



Roj: **STSJ CAT 11498/2021 - ECLI:ES:TSJCAT:2021:11498**

Id Cendoj: **08019330032021100778**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **23/12/2021**

Nº de Recurso: **275/2018**

Nº de Resolución: **5150/2021**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **ESTEFANIA PASTOR DELAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº : 275 /2018

PARTES:

PARTE ACTORA - CAMPING VORA MAR . SA

PARTE DEMANDADA - SECRETARIA GENERAL TÉCNICA DEL MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA .

SENTENCIA 5150

Ilustrísimos Señores:

Presidente

D. MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

Magistrados

D. FRANCISCO LÓPEZ VÁZQUEZ.

Dña. ESTEFANÍA PASTOR DELÁS .

En Barcelona a veintitrés de diciembre de dos mil veintiuno .

Visto por esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 275 / 18 interpuesto por el Procurador Don Ignacio Lopez Chocarro en nombre y representación de Camping Vora Mar SA contra la Resolución de la Secretaria General Técnica del Ministerio para la Transición Ecológica de 1 de Octubre de 2018 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por el Camping Voramar SA , contra la Resolución del Servei Provincial de Costas en Gerona de 16 de Marzo de 2018.

Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones, la Secretaria General Técnica del Ministerio para la Transición Ecológica .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado el 30 de Noviembre de 2018 acordándose mediante decreto de 14 de Enero de 2019 su admisión a trámite como procedimiento ordinario y la reclamación del expediente administrativo.



SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 9 de Noviembre de 2019 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando " *que se dicte sentencia estimatoria del recurso y en consecuencia :*

* Revise la resolución sancionadora y la resolución del recurso de alzada impugnadas , anulándolas y dejándolas sin efecto .

* Declare el reconocimiento de la situación jurídica individualizada de la actora en cuanto a su no intervención en al formación de la escollera que ese cita en la resolución y dejando sin efecto tanto la resolución recaída en el expediente ES 09-02 , como las resoluciones ulteriores de 8-10-2010 y de 21-2-2013 citadas expresamente en la resolución sancionadora impugnada , en lo que respecta a la orden de retirada de la citada escollera .

* Con carácter subsidiario respecto de la primera pretensión , revise los actos impugnados y si la Sala considera que puede haber existido una infracción de la normativa de costas , determine su carácter leve y establezca una sanción de 500 euros como máximo .

* Imposición de costas procesales a la parte demandada en el supuesto de estimación del recurso "

TERCERO.- La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado el 12 de Febrero de 2020, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando " *se desestime el recurso contencioso administrativo , se confirme la resolución recurrida y se impongan las costas al recurrente "*

CUARTO.- Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó dicho trámite mediante auto de 16 de Noviembre de 2020 y se ha practicado la prueba admitida de la propuesta por las partes, con el resultado que consta en los autos.

Concluso el término probatorio, se dio traslado a las partes, por su orden, para que formularan conclusiones, trámite que evacuaron mediante la presentación de sendos escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 25 de Noviembre de 2021 fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo ponente del presente recurso el Ilmo. Sr. Doña Estefanía Pastor Delás quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- RESOLUCIÓN RECURRIDA .

Es objeto del presente recurso contencioso administrativo *la Resolución de 1 de Octubre de 2018* de la Secretaria General Técnica del Ministerio para la Transición Ecológica resolutoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de expediente sancionador SAN 01 / 17 / 17 / 0023 de 16 de Marzo de 2018.

SEGUNDO - ALEGACIONES DE LAS PARTES _:

Parte Demandante : La parte actora sostiene en fundamento de su pretensión :

I) se ha producido una alteración de los hechos imputados y de la valoración de los mismos en la propuesta de resolución respecto del boletín de denuncia y del pliego de cargos .II) en la resolución sancionadora no se tuvieron en cuenta las pruebas propuestas ocasionando indefensión a la parte . III) con la actuación de salvaguarda de la estabilidad de la finca privada del camping no se afectó el dominio público marítimo - terrestre ni se interrumpió la servidumbre de tránsito .IV) vulneración de los principios de tipicidad y culpabilidad , los hechos denunciados no se pueden subsumir en las conductas tipificadas en las que se basan la propuesta de resolución y la resolución . V) cálculo arbitrario tanto del importe de la sanción como del beneficio económico de la actuación discutida . VI) revisión de la orden de retirada de la escollera por no ser el titular del camping quién construyó la misma en su momento .

