Roj: STS 777/2014 - ECLI:ES:TS:2014:777
Id Cendoj: 28079130052014100052
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 3732/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil catorce.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº 3732/2011 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 23 de marzo de 2011 (recurso contencioso-administrativo 660/2007). Se ha personado en las presentes actuaciones, como parte recurrida, la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES, representada y asistida por la Letrada de sus servicios jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Administración del Estado interpuso recurso contencioso-administrativo contra los decretos número 25 a 38, todos ellos de fecha 39 de marzo de 2007, de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, por los que se aprueban los planes de gestión de los lugares de importancia comunitaria (LIC) siguientes:

1- Decreto 25/2007. Sa Dragonera.

2- Decreto 26/2007. Área Marina del Sud de Menorca.

3- Decreto 27/2007. Arxipélag de Cabrera. Secció Area Costanera de Mitjorn de Mallorca.

4- Decreto 28/2007. D'Addaia a s'Albufera i s'albufera des Grau.

5- Decreto 29/2007. Area marina del Nord de Menorca.

6- Decreto 30/2007. Montanyes d'Artà.

7- Decreto 31/2007. Badies de Pollença i Alcudia.

8- Decreto 32/2007. Cap de Barbaria.

9- Decreto 33/2007. Cap Enderrocat-Cap Blanc.

10- Decreto 34/2007. Es Vedrà- Vedranell.

11- Decreto 35/2007. La Mola.

12. Decreto 36/2007 Llevant de Mallorca.

13- Decreto 37/2007. Illots de Ponent d'Eivissa.

14 Decreto 38/2007. Tagomago.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó sentencia con fecha de 23 de marzo de 2011 (recurso contencioso-administrativo 660/2007) en cuya parte dispositiva se desestima el recurso y se declaran conformes a derecho las disposiciones impugnadas, sin hacer imposición de las costas procesales.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

SEGUNDO.- La referida sentencia, después de relatar en su fundamento de derecho primero los "antecedentes fácticos" que se consideran relevantes, ofrece el siguiente resumen de los argumentos de impugnación y de oposición aducidos por los litigantes:

<< (...) La Administración General del Estado fundamenta el recurso en que los 14 decretos impugnados regulan la gestión de los LIC cuyo ámbito comprende tanto el espacio terrestre como el espacio marino, obviando que de conformidad con la sentencia Nº 38/20002, del Tribunal Constitucional, es necesario acreditar la continuidad ecológica entre los dos espacios para admitir, con carácter excepcional, la extensión de la competencia de la comunidad autónoma en materia de protección de los espacios naturales al mar, ya que ni el Estatuto de Autonomía de Illes Balears incluye las aguas marinas en la definición del territorio, ni atribuye competencias específicamente en materia de espacios protegidos marinos, como requiere la citada sentencia.

En particular se hace referencia a que el LIC "Badies de Pollença i Alcudia" limita la zona de fondeo con infracción del art. 96.2º de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre , de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, se opone al recurso, alegando:

1º) que los planes de gestión ahora impugnados son la consecuencia de la previa aprobación definitiva de los LIC ya efectuada en acuerdo de 03.03.2006, el cual no fue impugnado por el Estado pese a serle remitido, y en el que ya se contemplaba su extensión sobre el espacio marítimo.

2º) que si bien es cierto que no se cumplimentó el requerimiento estatal para acreditar la conectividad ecológica del medio terrestre insular con las áreas marinas adyacentes, sin embargo el informe se elaboró en fecha 04.09.2007 y se adjunta al escrito de contestación a la demanda, con lo que quedaría así justificada la intervención autonómica en la gestión del espacio marino adyacente al terrestre>>.

Así planteado el debate, el fundamento segundo de la sentencia reseña la jurisprudencia de esta Sala -STS de 2 de julio de 2008 - y la doctrina del Tribunal Constitucional - SsTC 38/2002 - en la que se declara que las competencias autonómicas sobre el mar territorial tienen un carácter excepcional. A partir de ahí, la sentencia delimita del modo siguiente la cuestión a dilucidar:

<< (...) En consecuencia, de conformidad con la anterior doctrina, sólo en ocasiones excepcionales debidamente justificadas y acreditadas, cabe ejercitar competencias autonómicas sobre el mar territorial, sin que la competencias autonómica en la "ordenación del litoral" puedan alterar lo anterior, lo que ha venido a reforzarse con la redacción dada al art. 114 de la Ley de Costas por la Ley 53/2002 , conforme al cual "la competencia autonómica sobre ordenación territorial y del litoral, a la que se refiere el párrafo anterior, alcanzará exclusivamente al ámbito terrestre del dominio público marítimo-terrestre, sin comprender el mar territorial y las aguas interiores".

