de la parcela, que provocaba la entrada de agua dentro de la finca, habiendo sido necesario para la desecación de los terrenos la construcción de dicho dique. Se llega a la conclusión que la parcela desde al menos el año 2001 no puede tener la condición de "desecada".

En consecuencia, en virtud de lo expuesto procede desestimar el recurso contencioso-administrativo en relación con la pretensión principal, y la inadmisibilidad del mismo respecto a las pretensiones subsidiarias.

SEXO .- A tenor del artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción en su redacción originaria, aplicable a la sazón, no cabe apreciar temeridad ni mala fe en las partes a los efectos de una expresa imposición de las costas procesales.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que apreciando la causa de inadmisibilidad invocada por el representante legal de la Administración, procede declarar inadmisibles las pretensiones subsidiarias formuladas por la parte actora, desestimando en todo lo demás el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Carmelo Olmos Gómez, en nombre y representación de **PROMOCIÓN DE EDIFICIOS CORVERA DE TORANZO, S.L.**, contra la resolución de 21 de enero de 2008, de la Subsecretaría de **Medio Ambiente**, dictada por delegación de la Ministra, que confirma en reposición la Orden Ministerial de 14 de septiembre de 2005, por la que se aprueba el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre del tramo de costa de unos veintiún mil ochocientos noventa y cuatro (21.894) metros de longitud, que comprenden la totalidad del término municipal de Suances (Cantabria), al ser las citadas resoluciones conformes a derecho, desestimándose las restantes pretensiones; sin hacer expresa imposición de las costas procesales.

Hágase saber a las partes que contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, a preparar ante esta Sala.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA SECRETARIA JUDICIAL