Parte Demandada : La Abogada del Estado sostiene su oposición al recurso contencioso administrativo en base a las siguientes consideraciones : I) presunción de veracidad no desvirtuada por el recurrente del boletín de denuncia como de los informes de seguimiento , aportándose además reportaje fotográfico y plano de situación para acreditarlo . II) la propuesta de resolución no ha alterado los hechos imputados respecto del boletín de denuncia , al no ser incluido en la primera hecho adicional alguno respecto de éste último . III) fue corregido el error observado en el informe de 27-7-2017 del Jefe del Servicio de Gestión del dominio público marítimo - terrestre en el que se había utilizado una representación errónea del deslinde vigente , dicha circunstancia no ha sido generadora de indefensión por haberse producido en la fase de instrucción



del expediente habiendo tenido lugar el correspondiente trámite de audiencia con al efectiva presentación de alegaciones por la parte recurrente por escrito de 20-2-2018. IV) es posible la modificación de la valoración jurídica de los hechos en la fase posterior de resolución del expediente , de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 211-14 del Reglamento General de Costas . V) correcta valoración del importe de la sanción y existencia de un beneficio por los hechos denunciados siendo el mismo objeto de devolución .VI) inexistente vulneración del principio de tipicidad .

TERCERO - SOBRE LOS HECHOS :

Para el mejor comprensión del asunto se procede a concretar los hechos , en virtud de lo consignado en el expediente administrativo y en el procedimiento , siendo éstos los siguientes :

El establecimiento Camping Voramar se encuentra ubicado en la calle Avenida de Madrid número 37 y la playa de S' Abanell de Blanes .

En fecha de 3 de Abril de 2017 , el Servicio de Vigilancia de Costas denuncia a la entidad Camping Voramar por la realización de " Obras consistentes en vertido de 180 m³ de tierras y piedras , en la zona marítimo terrestre y de servidumbre de tránsito y de protección , así como el cerramiento de 40 m² de zona marítimo terrestre y 240 m² de servidumbre de tránsito , con riesgo de provocar accidentes a la personas , entre los hitos M- 8 y M- 9 , en la playa de S' Abanell , en el término municipal de Blanes - Gerona

Se inicia el procedimiento sancionador el 12 de Septiembre de 2017 y se procede : el acuerdo de iniciación del expediente y el pliego de cargos son notificados a los interesados el 14 de Septiembre de 2017, se presentan alegaciones en fecha de 2 de Octubre de 2017 y se dicta resolución sancionadora por el Jefe del Servicio Provincial de Costas con fecha de 16 de Marzo de 2018 por la que se acordó la imposición de una multa por importe de 5.801 euros así como la entrega a la Administración del beneficio ilegal obtenido que se cifra en 1.815 euros así como la restitución del terreno a su primitivo estado .

Dicha Resolución fue notificada a la entidad interesada en fecha de 29 de Marzo de 2018 que la recurre en alzada siendo desestimada por Resolución de 1 de Octubre de 2018.

CUARTO - SOBRE LOS ACTOS DE TRÁMITE -

I) Alteración de los hechos y de la valoración jurídica de la propuesta de resolución respecto del boletín de denuncia y del pliego de cargos .

De la mera comprobación material del expediente consta que :

En el *Boletín de Denuncia* de 3- 4-2017 , se procede a la descripción de los hechos del siguiente modo : " abocamiento de tierras y piedras , sin permisos en el mar , en ZMT , tránsito y protección , 160 metros cúbicos , se están colocando los palos , para cerramiento del camping en 40 metros , se ha cerrado 40 m cuadrados de ZMT y 240 metros cuadrados de la zona de tránsito " .