Las competencias autonómicas en materia de "protección del medio ambiente, ecología y espacios naturales protegidos" lo es "sin perjuicio de la legislación básica del Estado" (art. 30 . 46 del Estatuto de Autonomía de Illes Balears en redacción dada por LO 1/2007, de 28 de febrero , lo que en definitiva nos revierte al examen para el caso concreto de si concurre acreditación de la continuidad ecológica entre los dos espacios para admitir, con carácter excepcional, la extensión de la competencia de la comunidad autónoma en materia de protección de los espacios naturales al mar>>.

La proyección al caso que se examina de la jurisprudencia y doctrina constitucional que la Sala de instancia reseña la lleva a cabo el fundamento tercero de la sentencia, del que extraemos los siguientes párrafos:

<< (...) Aunque la Administración estatal recurrente no precise diferencias entre aguas interiores y mar territorial en la regulación por medio de los planes de gestión impugnados, debemos aclarar que de los anexos cartográficos aportados al escrito de contestación a la demanda, se desprende que en algunos de los LIC (como por ejemplo en LIC Montanyes d'Artà), se advierte como el ámbito espacial del LIC se proyecta no sólo sobre las aguas interiores sino también sobre las aguas exteriores. Por ello será necesario que, tras reconocerse de principio la falta de competencias autonómicas sobre el mar territorial, sólo quepa mantener la legalidad de la intervención cuando "las circunstancias y características específicas del espacio a proteger pueden demandar, en ocasiones excepcionales, que el mismo se extienda en alguna medida sobre el mar territorial, singularmente cuando así venga exigido por la continuidad y unidad de dicho espacio físico" (STC 38/2002). En definitiva, la Comunidad Autónoma que pretende declarar y gestionar espacios naturales protegidos en el mar, debe acreditar la continuidad ecológica entre el espacio terrestre y el espacio marino adyacente.

Pues bien, pese a que dicha justificación -que fue lo demandado por el Estado en requerimiento de 25.06.2007-no se elaboró ni remitió dentro del plazo concedido, al escrito de contestación a la demanda se adjunta un informe de la Jefe de Servicio de Proyectos de la Conselleria de Medi Ambient del Govern de les Illes Balears, de fecha 04.09.2007, en el que se expresa el fundamento científico de la continuidad ecológica entre la parte terrestre y la parte marina de los LICs aquí discutidos...>>.

En el mismo fundamento tercero la Sala de instancia transcribe varios párrafos de ese informe de los servicios técnicos de la Consejería de fecha 4 de septiembre de 2007; y, a continuación la Sala sentenciadora afirma:

<< (...) No obstante, entendemos que lo más relevante es que la parte demandada propuso como prueba testifical la declaración de la técnica autora del informe para que se ratificase en el mismo y, en particular, para que respondiese a las posibles aclaraciones que formulase la Administración General del Estado y que de este modo el informe arriba extractado se sometiese a contradicción.

Pues bien, la representación de la Administración General del Estado no consideró oportuno asistir a la prueba ni por ello efectuar aclaraciones al referido informe justificativo. Tampoco en el escrito de conclusiones realiza objeción alguna al contenido del referido informe, lo que no cabe sino interpretarlo como expresión de que se da por satisfecha con la justificación dada en el mismo, que no era otra cosa que lo que se pedía en el requerimiento de fecha 25.06.2007. Recordemos: "... *que proceda a la justificación y acreditación de la necesaria continuidad ecológica entre los espacios terrestre y marino afectados por los Decretos requeridos, en los términos de la* sentencia 38/2002 del Tribunal Constitucional *".*

Procede así, la desestimación del recurso en lo que constituye su argumento principal.

Por último, en cuanto a la vulneración de las competencias estatales en materia de puertos, que también se alegaba en la demanda, el fundamento cuarto de la sentencia expone lo siguiente:

<< (...) CUARTO.- LA VULNERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS ESTATALES EN MATERIA DE PUERTOS.

