

Roj: STSJ GAL 6762/2011
Id Cendoj: 15030330022011100796
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Coruña (A)
Sección: 2
Nº de Recurso: 4204/2010
Nº de Resolución: 821/2011
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: CRISTINA MARIA PAZ EIROA
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00821/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN 2ª

PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚMERO 0004204/2010

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

ILMOS. SRS.

Don José Antonio Méndez Barrera

Don José María Arrojo Martínez

Doña Cristina María Paz Eiroa

En la ciudad de A Coruña, a **quince de septiembre de dos mil once** .

Vistos los autos de procedimiento ordinario seguidos ante esta Sala con el número 0004204/2010, sustanciados por el procedimiento ordinario regulado en el Capítulo I del *Título IV de la Ley 29/98, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso -administrativa*, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha promovido el procurador don Antonio Pardo Fabeiro, en nombre y representación de don Constantino , en relación con la desestimación por silencio de la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos de la solicitud formulada en escrito de 17 de septiembre de 2009 de cambio de cultivo de ostra a mejillón a que se destina el vivero "P.P.III" situado en la cuadrícula 51 del polígono de A Redondela.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El procurador don Antonio Pardo Fabeiro, en nombre y representación de don Constantino , interpuso recurso contencioso-administrativo en relación con la desestimación por silencio de la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos de la solicitud formulada en escrito de 17 de septiembre de 2009 de cambio de cultivo de ostra a mejillón a que se destina el vivero "P.P.III" situado en la cuadrícula 51 del polígono de A Redondela, por medio de escrito de 30 de abril de 2010 que se tuvo por interpuesto providencia de fecha 7 de mayo de 2010 por la que se acordó requerir a la Administración la remisión del expediente administrativo en la forma y plazos determinados en el *artículo 48 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso - administrativa* y ordenarle que practicara los requerimientos previstos en el *artículo 49* de la misma.

SEGUNDO .- Habiéndose recibido y examinado el expediente, por resolución de fecha 30 de julio de 2010 se acordó la entrega de copia a la recurrente para que dedujese demanda en el plazo de veinte días;

habiéndose presentado por el procurador don Antonio Pardo Fabeiro, en la representación dicha, escrito de demanda con fecha 5 de octubre de 2010 por el que, después de consignar los hechos y los fundamentos de Derecho que estimaba convenientes, suplicaba que se *"dicte sentencia por la que: / a) Se declare que mi representado ha obtenido, por silencio administrativo positivo, el derecho a cambiar, de ostra a mejilla (sic) , el cultivo del vivero "P.P.III", condenando a la Administración demandada a que otorgue la correspondiente autorización. / b) Subsidiariamente, para el caso de desestimación del anterior pedimento, se declare el derecho de D. Constantino a obtener la autorización para el cambio de especie de cultivo solicitado y, en consecuencia, se ordene a la Administración demandada que proceda al otorgamiento de dicha autorización. / c) Que se condene a la Consellería do Mar de la Xunta de Galicia al pago de las costas procesales"* ; y habiéndose ordenado, en virtud de resolución de fecha 11 de octubre de 2010, el traslado de la misma a la Xunta de Galicia, para que la contestase en el plazo de veinte días.

TERCERO .- El Letrado de la Xunta de Galicia, en la representación de la demandada que legalmente ostenta en este recurso, presentó ante esta Sala escrito de contestación con fecha 17 de diciembre de 2010 por el que, después de consignar los hechos con los fundamentos de derecho que estimaba oportunos, suplicaba que se *"dicte sentencia por la que se desestime la demanda en todos sus pedimentos"* .

CUARTO.- Por providencia de 6 de junio de 2011, se acordó el trámite de conclusiones escritas; habiéndose presentado escrito de conclusiones por las partes, que fue unido a los autos.

QUINTO.- Por providencia de 20 de julio de 2011 se acordó declarar concluso el debate escrito y dejar pendiente el asunto para señalamiento de votación y fallo en el momento en que por su turno le correspondiese.