En el *Pliego de Cargos* del 1 - 8 - 2017 dispone : " realización de obras en zona de servidumbre de tránsito y servidumbre de protección "del dominio público marítimo terrestre " con depósito de piedras y tierra formando escollera y colocación de valla metálica junto a los hitos M-8 y M- 9 playa de S'Abanell , término municipal de Blanes " . Y tipifica los hechos como " infracción administrativa tipificada como leve en el artículo 91.d) de la Ley 22 / 1988 de 28 de Julio de Costas (d) El incumplimiento de lo establecido en materia de servidumbres y de las determinaciones contenidas en las normas aprobadas conforme a esta Ley) así como el artículo 192 ,d) del Reglamento General de Costas ..."

En la *Propuesta de Resolución* 13 de Diciembre de 2017 se afirma que las obras fueron ejecutadas en terrenos de dominio público marítimo - terrestre y de servidumbre de tránsito , con una pequeña afectación de resto de la zona de servidumbre de protección , tal y como se informaba en la denuncia inicial del Vigilante de Costas .Y se tipifican los hechos como la ejecución no autorizada de obras en dominio público , la interrupción de la servidumbre de tránsito , la realización de construcciones no autorizadas en zonas de servidumbre de tránsito y de protección y acciones que implican un riesgo para la seguridad de las personas , clasificadas como infracciones graves en los apartados c, f, g y h del artículo 90-2 de la LC , por lo que debe corregirse la tipificación como leve efectuada en la incoación del expediente .

Realizaremos a continuación las siguientes consideraciones , tras el cotejo de los tres elementos anteriores :

Primero - el boletín de denuncia tiene por objeto la simple descripción de los hechos , no existiendo en éste momento embrionario de lo que podría ser el inicio de un procedimiento sancionador , calificación jurídica de los mismos .



Segundo - el pliego de cargos según el artículo 211- 7 RC tiene el siguiente contenido " El Instructor formulará el pliego de cargos que contendrá una exposición de los hechos imputados, los preceptos supuestamente infringidos, los daños causados y las sanciones que proceden, así como el resultado de las pruebas, en el caso de que se hubiesen practicado ", teniendo por otra parte la naturaleza de acto de trámite inicial e indiciario del procedimiento sancionador en el que se le dá al sujeto sobre el que recae la posibilidad de defensa sobre la tipificación de la conducta que conlleva .

Tercero - la propuesta de resolución no resulta vinculada a lo previamente establecido en el pliego de cargos en cuanto a la calificación jurídica de los hechos , así recordemos que la STC 117 / 2002 , STS 5ª, 23-11-2000 , rec 103 / 1999 : " Sometimiento por parte de la propuesta de resolución al contenido del acto de iniciación o pliego de cargos que solo afecta a la persona imputada y al hecho esencial que se considera sancionable ,pero no a la calificación jurídica del hecho imputado ni a la sanción aplicable , que sí pueden modificarse en al propuesta de resolución como consecuencia de la instrucción realizada "

Efectuando una aplicación de lo expuesto al caso concreto , entendemos que no ha existido como afirma el recurrente un cambio respecto del contenido de la propuesta de resolución en comparación con el boletín de denuncia que no califica los hechos, sólo los describe y con el pliego de cargos , al no estar afectada la propuesta de resolución a la calificación establecida en el mismo , infracción leve del artículo 91 d LC frente a la grave del artículo 90-2 LC .

Por otra parte la conducta tipificada es la misma en los tres supuestos , realización de obras no autorizadas en la zona de dominio publico marítimo terrestre , servidumbre de tránsito y de protección .

II) Indefensión -

Alega la recurrente que se ha procedido a causarle indefensión cuando no se ha procedido a la valoración de la pruebas aportadas por ella , se deduce que se refiere a las manifestaciones efectuadas en su escrito de alegaciones de fecha de 30 de Septiembre de 2017 tras la notificación de pliego de cargos de fecha 1- 8-2018 .

No habiéndose producido la misma cuando tal como declara el TS en Sentencia de 11 de Octubre de 2012 , Rec . 408 / 2010 no se produce indefensión " si el interesado ha podido alegar y probar en el expediente cuanto ha considerado oportuno en defensa de sus derechos y postura asumida " Y así ha ocurrido en el presente caso cuando la entidad Camping Voramar pudo presentar alegaciones al pliego de cargos el 5-10-2017 - folio 31 a 40 expediente - y alegaciones a la propuesta de resolución de 20 de Febrero de 2018 pudiendo defenderse .

