

Roj: SAN 2727/2011
Id Cendoj: 28079230012011100270
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 823/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: ELISA VEIGA NICOLE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil once.

Vistos por la Sala citada al margen el Recurso numero 01/823/2010 interpuesto por don Juan , como representante de la **Asociación "Salvemos Pontevedra "**, representado por la Procuradora doña María Leocadia García Cornejo,

contra la resolución presunta del recurso interpuesto en fecha 13 de enero de 2005 contra el silencio administrativo de las

peticiones formuladas en vía administrativa. La cuantía del recurso se fijó en indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la recurrente expresada se formuló recurso contencioso administrativo contra la resolución anteriormente citada, mediante escrito presentado ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 14 de septiembre de 2005, acordándose su admisión por providencia del siguiente día 24 de octubre, con reclamación del expediente administrativo. Por auto de fecha 16 de julio de 2010 el citado Tribunal se declaró incompetente para conocer del presente recurso, remitiendo las actuaciones a esta Sala de la Audiencia Nacional, previa notificación a las partes. Recibida las mismas, y habiéndose personado ante esta Sala exclusivamente la Asociación Salvemos Pontevedra, estando concluidas las actuaciones remitidas, quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo.

SEGUNDO .- La parte actora formalizó demanda mediante escrito presentado el día 22 de junio de 2007 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó solicitando que se declare: a)- La caducidad de la concesión indicada en el cuerpo del escrito y el consiguiente rescate y recuperación de los terrenos por parte de la Administración; -el cese de cuantas actividades se desarrollen en los terrenos de la concesión sin disponer de título habilitante para ello. b) Subsidiariamente, -se condene a la Administración demandada a incoar el expediente de caducidad de la concesión y a la adopción de todas las medidas legalmente contempladas para la paralización de las actividades y la suspensión del uso y explotación de las instalaciones que no cuenten con concesión administrativa y demás autorizaciones legalmente exigibles; -se decrete la paralización de cuantas obras (EDAR de Placeres, planta de tratamiento de afluentes, sellado del balsas...) se estén ejecutando en los terrenos de la concesión sin título habitante para ello;-se ordene la demolición de lo ilegalmente construido en los terrenos de la concesión. c) Subsidiariamente,-se ordene la incoación de los correspondientes expedientes de infracción, reposición y restitución de la legalidad urbanística; se declare la nulidad de pleno derecho de la autorización concedida 31 de enero de 2003 para la construcción de una planta de tratamiento de afluentes en los terrenos de la concesión;-se declare la nulidad de pleno derecho del uso del emisario submarino por carecer de concesión administrativa para la ocupación del dominio público marítimo terrestre y consecuentemente se ordene el cese de los vertidos que se producen a través del mismo y la restitución de la legalidad. d)-Dado que el presente recurso trae causa de un procedimiento incoado en el ejercicio de la acción pública, se impongan las costas a la demandada.

TERCERO .- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 30 de septiembre de 2008 en el que se limitó a solicitar que se declare la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo.

La entidad codemandada contestó la demanda mediante escrito presentado el 3 de diciembre de 2008 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se inadmita el recurso o, subsidiariamente, se desestime el mismo, con expresa condena en costas en ambos casos a la parte demandante.

CUARTO .- Por auto de fecha 20 de marzo de 2009 se acordó denegar el recibimiento del pleito a prueba, al considerar que la cuestión objeto de debate es estrictamente jurídica y resultaba irrelevante a los pedimentos interesados en la demanda.

QUINTO.- Las partes presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, señalándose para votación y fallo el día 17 de junio de 2010, señalamiento que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia dejó sin efecto para oír a las partes sobre competencia, tras lo cual se declaró incompetente para conocer del presente recurso por auto 16 de julio de 2010, remitiendo las actuaciones ya concluidas a esta Sala que señaló para votación y fallo el día 18 de mayo de 2011, en el que se deliberó y votó.

Ha sido PONENTE la Magistrada ELISA VEIGA NICOLE, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la desestimación presunta del recurso interpuesto en fecha 13 de enero de 2005 ante la Ministra de Medio Ambiente contra la desestimación por silencio administrativo de las peticiones formuladas en vía administrativa, en fecha 15 de julio de 2004 y ampliadas en escrito presentado el 6 de agosto del citado año.