SEXTO.- Por providencia de 5 de septiembre de 2011 se señaló el día 2 de septiembre del mismo año para la votación y fallo.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente la Ilma. Sra. Doña Cristina María Paz Eiroa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Visto lo actuado, procede considerar:

1º. " La pesca (...) es considerada por el Gobierno de Galicia como un sector estratégico, tanto por su peso económico como por su dimensión social (...) la presente ley debe ser el marco de referencia para definir las líneas estratégicas de actuación, desde la ordenación de los recursos a (...) de manera adecuada para lograr la participación y el cumplimiento de los objetivos (...) En definitiva, se trata de plasmar en un texto con rango de ley una serie de directrices y principios fundamentales que favorezcan la actividad pesquera como una de las más importantes, duraderas y viables de nuestra economía" -Preámbulo de la *Ley 11/2008, de 3 de diciembre* , de pesca de Galicia-. "El objetivo de la acuicultura marina será conseguir el óptimo aprovechamiento del potencial productivo de la acuicultura, respetando el medio ambiente y aumentando y promoviendo la competitividad, así como la mejora de las condiciones de vida y trabajo de las personas que se dedican a esta actividad y la contribución al desarrollo socioeconómico de las comunidades costeras" - *artículo 45 de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre* , de pesca de Galicia-. "Para el fomento y desarrollo de la acuicultura marina, corresponden a la Xunta de Galicia, a propuesta de la consejería competente en materia de acuicultura, las atribuciones siguientes: (...) a) El otorgamiento de los títulos habilitantes para el ejercicio de la actividad de acuicultura" -*artículo 46 de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre* , de pesca de Galicia-. "Para el desarrollo de la actividad de acuicultura en zonas marítimo-terrestres, la consejería competente podrá otorgar una concesión para la explotación en exclusiva de esas zonas a personas físicas o jurídicas" -*artículo 48 de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre* , de pesca de Galicia-. "La consejería competente en materia de acuicultura podrá otorgar concesiones para desarrollar actividades acuícolas en la zona marítimo-terrestre, siempre que se justifique que este sistema de explotación es mejor en la producción de recursos" -*artículo 49.1 de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre* , de pesca de Galicia-. "Las modificaciones o reformas de un proyecto autorizado, así como cualquier modificación de las condiciones establecidas, requerirán autorización de la consejería competente en materia de acuicultura en la forma que reglamentariamente se determine" -*artículo 50.2 de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre* , de pesca de Galicia-.

"La actividad de cultivo de viveros y su evolución hace necesario abordar dicho desarrollo desde una perspectiva organizativa por lo que respecta al uso del espacio marítimo, tanto en lo que se refiere a las técnicas de cultivo como a la relación existente entre dichos cultivos y las demás actividades llevadas a cabo en el dominio público marítimo-terrestre (...) Por otra parte, la alta densidad de los cultivos flotantes existentes en aguas interiores de Galicia, hace imprescindible dictar normas para asegurar que dichos cultivos no supondrán un perjuicio para otras actividades, ni sobre todo para sí mismos. / Por todo ello, la regulación

de las dimensiones, características y otras circunstancias de los viveros, es absolutamente necesaria al objeto de: / a) Garantizar un reparto más equitativo de los recursos naturales, evitando en la medida de lo posible que unos viveros perjudiquen a los otros, y / b) Evitar el deterioro del medio ambiente" -Preámbulo del *Decreto 406/1996, de 7 de noviembre*, por el que se aprueba el Reglamento de viveros de cultivos marinos en las aguas de Galicia-. "A petición del titular y previa solicitud de informe a las organizaciones del sector, la Consellería de Pesca, Marisqueo e Acuicultura podrá disponer el traslado del vivero a otra cuadrícula vacante, siendo este publicado en el Diario Oficial de Galicia, manteniéndose los plazos, derechos y obligaciones del anterior emplazamiento" -*artículo 9º del Decreto 406/1996, de 7 de noviembre*, por el que se aprueba el Reglamento de viveros de cultivos marinos en las aguas de Galicia-.