En el penúltimo de los fundamentos jurídicos de la demanda se invoca que por medio del Decreto 31/2007 (Badies de Pollença i Alcudia), se establece un plan de gestión que vulnera las competencias estatales en materia de Puertos de Interés General (Art. 149 .1.-20ª). El Puerto de de Alcudia, comprendido dentro del indicado LIC, lo es de interés general.

En concreto, se invoca que la prohibición de fondeo establecida en el plan de gestión de este concreto LIC es incompatible con las competencias estatales para la ordenación de los usos portuarios.

La Administración demandada ninguna alegación ha efectuado al respecto ni en el escrito de contestación a la demanda ni en el de conclusiones.

Conforme al art. 96 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre , de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, la ordenación de la zona de servicio de los Puertos de Interés General corresponde a la Autoridad Portuaria (en este caso la de Illes Baleares) y esta zona de servicio no comprende únicamente los espacios de agua abrigados por los diques, sino también la "Zona II" o exterior a las aguas portuarias necesarias para el desarrollo de los usos portuarios, incluidas las de reserva.

Pues bien, el Decreto 31/2007 (Badies de Pollença i Alcudia) establece en su art. 6 una regulación de los fondeos sin salvedad alguna a las competencias estatales sobre dicho espacio, lo que sugeriría vulneración de las competencias estatales.

No obstante, verificado el plano anexo 4, se advierte como se delimitan dos zonas. Una de "fondeo regulado" en el que efectivamente se establecen restricciones al fondeo, pero que no afecta a la zona de servicio del Puerto de Alcudia; y una zona de "fondeo libre condicionado", que se corresponde con el resto del LIC en el que sí está el Puerto de Alcudia.

Como quiera que para la zona de "fondeo libre condicionado" en la norma impugnada únicamente se contempla la inculcación de la "buena práctica" de evitar "en lo posible" el fondeo sobre praderas de posidonia oceánica, no cabe entender que con ello se vulneran las competencias de ordenación de la Autoridad Portuaria del Estado sobre la zona de servicio del Puerto de Alcudia ya que no se impone obligatoriamente una actuación que pueda contravenir las disposiciones u órdenes del órgano estatal competente, las cuales, siempre tendrían carácter prevalente frente a la simple recomendación del art. 6 del Decreto 31/2007 >>.

Por todo ello, la sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación de la Administración del Estado preparó recurso de casación y luego lo interpuso mediante escrito presentado el 15 de septiembre de 2011 en el que aduce dos motivos de casación, ambos al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción . El enunciado de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Infracción de los artículos 149.1.9 ª y 23ª de la Constitución , 11.5 y 13 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears de 25 de febrero de 1983, 21.1 y disposición adicional 5ª de la Ley 4/1989, de 28 de marzo , y 30.46 del EA de las Illes Balears de 28 de febrero de 2007. La parte recurrente aduce que no cabe entender que se haya producido un desistimiento tácito -que, según entiende, le achaca la sentencia por no haber asistido a la prueba practicada y no haberse opuesto a ella en el escrito de conclusiones- pues tal desistimiento tácito no esta admitido en el proceso civil, ni en el contencioso-administrativo que está regido por el interés público. La continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección ha de estar avalada por la mejor evidencia científica existente, lo que no sucede en el caso de autos.

2.- Infracción del artículo 149.1.20ª de la Constitución , por entender la recurrente que uno de los decretos impugnados en el proceso de instancia, en concreto el Decreto 31/2007, vulnera la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general.

El escrito termina solicitando que se dicte sentencia en la que se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se estime el recurso contencioso-administrativo y se anulen los Decretos impugnados.

CUARTO.- El recurso de casación fue admitido a trámite por providencia de la Sección Primera de esta Sala de 21 de noviembre de 2011 en la que se acuerda asimismo la remisión de las actuaciones a la Sección Quinta, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Quinta, por diligencia de ordenación de quince de diciembre de 2011 se dio traslado del escrito de interposición del recurso a la parte recurrida para que formulase su oposición; lo que llevó a efecto la representación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares mediante escrito presentado el 1 de marzo de 2012 en el que, tras hacer alegaciones en contra de los motivos de casación aducidos, termina solicitando que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia recurrida con imposición de las costas a la Administración recurrente.