En el recurso formulado en vía administrativa mediante escrito presentado el 13 de enero de 2005 se solicitaba:- la incoación del expediente de caducidad de la concesión de ENCE, S.A. en los terrenos ganados al mar de las marismas de Lourizán (Pontevedra);-la nulidad de pleno derecho de la autorización concedida el 31 de enero de 2003 para la construcción de una planta de tratamientos de efluentes en esos mismos terrenos; -se proceda a la paralización de las obras que se realizan en la planta de tratamiento de efluentes y en la EDAR, por carecer de la oportuna concesión administrativa así como el inicio del expediente para la reposición de la legalidad urbanística y costas,-se proceda al cese de la actividad que se desarrolla en las marismas de Lourizán sin respectivas concesiones y autorizaciones de vertido,-se declare la nulidad de pleno derecho de la autorización del emisario y consecuentemente se ordene cese de los vertidos directos de aguas residuales e industriales con abundante mercurio, denunciado también por la Comisión Europea.

SEGUNDO .- En la demanda, tras señalar las distintas vicisitudes de que fue objeto la concesión otorgada por Orden Ministerial de 13 de junio de 1958 al INI para la ocupación de 612.500 m² de dominio público marítimo terrestre con destino a una fábrica de pasta de celulosa Kraft, que fue transferida por Orden Ministerial de 6 de mayo de 1959 de la Empresa Nacional de Celulosas de Pontevedra, S.A., y de las distintas instalaciones que se han ido asentando en sus terrenos, se fundamenta la pretensión actora en los siguientes motivos:

1º) Vulneración del *artículo 42 de la Ley 30/92* al incumplir la Administración la obligación de la dictar resolución expresa en todos los procedimientos. El silencio de la Administración, conforme al *párrafo final del artículo 43.2 de la Ley 30/92*, ha provocado la estimación de lo solicitado por la parte demandante de forma que la falta de actuación de la Administración supone una inactividad del acto firme que ampara el derecho de la actora.

2º) En los terrenos de la concesión el grupo empresarial ENCE, S.A., ha construido una planta de tratamiento de efluentes con recirculación de lodos. La declaración de supramunicipalidad de la obra está recurrida y si bien el auto dictado en la pieza separada de medidas cautelares, correspondiente al recurso al 181/04 que se sigue ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, autoriza la realización de las obras sin necesidad de la licencia municipal, ello no implica que tal planta no tengan que cumplir el resto de requisitos legales. En este caso se incumple *artículo 44.6 de la Ley de Costas* y el RAMINP.

3º) La concesión fue otorgada en su momento al INI, al objeto de construir en ellos una "fábrica de pasta de papel Kraft", finalidad que se mantiene desde entonces y así se recoge en las sucesivas

transmisiones que son autorizadas por la Administración. Sin embargo, en los últimos 50 años se han venido instalando y construyendo obras en los terrenos de la concesión que no tienen ninguna vinculación con el destino original sin que conste concesión, modificación de la existente o renuncia a dichos terrenos por la empresa concesionaria. La realización de cualquiera de las obras, sin el correspondiente título habilitante, es causa más que sobrada para incoar expediente de caducidad de la concesión. Se añade que se han producido una vulneración del *artículo 79. 1.d), i) de la Ley de Costas* . El incumplimiento de las cláusulas concesionales determina la declaración de caducidad de la concesión. De tales incumplimientos merece una especial referencia la EDAR de Placeres y el emisario submarino.

4º) En cuanto a la transmisión de la concesión, se ha producido una privatización total de la empresa de forma que los accionistas al tiempo del otorgamiento de la misma han sido sustituidos por nuevos accionistas, cuyo porcentaje de acciones supera el 50% del total del accionariado, incumplándose el *artículo 70. 2 de la Ley de Costas* y el *artículo 137.5 del Reglamento de costas*, pues ENCE no goza de la concesión administrativa que pretende, y este incumplimiento supone la pérdida de la concesión otorgada y, por extensión, la ocupación ilegal de los terrenos.

5º) La Administración viene obligada a incoar la declaración de caducidad según el *artículo 79.1 de la Ley de Costas* que no deja margen a la apreciación discrecional de la Administración para declarar la caducidad cuando concurra alguno de los supuestos indicados en el artículo reseñado.