"A lo largo de la vigencia del título habilitante surgen circunstancias diversas, tales como la variación en las condiciones de la zona de cultivo, fatiga de los materiales que forman la estructura del vivero, incorporación de nuevas especies a la acuicultura o variación en las características del producto que demanda el mercado, lo que conlleva la necesidad de modificar las condiciones señaladas en la disposición inicial de otorgamiento. / Como respuesta a estas *circunstancias, en los arts. 9, 11, 26 y 29 del Reglamento* de viveros de cultivos marinos en las aguas de Galicia, aprobado por el *Decreto 406/1996, de 7 de noviembre*, se señala que la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura podrá autorizar el traslado del vivero a otra cuadrícula vacante, la permuta de puntos de fondeo, la renovación total o parcial de la estructura, el cambio de las especies autorizadas o la realización de cultivos poliespecíficos, previa solicitud por parte del concesionario. / Procede ahora desarrollar los procedimientos que regulen dichas autorizaciones" -Preámbulo de la Orden de 18 de abril de 2001 por la que se regula el procedimiento que regirá la permuta de puntos de fondeo y los cambios de sistema, ubicación y cultivo en los viveros de cultivos marinos-. "Los titulares de concesiones en la zona marítima que deseen modificar la estructura (cambios de sistema), ubicación o especie en viveros de cultivo deberán solicitarlo presentando los modelos de instancia que figuran en los anexos I, II, III y IV a la presente orden" -*artículo 2.1 de la Orden de 18 de abril de 2001* por la que se regula el procedimiento que regirá la permuta de puntos de fondeo y los cambios de sistema, ubicación y cultivo en los viveros de cultivos marinos-. "Las solicitudes irán acompañadas de original o fotocopia cotejada de la siguiente documentación: / 1) Justificante de pago de la correspondiente tasa de tramitación administrativa. / 2) Acreditación de la disponibilidad del seguro indicado en el *art. 65 de la Ley 6/1993, de 11 de mayo*, de pesca de Galicia" -*artículo 3, apartados 1) y 2) de la Orden de 18 de abril de 2001* por la que se regula el procedimiento que regirá la permuta de puntos de fondeo y los cambios de sistema, ubicación y cultivo en los viveros de cultivos marinos-. "Las solicitudes de cambio de ubicación irán acompañadas de una "memoria en la que indicarán la localización y características tanto de la cuadrícula actual como de la solicitada. Se describirán los parámetros que se modifican en la nueva ubicación y las mejoras que se espera conseguir" -*artículo 3.2 de la Orden de 18 de abril de 2001* por la que se regula el procedimiento que regirá la permuta de puntos de fondeo y los cambios de sistema, ubicación y cultivo en los viveros de cultivos marinos-. Las solicitudes de cambio de cultivo irán acompañadas de una "Memoria biológica en la que se incluya tanto la descripción de la especie como las condiciones previstas de producción (procedencia de los alevines y progenitores, en su caso, talla y densidad inicial, alimentación, crecimiento, mortandad, talla y densidad final, producción esperada y sistema de comercialización). Se indicará expresamente si se trata de una ampliación o sustitución de la especie" -*artículo 3.4 de la Orden de 18 de abril de 2001* por la que se regula el procedimiento que regirá la permuta de puntos de fondeo y los cambios de sistema, ubicación y cultivo en los viveros de cultivos marinos-.

La pesca es considerada por el Gobierno de Galicia como un sector estratégico; se trata de favorecerla; el objetivo de la acuicultura marina será conseguir el óptimo aprovechamiento del potencial productivo de la acuicultura, respetando el medio ambiente y aumentando y promoviendo la competitividad, así como la mejora de las condiciones de vida y trabajo de las personas que se dedican a esta actividad y la contribución al desarrollo socioeconómico de las comunidades costeras. La consejería competente en materia de acuicultura podrá otorgar concesiones para desarrollar actividades acuícolas en la zona marítimo-terrestre, siempre que se justifique que este sistema de explotación es mejor en la producción de recursos; las modificaciones o reformas de un proyecto autorizado, así como cualquier modificación de las condiciones establecidas, requerirán autorización de la consejería competente en materia de acuicultura.

La Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura podrá autorizar el cambio de las especies autorizadas, previa solicitud por parte del concesionario. Los titulares de concesiones en la zona marítima que deseen modificar la especie en viveros de cultivo deberán solicitarlo presentando los modelos correspondientes y acompañando una memoria en la que se incluya tanto la descripción de la especie como las condiciones previstas de producción y se indicará expresamente si se trata de una ampliación o sustitución de la especie.

Así es la ley de aplicación.