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo fijándose finalmente al efecto el día 18 de febrero de 2014, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación del asunto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación lo dirige la representación de la Administración del Estado contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 23 de marzo de 2011 (recurso 660/2007) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuso por dicha Administración contra los decretos nº 25 a 38, todos ellos de fecha 39 de marzo de 2007, de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, por los que se aprueban los planes de gestión de los lugares de importancia comunitaria (LIC) siguientes:

1- Decreto 25/2007. Sa Dragonera.

2- Decreto 26/2007. Área Marina del Sud de Menorca.

3- Decreto 27/2007. Arxipélag de Cabrera. Secció Area Costanera de Mitjorn de Mallorca.

4- Decreto 28/2007. D'Addaia a s'Albufera i s'albufera des Grau.

5- Decreto 29/2007. Area marina del Nord de Menorca.

6- Decreto 30/2007. Montanyes d'Artà.

7- Decreto 31/2007. Badies de Pollença i Alcudia.

8- Decreto 32/2007. Cap de Barbaria.

9- Decreto 33/2007. Cap Enderrocat-Cap Blanc.

10- Decreto 34/2007. Es Vedrà- Vedranell.

11- Decreto 35/2007. La Mola.

12. Decreto 36/2007 Llevant de Mallorca.

13- Decreto 37/2007. Illots de Ponent d'Eivissa.

14 Decreto 38/2007. Tagomago.

Hemos dejado reseñadas en el antecedente segundo las razones en las que la Sala de instancia fundamenta la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Procede que abordemos entonces el examen de los motivos de casación formulados por la Administración del Estado, cuyo enunciado y contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- En el motivo de casación primero se alega la infracción de los artículos 149.1.9 ª y 23ª de la Constitución , 11.5 y 13 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears de 25 de febrero de 1983, 21.1 y disposición adicional 5ª de la Ley 4/1989, de 28 de marzo , y 30.46 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears de 28 de febrero de 2007.

Según la parte recurrente la vulneración de tales preceptos se ha producido al haber entendido la Sala de instancia que se ha producido un desistimiento tácito porque el representante procesal de la Administración del Estado no compareció al acto de ratificación del informe pericial ni se opuso a este en su escrito de conclusiones, siendo así que tal desistimiento tácito no esta admitido en el proceso civil, ni en el contencioso-administrativo, que está regido por el interés público. En fin, aduce la Administración recurrente que la continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección ha de estar avalada por la mejor evidencia científica existente, lo que no sucede en el caso de autos.

Como hemos señalado en nuestras sentencias de 2 de julio de 2008 (recurso de casación 4583 / 2004), 10 de mayo de 2011 (casación 2102 / 2007) y 7 de octubre de 2011 (casación 4607/2007), siguiendo, a su vez, lo declarado por el Tribunal Constitucional en STC *38/2002 ,* <<(...) *Nuestro ordenamiento constitucional y posiblemente el Derecho comparado han llevado al Tribunal Constitucional a declarar en la sentencia 38/2002 (fundamento jurídico sexto, antepenúltimo párrafo) que la competencia autonómica para la protección de espacios naturales hace problemática su extensión al mar territorial, llegando a la conclusión de que la competencia autonómica para la protección de espacios naturales sólo se extenderá al mar territorial cuando, excepcionalmente, así lo exijan las características del espacio protegido, de manera que, sigue diciendo el Tribunal Constitucional en el párrafo tercero del fundamento jurídico séptimo de la mentada sentencia, las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de espacios naturales protegidos no alcanzan, por regla general, al mar territorial, si bien las circunstancias y características específicas del espacio a proteger pueden demandar, en ocasiones excepcionales, que el mismo se extienda en alguna medida sobre el mar territorial, singularmente cuando así venga exigido por la continuidad y la unidad de dicho espacio físico* >>.