TERCERO .- La Abogacía del Estado, en su contestación a la demanda se limita a señalar que la legitimación es un presupuesto inexcusable del proceso, transcribiendo la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2006 , para concluir que la Asociación Salvemos Pontevedra carece de la necesaria legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo instado y, en definitiva, solicitar la caducidad de una concesión a través de la incoación del correspondiente expediente administrativo ya que la legitimación no puede reconocerse para perseguir fines genéricos.

La entidad Grupo Empresarial ENCE, S.A. se opone a la demanda por las siguientes razones:

A) De orden procesal esgrime dos motivos:

1º) Inadmisibilidad del recurso al no haberse acreditado la representación de la Asociación Salvemos Pontevedra, conforme a lo preceptuado en el *artículo 45.2.d) y 69.b) de la Ley Jurisdiccional* pues no se han aportado los estatutos de la misma para deducir que el órgano interno competente para ello ha adoptado el acuerdo de recurrir.

2º) Inadmisibilidad del recurso por ausencia de legitimación de la Asociación Salvemos Pontevedra. La acción pública prevista en el *artículo 109 de la Ley de Costas* incluye ciertos límites que impiden la utilización fraudulenta o indiscriminada de la misma.

B) De orden jurídico material lo sustantivo:

1º) ENCE cuenta con todos los títulos administrativos legalmente exigidos para el desarrollo de su actividad en Lourizán. La Orden Ministerial de 28 julio 1970 autoriza la transferencia de la concesión a favor de la Empresa Nacional de Celulosa, S.A. y finalmente tuvo lugar un cambio de denominación social en virtud del cual la Empresa Nacional de Celulosa SA pasó a denominarse Grupo Empresarial ENCE, S.A. Es decir, goza de un título concesional que la legitima para ocupar los terrenos en los que se ubica su complejo industrial y del resto de títulos administrativos legalmente exigibles para el desarrollo de su actividad.

2º) El Ministerio ha contestado a la recurrente por escrito de fecha 10 de mayo de 2007, en el que la Ministra de Medio Ambiente comunica al presidente de la Asociación " *en contestación a sus escritos de 25 de diciembre de 2006 y 6 de febrero pasado, en relación a varias denuncias* " *le manifiesta* ". Es decir contesta a las alegaciones carentes de fundamento que se contiene en el escrito de demanda.

3º) Respecto a la legalidad de la planta de tratamiento de afluentes, ha sido resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que reconoce la incidencia supramunicipal de las obras y la exención, por tanto, de la obligación de obtener licencia municipal.

4º) En cuanto a la caducidad de la concesión, resalta la inexistencia de incumplimientos de las condiciones de la concesión que pudiesen dar lugar a su caducidad.

CUARTO.- Siguiendo un orden lógico, se va a analizar en primer lugar las causas de inadmisibilidad

del recurso contencioso administrativas opuestas en los escritos de contestación a la demanda, por cuanto su estimación haría innecesario entrar en el examen del recurso. Las citadas causas de inadmisibilidad, respecto a la aquí demandante Asociación Salvemos Pontevedra han sido ya analizadas y resueltas en nuestra sentencia de fecha 17 de febrero de 2011, recurso 884/2009 .

Decíamos en la citada sentencia, respecto a la invocada falta de legitimación activa, que la Asociación demandante, al igual que en el presente recurso, acciona al amparo del *artículo 109 de la Ley de Costas* , ejercitando una acción pública, como así lo hace constar expresamente en la demanda. El *artículo 19 de la Ley Jurisdiccional* dispone que están legitimados en el orden contencioso administrativo " *h) Cualquier ciudadano, en el ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes*".

Precepto que hay que conectar con el *artículo 109 de la Ley de Costas*, que en su apartado 1 dispone que " *Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación*". En igual sentido se regula en el *artículo 202 del Reglamento* para el desarrollo y ejecución de la *Ley 22/1988, de Costas* .