Debiendo ser este motivo desestimado .

QUINTO - SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO -

Primero - Vulneración del principio de tipicidad .

La Resolución Sancionadora de 19 de Marzo de 2018 asumiendo el contenido de la propuesta de resolución de 13 de Diciembre de 2017 , imputa a la entidad Camping Voramar la ejecución no autorizada de obras consistentes en un vertido de tierras y piedras en el mar , en zona marítimo terrestre y de servidumbre de tránsito y protección , así como el cerramiento de 40 m2 de zona marítimo terrestre y de 240 m2 de servidumbre de tránsito con riesgo de provocar accidentes a las personas , en la playa de S ' Abanell en el término municipal de Blanes .

Dichos hechos son tipificados como infracción grave de las tipificadas en el artículo 90-2 c) f) g) y h) de la Ley de Costas y concordantes de su Reglamento , así "c) La ejecución no autorizada de obras e instalaciones en el dominio público marítimo-terrestre, así como el aumento de superficie, volumen o altura construidos sobre los autorizados.f) La interrupción de los accesos públicos al mar y de la servidumbre de tránsito.g) La realización de construcciones no autorizadas en las zonas de servidumbre de protección y tránsito y acceso al mar.h) Las acciones u omisiones que impliquen un riesgo para la vida, salud o seguridad de las personas, siempre que no constituyan delito y, en todo caso, el vertido no autorizado de aguas residuales."

Y RESUELVE :

" 1- Imponer a CAMPING VORAMAR SA una sanción de cinco mil ochocientos un euros (5.801 E) y ordenar la entrega del beneficio obtenido , estimado en mil ochocientos quince (1.815 E) lo que supone un importe total de siete mil seiscientos dieciséis euros (7.616 E) que deberá ser abonado conforme a los plazos establecidos en el artículo 62 de la Ley General Tributaria 58/2003 de 17 de Diciembre , contados a partir de que la resolución sea firme en via administrativa .

2- Ordenar la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior en el plazo de un mes , procediendo a la retirada del vallado , tierras y piedras objeto de este expediente , así como de la escollera y otros elementos ,



subsistentes en la actualidad , sancionados en el expediente ES09-02 y cuya extracción y retirada fueron ordenadas por Resoluciones de 8-10 -2010 y 21-02-2013 ,pendientes de cumplimiento " .

Desde un punto de vista probatoria se emite un *Informe Pericial de 20 de Enero de 2021* , cuyo objetivo es la elaboración de un plano topográfico de la zona del camping voramar para identificar visualmente las líneas correspondientes a la delimitación de la zona marítimo terrestre vigente en las fecha de 3 de Abril de 2017 hasta la fecha de emisión del informe , llegando en el mismo a las siguientes CONCLUSIONES :

* " por lo que hace al cierre de la parcela propiedad del Camping Voramar mediante una valla metálica desmontable , no invade la zona de servidumbre de tránsito , tanto la valla del año 2017 como la valla actual se encuentran dentro de la franja de los 20 metros de servidumbre de protección .Debido al temporal Gloria el uso de la parcela privada ha perdido unos 10 m al lateral Oeste y unos 13 metros al lateral Este .

* Por lo que hace la escollera en el año 2017 estaba construida casi toda en su totalidad en la franja de servidumbre de tránsito y ahora debido al temporal la parte de la coronación de la escollera se ha deslizado hacia la playa traspasando el límite de dominio público marítimo terrestre .

* Por lo que hace a la servidumbre de protección coincide bastante con una orilla existente , pudiendo considerar una buena referencia física sobre el terreno . "

Concluimos que la tipificación de los hechos es correcta en atención a la valoración de las siguientes pruebas :

Primero - la denuncia del vigilante de costas en cuanto a los hechos acaecidos que goza de presunción de veracidad de su contenido , mientras no se desvirtue de contrario y no se ha hecho por el recurrente .Siendo de aplicación el artículo 77-5 LPCAP 39 / 2015 donde se manifiesta que los documentos formalizados por los funcionarios a los que se les reconozca la condición de autoridad y en los que observándose los requisitos legales correspondientes , se recojan los hechos constatados por aquellos , harán prueba de éstos salvo que se acredite de contrario .