La Sala de instancia conoce y cita esa jurisprudencia y doctrina constitucional; y por ello, la sentencia recurrida, tras admitir de principio la falta de competencias autonómicas sobre el mar territorial, señala, citando al Tribunal Constitucional, que sólo cabe mantener la legalidad de la intervención autonómica cuando "...las circunstancias y características específicas del espacio a proteger pueden demandar, en ocasiones excepcionales, que el mismo se extienda en alguna medida sobre el mar territorial, singularmente cuando así venga exigido por la continuidad y unidad de dicho espacio físico" (STC 38/2002). En definitiva, concluye la sentencia recurrida, "...la Comunidad Autónoma que pretende declarar y gestionar espacios naturales protegidos en el mar, debe acreditar la continuidad ecológica entre el espacio terrestre y el espacio marino adyacente".

Hasta aquí, el planteamiento de la sentencia recurrida es acertado. Sin embargo, la Sala de instancia expone a continuación unos razonamientos que no podemos compartir.

La Sala sentenciadora constata que cuando la Administración del Estado requirió a la autonómica para que justificase su intervención sobre el mar territorial (requerimiento de 25 de junio de 2007), tal justificación no se remitió dentro del plazo concedido; y aunque la sentencia no lo dice expresamente, está implícito en su razonamiento que esa justificación tampoco se contenía en los decretos de aprobación de los planes de gestión impugnados. Pese a ello, la sentencia señala que junto al escrito de contestación a la demanda la Administración autonómica aportó un informe de la Jefe de Servicio de Proyectos de la Consejería de Medio Ambiente del Gobierno de las Islas Baleares, de fecha 4 de septiembre de 2007 "...en el que se expresa el fundamento científico de la continuidad ecológica entre la parte terrestre y la parte marina de los LICs aquí discutidos".

La sentencia transcribe varios párrafos de ese informe; pero no hace un análisis crítico de su contenido para derivar de ahí que se ha producido la necesaria justificación. Lo que la Sala de instancia destaca como "lo más relevante" es que la representación procesal de la Administración del Estado no asistió al acto de

ratificación de aquel informe, ni, por tanto, pidió aclaraciones a la autora, y tampoco formuló objeciones al referido informe, lo que -concluye la Sala de instancia- "...no cabe sino interpretarlo como expresión de que se da por satisfecha con la justificación dada en el mismo".

El razonamiento merece serias objeciones. Es indudable que la inasistencia del representante de la Administración del Estado al acto de ratificación o la falta de referencia al informe en su escrito de conclusiones son datos que pueden ser tomados en consideración a la hora de valorar la virtualidad de ese concreto medio de prueba; pero tales incidencias procesales no pueden servir por sí solas para que el órgano jurisdiccional, prescindiendo de todo análisis sobre el contenido del informe, aprecie en el proceder de la Administración del Estado una suerte de *ficta confessio,* ni, desde luego, un desistimiento tácito o implícito.

El núcleo de la controversia entablada en el proceso de instancia consistía en dilucidar si en este caso había quedado debidamente justificada, o no, la intervención de la Administración autonómica sobre el mar territorial. Pues bien, sobre esta cuestión la sentencia en realidad no se pronuncia, pues después de transcribir varios apartados del informe aportado con la contestación a la demanda, y sin enjuiciar su contenido, la Sala de instancia se limita a presumir que la Administración del Estado "se da por satisfecha" con esa justificación.

Pero hay una razón más -acaso la más decisiva- para entender que en este caso no puede considerarse cumplida aquella exigencia de justificación a la que nos venimos refiriendo. Sucede que, dado que en el proceso se enjuiciaba la legalidad de la actuación de la Administración autonómica, la intervención de dicha Administración sobre el mar territorial, dado el carácter excepcional que le atribuyen la jurisprudencia y doctrina constitucional que antes hemos citado, debía quedar justificada en los propios decretos de aprobación de los diferentes planes de gestión, o, a lo sumo, mediante una motivación *in alliunde* , en los informes y documentos obrantes en el expediente relativa a cada uno de esos decretos. No obrando allí tal justificación -que, como hemos visto, tampoco se produjo en repuesta al requerimiento que a tal efecto le dirigió la Administración del Estado a la autonómica con carácter previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo- esa carencia en modo alguno puede entenderse suplida ni subsanada mediante un informe aportado al proceso y que es de de fecha posterior a los decretos impugnados.