Sobre la acción pública en materia de costas se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en diversas sentencias. La STS, de 18 de noviembre de 2003 (Rec. 8111/1999), señala que " *el ejercicio de la acción para salvaguardar los preceptos de la ley, cualquiera que sea el efecto producido sobre el dominio público, está amparado por la acción pública reconocida en el artículo 109 de la Ley de Costas* ". Posteriormente ha precisado en la ulterior STS, de 17 de diciembre de 2003 (Rec. 245/2000) que, a pesar de tan categórica afirmación, no se puede olvidar la literalidad de lo establecido en el *artículo 12.1 de la misma Ley* , que requiere, cuando el deslinde no sea incoado de oficio, que lo sea a petición de cualquier persona interesada. La STS, de 9 de junio de 2004 (Rec. 875/2002), en esa línea, precisa que de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 12 de la Ley de Costas* , la acción de deslinde, de no incoarse de oficio, sólo puede ejercitarse por persona con interés legítimo, ahora bien, una vez practicado y aprobado el deslinde cualquier persona está legitimada para impugnarlo ejercitando para ello la acción pública del *artículo 109*. Y añade, por lo que aquí nos interesa, " *La acción pública viene establecida en esta Ley como instrumento idóneo para evitar la infracción del ordenamiento jurídico en materia de dominio público marítimo-terrestre, razón por la que el apartado segundo del artículo 109 de la Ley de Costas , recogido literalmente por su Reglamento, distingue la infracción sancionable de dicho ordenamiento de aquellos supuestos en que el hecho denunciado no sea materia de expediente sancionador, es decir que contempla también las infracciones no sancionables y, por consiguiente no restringe la acción pública ...al ámbito sancionador*". Más recientemente la STS, de 26 noviembre 2008 (Rec. 5875/2004) no viene sino a reiterar la citada doctrina.

Añadimos en nuestra sentencia de 17 de febrero de 2011 que en supuestos como el presente, considera la Sala que la Asociación demandante está legitimada al amparo del citado *artículo 109 de la Ley de Costas* , y sin que sea preciso demostrar relación alguna con el objeto del pleito, para exigir a la Administración la incoación de un expediente de caducidad de una concesión otorgada en la zona marítimo-terrestre en 1958 para la instalación de la fábrica de pasta de celulosa Kraft, concesión transferida por Orden Ministerial de 6 de mayo de 1959 de la Empresa Nacional de Celulosas de Pontevedra, S.A. Asimismo, está legitimada la Asociación Salvemos Pontevedra, para exigir la apertura de un expediente sancionador contra la entidad que explota la citada fábrica.

QUINTO.- La codemandada también alega la inadmisibilidad del recurso, al no haberse acreditado la representación de la Asociación Salvemos Pontevedra y no haberse unido los estatutos de la misma, conforme a lo preceptuado en el *artículo 45.2.d) y 69.b) de la Ley Jurisdiccional* , causa de inadmisibilidad que también fue alega y resuelta en nuestra sentencia de 17 de febrero de 2011 .

Se imputa a la recurrente falta de legitimación para el ejercicio de la acción por incumplimiento del requisito previsto en el *artículo 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional* , que dispone que al escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se acompañará " *d) el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado*".

El motivo debe seguir la misma suerte que el anterior, por cuanto la Asociación recurrente ha aportado junto con el escrito de interposición de recurso contencioso administrativo, certificación expedida por el secretario de la Asociación del acuerdo adoptado por la Asamblea General Extraordinaria celebrada el día 17 de junio de 2005, en la que acordaba de forma expresa la presentación del recurso contencioso

administrativo contra el silencio administrativo frente al recurso de alzada presentado el 13 de febrero de 2005, y en el trámite de conclusiones se aportó copia de los estatutos, subsanando el defecto alegado por la codemandada.

El silencio de la Administración de costas respecto al recurso de alzada presentado en fecha 13 de febrero de 2005, es lo que constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo y sobre lo que versa la autorización concedida por la Asamblea General Extraordinaria de la Asociación celebrada el 17 de junio de 2005. Escrito que se refiere no sólo a la incoación del expediente de caducidad sino a otras peticiones, a las que lógicamente y aunque no se recojan pormenorizadamente en el acuerdo, se extiende la autorización para recurrir.

SEXTO.- La parte recurrente denuncia la vulneración del *artículo 42 de la Ley 30/92*, con los efectos que se derivan del *párrafo final del artículo 43.2 de la Ley 30/92* que, entiende la recurrente, supone la estimación de lo solicitado por la Asociación en vía administrativa. La codemandada considera, sin embargo, que no se ha producido silencio de la Administración al haber dirigido la Ministra de Medio Ambiente una comunicación al presidente de la Asociación recurrente en fecha 10 de mayo de 2007.