Segundo - el mismo informe pericial anteriormente transcrito que delimita las zonas afectadas , la valla metálica invade la servidumbre de protección y la escollera se extiende a la zona de dominio público marítimo terrestre .

Tercero - la falta de titulo administrativo habilitante para las actuaciones ejecutadas infringiendo el artículo 31-2 LC que dice " los usos que tengan especiales circunstancias de intensidad , peligrosidad o rentabilidad y los que requieran la ejecución de obras e instalaciones sólo podrán ampararse en la existencia de reserva , adscripción , autorización o concesión , con sujeción a lo previsto en esta Ley , en otras especiales , en su caso y en las normas generales o específicas correspondientes , sin que pueda invocarse derecho alguno en virtud de usucapión , cualquiera que sea el tiempo transcurrido " dado que en ningún momento se ha aportado por el recurrente .

Segundo - Arbitrariedad en la determinación de la sanción y en la fijación del beneficio económico -

El recurrente sostiene que " el importe de la sanción se basa en un cálculo arbitrario , prescindiendo del coste acreditado mediante la correspondiente factura legal de la actuación denunciada .

La determinación de la sanción y la fijación del beneficio económico por parte de la Administración en la resolución sancionadora se efectua del siguiente modo atendiendo al régimen legal vigente :

I) la sanción base se calcula en atención al tipo infractor cometido conforme al artículo 201- c) del RC 876/2014 "c) En los supuestos de los apartados c), g) y j) del artículo 90.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, y concordantes de este reglamento: Multa del 50 por ciento del valor de las obras e instalaciones cuando estén en dominio público o en la zona de servidumbre de tránsito o de acceso al mar, y del 25 por ciento en el resto de la zona de servidumbre de protección, con un mínimo de 300 euros"

II) el beneficio obtenido se determina en base a lo dispuesto en los artículos 197 y 203 RGC y su cálculo se efectua conforme al artículo 181.3.a.1ª del RCG .

No consideramos arbitraria como indica el recurrente la determinación de los anteriores extremos por la Administración cuando la fijación de los importes se realiza con un fundamento legal , tal como se ha explicado y se ha procedido conforme a los porcentajes establecidos en la norma , prescindiendo de la factura presentada por el Camping Voramar sobre el coste de la obra ejecutada , cuando dicho criterio no es el que se debe tener en cuenta según la normativa vigente .

Tercero - Restitución de la escollera .



Respecto de la escollera hemos de afirmar que por Resoluciones de 8-10-2010 y 21-2-2013 se resolvió en contra del recurrente resultando obligado a su retirada , no se ha efectuado y se encuentra pendiente su ejecución .

Por ello entendemos que el Camping Voramar aunque no haya construido la escollera ,se apoya en ella , adquiere la finalidad de la misma , sirviéndose de un elemento y haciéndolo propio , uniéndose por tanto la escollera con los materiales ahora objeto de sanción .

No puede estimarse tampoco el presente motivo dado que no es objeto del presente procedimiento ni la determinación de la titularidad de la escollera que por otra parte no se discute ni la retirada de la misma .

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

SEXTO .-COSTAS PROCESALES .

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este procedimiento a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, al no apreciarse que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de estas o hasta una cifra máxima" y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de tres mil euros (3000 €), mas la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

" DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por el Procurador Don Ignacio Lopez Chocarro en nombre y representación de Camping Vora Mar SA contra la Resolución de la Secretaria General Técnica del Ministerio para la Transición Ecológica de 1 de Octubre de 2018 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por el Camping Voramar SA , contra la Resolución del Servei Provincial de Costas en Gerona de 16 de Marzo de 2018 ".

Se condena al pago de las costas causadas en el presente recurso a la parte demandante con el límite establecido en el fundamento último .

Notifíquese esta resolución conforme dispone el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, expresando que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cumpliendo los requisitos establecidos en los artículos 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, conforme previene la Ley y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.