Aunque están referidas al ámbito urbanístico, son enteramente trasladables al caso que nos ocupa, por identidad de razón, las consideraciones que expusimos en nuestra sentencia de 11 de abril de 2011 (casación 2660/2007) en relación con la falta de motivación de un determinado instrumento de ordenación. Decíamos en aquella ocasión:

<< (...) tiene razón la Junta de Andalucía cuando en el desarrollo del motivo de casación señala que la falta de justificación en la Memoria y en el resto de los documentos que integran el Plan General no puede considerarse suplida o subsanada a posteriori mediante la documentación que el Ayuntamiento de Benalmádena remitió a la Sala de instancia en la diligencia para mejor proveer a la que ya nos hemos referido. En la medida en que la sentencia recurrida considera suficiente esa justificación a posteriori, el motivo de casación debe ser estimado, pues es contrario a la naturaleza de las cosas y a la propia funcionalidad de la motivación que ésta se omita por entero en la documentación del Plan General y pretenda ofrecerse luego, en unas tardías explicaciones remitidas al final del proceso y para dar respuesta al requerimiento que la Sala de instancia>>.

En el caso que ahora nos ocupa la aportación del informe no se produjo al final del proceso, ni a requerimiento de la Sala de instancia, pues fue aportado como documento con la contestación a la demanda; pero, salvando esas diferencias, son plenamente aplicables aquí las consideraciones que hacíamos en la citada sentencia de 11 de abril de 2011 sobre la falta de virtualidad de una justificación aportada al proceso y elaborada con posterioridad a la actuación administrativa objeto de controversia.

Por todo ello, el motivo de casación debe ser acogido.

TERCERO.- En el motivo de casación segundo se alega la infracción del artículo 149.1.20ª de la Constitución , por entender la Administración recurrente que uno de los decretos impugnados en el proceso de instancia, en concreto el decreto 31/2007, vulnera la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general.

Como hemos visto, la sentencia recurrida deja señalado que el decreto 31/2007, que aprueba el plan de gestión de Badies de Pollença i Alcudia, establece en su artículo 6 una regulación de los fondeos sin hacer salvedad alguna relativa a las competencias estatales sobre la zona de servicio dicho espacio. En concreto, este artículo 6 del decreto tiene el siguiente contenido:

<< Artículo 6: Fondeos A los efectos de la conservación de la biodiversidad y, con el fin de prevenir el impacto de los fondeos en el lecho marino, se establecen las siguientes zonas grafiadas en el anexo mapa 4 que habrá de tener en cuenta el órgano competente para la ordenación y/o gestión de los fondeos:

- Áreas de fondeo libre condicionado: en estas áreas se puede fondear libremente teniendo en cuenta, sin embargo, que el patrón debe cuidar que el fondeo, entendido como la fijación de un sistema de anclaje sobre el fondo marino, se produce sobre un fondo arenoso, evitando, en lo posible la fijación del ancla sobre praderas de Posidonia oceánica o fondos de maërl.

- Áreas de fondeo regulado: en estas áreas el patrón deberá amarrar la embarcación a las boyas habilitadas y no podrá lanzar el ancla sobre el fondo marino. Para el normal uso de estos campos de boyas el usuario deberá someterse al régimen establecido por el correspondiente órgano gestor de los mismos>>.

En la demanda se afirmaba que esa regulación vulnera las competencias estatales (artículo 149.1.20ª de la Constitución); y, como la propia sentencia señala, sobre esta cuestión la Administración autonómica demandada no hizo alegación alguna en su escrito de contestación a la demanda y tampoco en trámite de conclusiones.

La afirmación de la competencia estatal encuentra respaldo en el artículo 96 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre , de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, en cuya virtud la ordenación de la zona de servicio de estos puertos corresponde a la Autoridad Portuaria (en este caso, la de Illes Baleares); en el bien entendido que la zona de servicio no comprende únicamente los espacios de agua abrigados por los diques sino también la "Zona II" o exterior a las aguas portuarias necesarias para el desarrollo de los usos portuarios, incluidas las de reserva.