Ahora bien, la comunicación del Ministerio, como se indica en la misma, se realiza " *en contestación a sus escritos de 25 de diciembre de 2006 y 6 de febrero pasado, en relación a varias denuncias* " (limitándose a darle traslado de un informe respecto a la EDAR de Placeres, a la construcción de chales en la zona de servidumbre y a la denuncia sobre unas viviendas en dominio público en el puerto de Sanxenso). Así, sin entrar en otras consideraciones acerca del valor de la misma, no se refiere a las peticiones y escritos de los que trae causa este recurso (de fechas 15 de julio de 2004, con ampliación de 6 de agosto citado año, y de 13 de enero de 2005), frente a los que la Administración guardó silencio sin resolver los mismos, debiendo pronunciarnos sobre el carácter de tal silencio.

La *Ley 30/1992 establece en su artículo 42* la obligación de la Administración de resolver, dictando resolución expresa en todos los procedimientos y en los plazos que fija. Por su parte, en el *artículo 43 (en la redacción dada por la Ley 4/1999)* se regula el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, pautando en el apartado 2 misma " *Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros, facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio*".

Es decir, como recoge la STS de 23 de febrero de 2004, tras la modificación de la *Ley 30 92* por la *Ley 4/1999*, en el nuevo régimen, frente al existente en la LPA, se consagra como regla general el silencio positivo continuando, de este modo, con el sistema instaurado primitivamente en la LRJ-PAC pero, a diferencia de este último y para evitar el «caos» normativo que se había producido en las normativas de adecuación promulgadas por las distintas Administraciones Públicas, se exige que una norma con rango de *Ley o una norma de Derecho Comunitario Europeo establezca el silencio negativo (art. 43.1)*.

En el presente caso, no concurre ninguna de las excepciones previstas en el *artículo 43. 2*, anteriormente citado, para excluir de la regla general del silencio positivo a la petición formulada por la recurrente ante la Administración. En los escritos presentados por la Asociación Salvemos Pontevedra ante el Ministerio de Medio Ambiente no se solicita que se transfieran a la solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o servicio público, al contrario se pretende la caducidad de una concesión de terrenos que constituyen dominio público marítimo terrestre.

Es decir, en aplicación de dicho precepto, nos hallamos ante un supuesto en el que el silencio tiene carácter positivo y, por tanto, la petición formulada por la parte recurrente en vía administrativa debe entenderse estimada por silencio positivo.

Ello no significa, la estimación de la demanda en su integridad, pues en el suplico se formulan peticiones que son contradictorias entre sí o que difieren de lo solicitado en vía administrativa, que es lo que debe tomarse como punto de referencia, o a pretensiones pendientes ante otros Tribunales, incurriendo así la parte, y respecto de algunas de las peticiones, en desviación procesal, dado el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, extremo puesto de relieve en su escrito de contestación a la demanda por ENCE,S.A.

En consecuencia, cabe estimar en parte la solicitud presentada por la recurrente en el escrito presentado el 13 de enero de 2005, condenando a la Administración a la incoación del expediente de caducidad de la citada concesión y a la adopción de todas las medidas legalmente contempladas para la paralización de las actividades y suspensión del uso y explotación de las instalaciones que correspondan, todo ello, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse de la incoación del procedimiento de caducidad. Asimismo, no procede la incoación de los correspondientes expedientes de reposición de la legalidad "urbanística", ya que la infracción de la citada legalidad urbanística, (no de la normativa de costas), queda al margen del presente procedimiento.

Procede, por todo lo expuesto, la estimación parcial de la demanda.

SEPTIMO.- No se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes a los efectos previstos en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por don Juan , como representante de la **Asociación "Salvemos Pontevedra "**, representado por la Procuradora doña María Leocadia García Cornejo, en el sentido de estimar la solicitud formulada en el recurso interpuesto en fecha 13 de enero de 2005 respecto de las peticiones formuladas en escritos presentados el 15 de julio y 6 de agosto de 2004, condenando a la Administración a la incoación del expediente de caducidad de la concesión y a la adopción de todas las medidas legalmente contempladas para la paralización de las actividades y suspensión del uso y explotación de las instalaciones, desestimando el resto de las peticiones formuladas; sin imposición de costas.

Notifíquese a las partes con indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Póngase esta resolución en conocimiento de ENCES.A., y la Abogacía del Estado como interesadas y afectadas por la sentencia, al amparo del artículo 270 LOPJ .

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

LA SECRETARIA JUDICIAL