2º. *"El término "podrá" que emplea el artículo 9 del Decreto 406/1996 no supone que la Administración goce de total discrecionalidad ante la solicitud de que se trate. Pero tampoco las palabras del artículo 58.1 (hoy artículo 45 de la ley de pesca en vigor) de la Ley 6/1993 ("La acuicultura en zona marítima tendrá por objetivo lograr el óptimo aprovechamiento del potencial productivo de la misma") suponen que toda solicitud de cambio de ubicación de un vivero tenga que ser atendida si supone un aumento de su productividad; y es que las siguientes palabras del precepto, al referirse a que las concesiones para la instalación de viveros pueden otorgarse "en las áreas o puntos previamente señalados por la Consellería" y "siempre dentro de los límites que permitan un aprovechamiento racional de los recursos", ponen de manifiesto el carácter esencial de la ordenación de los viveros. De modo que una vez que se culmina una reordenación de los polígonos los traslados de un vivero a otro distinto no pueden obedecer simplemente a la mejor calidad de las aguas de éste y a la consecuente mayor productividad, pues esas diferencias son la normal consecuencia de su diversa situación dentro de las rías" - sentencia de este tribunal de 4 de febrero de 2010 dictada en el procedimiento ordinario 4267/2007 que reitera la anterior de 14 de enero de 2010 en las actuaciones de procedimiento ordinario seguidas con el número 4232/2008-*

Así la Jurisprudencia de esta Sala interpretando lo dispuesto en la Ley.

3º. El Administrado deberá solicitar el cambio de cultivo presentado el modelo y acompañando, además de los documentos generales exigidos por la legislación específica aplicable, una memoria; la Administración "podrá" autorizar el cambio solicitado en la forma y para los fines previstos en la Ley.

La ley faculta a la Administración para disponer el cambio de cultivo del vivero. Tal potestad, como todas, se ha de ejercer de forma razonada.

Así procede concluir.

SEGUNDO.- Según el folio 1 del expediente administrativo, don Constantino , después de razonar que *"(...) la implantación del vivero (...) ha resultado un fracaso económico por la falta de rentabilidad del cultivo ostrícola debido (...) Esa Administración es conocedora (...) de la falta de rendimiento de las bateas de ostra (...) también, es conocedora de la escasez de semilla de mejillón y de los problemas para su obtención (...) D. Constantino es, a su vez, titular de 13 bateas de cultivo de mejillón fondeadas en la Ría de Vigo (...) El cambio que se solicita es posible porque, además de poder conseguirse a través del mismo una explotación económica racional y eficaz de los recursos marinos, no va en contra de la capacidad de producción del mejillón (...) La Reordenación (...) ha repercutido positivamente (...) existen unas novecientas cuadrículas vacantes para el fondeo de otras tantas bateas destinadas al cultivo de mejillón (...)"* , solicita que *"se dicte resolución por la que se autorice el cambio de cultivo de ostra a cultivo de semilla de mejillón ("mejilla") del vivero flotante (batea) "P.P.III"* .

Si bien en la solicitud se expresan las razones en que se concreta y va acompañada, entre otros documentos, de una memoria biológica, en esta memoria no se incluyen, al menos con referencia concreta a la batea del caso ubicada en la cuadrícula 51 del Polígono A de Redondela -folios 55 al 58 del expediente-, la descripción de la especie ni las condiciones previstas de producción (procedencia de los alevines y progenitores, en su caso, talla y densidad inicial, alimentación, crecimiento, mortandad, talla y densidad final, producción esperada y sistema de comercialización), en los términos del artículo 3.4 de la Orden de 18 de abril de 2001 por la que se regula el procedimiento que regirá la permuta de puntos de fondeo y los cambios de sistema, ubicación y cultivo en los viveros de cultivos marinos.

En esta vía jurisdiccional, la demandante no propuso prueba sobre esos extremos. La propuesta también se refiere al cultivo de ostra y mejillón en Galicia sin concreción por referencia a la producción del caso.

No resultaba que se daban los presupuestos que conllevaban la necesidad de modificar las condiciones señaladas en la disposición inicial de otorgamiento.

Era razonable denegar lo que se solicitó.

No hay base para la anulación de la desestimación por silencio de la petición.

Procede la desestimación de la impugnación.

TERCERO.- En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad -artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa-.

No se estima que se interpuso el recurso con mala fe o temeridad.

No ha lugar a la imposición de costas.

Por lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador don Antonio Pardo Fabeiro, en nombre y representación de don Constantino , en relación con la desestimación por silencio de la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos de la solicitud formulada en escrito de 17 de septiembre de 2009 de cambio de cultivo de ostra a mejillón a que se destina el vivero "P.P.III" situado en la cuadrícula 51 del polígono de A Redondela; sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que es susceptible de recurso de casación, que se preparará ante esta Sala en el plazo de diez días contados desde el siguiente al de su notificación.

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

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente D^a Cristina María Paz Eiroa, al estar celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en el día de su fecha, de lo que yo, Secretaria, certifico.