Aun así, la Sala de instancia considera que no se ha producido la vulneración que se alega de las competencias estatales; y ello porque en el plano anexo 4 se delimitan dos zonas: una de "fondeo regulado", para la que efectivamente se establecen restricciones al fondeo, pero que no afecta a la zona de servicio del Puerto de Alcudia, y una zona de "fondeo libre condicionado", que se corresponde con el resto del LIC, en la que sí está comprendido el Puerto de Alcudia. Y dado que para esta zona de "fondeo libre condicionado" la norma impugnada no establece una prohibición, sino únicamente la recomendación de una "buena práctica" (evitar "en lo posible" el fondeo sobre praderas de posidonia oceánica), no cabe entender que con ello se vulneran las competencias de ordenación de la Autoridad Portuaria "...ya que no se impone obligatoriamente una actuación que pueda contravenir las disposiciones u órdenes del órgano estatal competente, las cuales, siempre tendrían carácter prevalente frente a la simple recomendación del artículo 6 del Decreto 31/2007 >> (fundamento cuarto de la sentencia recurrida).

Pues bien, tampoco en este punto podemos compartir el criterio de la Sala de instancia.

Según acabamos de señalar, la sentencia recurrida afirma que no se han invadido las competencias de la Administración del Estado porque, en lo que se refiere a la zona denominada de "fondeo libre condicionado", en la que está comprendido el Puerto de Alcudia, la regulación establecida en el instrumento aprobado por la Administración autonómica no establece una prohibición sino únicamente una recomendación. Sucede, sin embargo, que lo relevante no es el contenido de la regulación sino la regulación misma; pues en la medida en que afecta a la zona de servicio de un puerto de interés general la ordenación corresponde a la Autoridad Portuaria, sin que la Administración autonómica pueda adentrarse en esa esfera de atribuciones ni aun mediante esa modalidad de "norma blanda" o recomendación utilizada por el decreto 31/2007 que aprueba el plan de gestión de Badies de Pollença i Alcudia.

Por tanto, también este motivo de casación debe ser estimado.

CUARTO.- Lo expuesto en los apartados anteriores lleva a concluir que, acogiendo los dos motivos de casación aducidos, la sentencia de instancia debe ser casada y anulada; y, en su lugar, entrando a resolver el debate planteado, proceda la estimación del contencioso-administrativo interpuesto por la Administración del Estado, debiendo declararse la nulidad de los decretos impugnados en cuanto se refiere a las determinaciones que afectan al mar territorial, así como la nulidad del artículo 6 del decreto 31/2007 que aprueba el plan de gestión de Badies de Pollença i Alcudia, en cuanto la regulación que allí se contiene afecta a la zona de servicio del Puerto de Alcudia.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 139 la Ley reguladora de esta Jurisdicción , no procede imponer las costas del proceso de instancia a ninguno de las partes, corriendo cada parte con las suyas en cuanto a las causadas en este recurso de casación.

FALLAMOS

1º Ha lugar al recurso de casación nº 3732/2011 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 23 de marzo de 2011 (recurso contencioso-administrativo 660/2007), que ahora queda anulada y sin efecto.

2º Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración del Estado contra los decretos nº 25 a 38, todos ellos de fecha 39 de marzo de 2007, de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, por los que se aprueban los planes de gestión de los lugares de importancia comunitaria (LIC) siguientes: decreto 25/2007, Sa Dragonera; decreto 26/2007, Área Marina del Sud de Menorca; decreto 27/2007, Arxipélag de Cabrera, Secció Area Costanera de Mitjorn de Mallorca; decreto 28/2007, D'Addaia a s'Albufera i s'albufera des Grau; decreto 29/2007, Área marina del Nord de Menorca; decreto 30/2007, Montanyes d'Artà; decreto 31/2007, Badies de Pollença i Alcudia; decreto 32/200, Cap de Barbaria; decreto 33/2007, Cap Enderrocat-Cap Blanc; decreto 34/2007, Es Vedrà- Vedranell; decreto 35/2007, La Mola; decreto 36/2007, Llevant de Mallorca; decreto 37/2007, Illots de Ponent d'Eivissa; y decreto 38/2007, Tagomago; declarándose la nulidad de los referidos decretos en cuanto a las determinaciones que afectan a las aguas exteriores o mar territorial, así como la nulidad del artículo 6 del decreto 31/2007 , que aprueba el plan de gestión de Badies de Pollença i Alcudia, en cuanto la regulación que allí se contiene afecta a la zona de servicio del Puerto de Alcudia.

3º No procede imponer las costas del proceso de instancia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en cuanto a las causadas en casación.

Así por esta nuestra sentencia, cuya parte dispositiva se publicará inmediatamente en el Boletín Oficial de las Islas Baleares, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