



Roj: **STSJ GAL 1059/2021 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:1059**

Id Cendoj: **15030330022021100080**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **12/02/2021**

Nº de Recurso: **4133/2020**

Nº de Resolución: **79/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **ANTONIO MARTINEZ QUINTANAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Ferrol, núm. 1, 11-02-2020 (proc. 113/2019),
STSJ GAL 1059/2021**

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

A CORUÑA

SENTENCIA: 00079/2021

RECURSO DE APELACIÓN 4133/2020

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. Sres.:

DÑA. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JOSÉ ANTONIO PARADA LÓPEZ

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

A Coruña, a 12 de febrero de 2021

Visto por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el recurso de apelación nº 4133/2020 pendiente de resolución en esta Sala, interpuesto por D. Eduardo , representado por el Procurador D. Rafael Rodríguez Ramos y defendido por el Letrado D. Felipe Patiño Junquera, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ferrol nº 23/2020, de 11 de febrero de 2020, dictada en el procedimiento ordinario 113/2019.

Es parte apelada LA CONSELLERÍA DE MEDIO AMBIENTE DE LA XUNTA DE GALICIA.

Es Ponente el Magistrado D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Ferrol dictó la sentencia nº 23/2020, de 11 de febrero de 2020, en el procedimiento ordinario 113/2019, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Eduardo contra la Resolución de 12 de marzo de 2019 de la Consellería de Medio Rural de la Xunta de Galicia desestimatoria parcial del recurso de alzada interpuesto contra la resolución



de 21 de noviembre de 2016 en expediente sancionador, que se confirma por considerar que es conforme a derecho. Las costas se imponen al demandante con el límite de 700 € por todos los conceptos.

SEGUNDO.- La representación procesal de D. Eduardo interpuso recurso de apelación contra la sentencia, solicitando la estimación del mismo, anulando la resolución de 12 de marzo de 2019, notificada con fecha 18 de marzo de la Consellería de Medio Rural de la Xunta de Galicia desestimatoria parcialmente del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 21 de noviembre de 2.016.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso de apelación, el Letrado de la Xunta de Galicia presentó escrito de oposición a la apelación, solicitando que se dicte sentencia desestimatoria del presente recurso de apelación, con imposición de las costas al apelante.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personó la parte apelante, se admitió el recurso de apelación y quedaron las actuaciones concluidas, pendientes de señalamiento para votación y fallo. Mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 11 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en apelación, en todo lo que no contradigan los que se pasan a exponer.

PRIMERO.- Sobre el recurso de apelación.

En el recurso de apelación se denuncia, en primer lugar, la vulneración del valor probatorio de las actas y manifestación del agente forestal de Montes en este caso, que no es absoluto. Tras invocar el principio de presunción de inocencia, refiere que " La manifestación y referencia del informe del agente y su aceptación por parte de la sentencia a las ortofotos de Google Earth que se dice efectuada con fecha 16/06/2014 no supera el control de constitucionalidad que queda denunciado.

Desde luego se desconoce si la fecha de 16/03/2014 es la fecha de publicación de la fotografía o es la fecha en la que fue captada, o si la impresión de la fecha es aleatoria, arbitraria o, incluso, si es posible la manipulación de la fecha; no hay la menor garantía de autenticidad, no hay la menor garantía de que la fotografía refleje la realidad de la finca del recurrente en la fecha que el agente considera y la juzgadora acepta.

En todo caso, no puede estar amparada en la presunción de veracidad de toda acta de inspección, por cuanto no se trata de una situación directamente observada por el agente forestal.

Tal y como se indicó en el procedimiento las actuaciones del recurrente se producen en el momento mismo de la adquisición de la propiedad que se produce en el mes de agosto de 2013.

Además, considera " absolutamente inaceptable la argumentación de la sentencia de que "teniendo en cuenta las ortofotos de Google Earth de 16/3/2014 donde se aprecia que la parcela tenía realizados los trabajos de plantación muy recientes"; ningún argumento ni lógico ni técnico lo sostiene; incurre en este punto la sentencia que se recurre en vicio de voluntarismo por falta de motivación de la sentencia".

Concurre pues la causa de prescripción invocada, tanto más cuanto el informe del agente forestal fue incorporado tardía e ilícitamente al procedimiento.

En segundo lugar, se alega que la incorporación al expediente del informe del agente forestal se produjo " sin el recibimiento del expediente a prueba, y, sin notificación previa a Don Eduardo ".

En relación con la fecha de la corta, el técnico no acude a sus notas, a las fotografías por él obtenidas, sino que opta por acudir a Google Earth, cual si ello tuviera el menor valor probatorio; más al contrario permite dar por cierto que el agente NUM000 no tiene medio alguno de acreditar la fecha de corte. Escapa a toda lógica que el agente forestal de esa zona mencione que en los dos años anteriores no haya realizado ni una visita o inspección en la zona , ni que no justifique la razón de conocimiento de la fecha 18 de agosto y no en otro momento anterior.

No se concretan ni resuelven las inconcreciones expuestas en el escrito de demanda en los hechos 1.1 y 1.2. La primera de las consecuencias de esta infracción procedimental ha sido denunciada en el fundamento 2.6 de la demanda y que no ha obtenido debida respuesta en la sentencia. No es posible que tras el dictado de la propuesta de resolución y en clara vulneración del plazo para dictar resolución -de haberlo admitido como prueba habría caducado con seguridad el expediente- acordar un medio de prueba, es un vicio insubsanable. La resolución que se recurre se fundamenta -hecho tercero- en el informe emitido por el agente firmante de la denuncia, pero sin que se hubiera acordado la apertura del procedimiento a prueba por resolución notificada a Don Eduardo , vulnerando el artículo 17 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba



el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora. Se invoca la jurisprudencia sobre el derecho a la práctica de la prueba como manifestación de la garantía recogida con el carácter del derecho fundamental en el art. 24.2 de la Constitución y se considera infringido el artículo 137.4 y 135 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre.

En tercer lugar se alega no ha obtenido tampoco debida respuesta la causa de nulidad invocada en el apartado 2.5 de la demanda, referida a un vicio procedimental que debe determinar necesariamente la anulación del expediente y no aceptarse su posibilidad de subsanación, por vulneración del trámite de alegaciones a la propuesta de resolución. Dictar la resolución administrativa antes de la preclusión del plazo para la presentación de alegaciones a la propuesta de resolución de 28 de octubre de 2.016, que fue notificada el día 9 de noviembre, es determinante de nulidad de la resolución.

En cuarto lugar alega que " Se desestima igualmente la concurrencia del instituto de la prescripción en la sentencia "Respecto a la infracción por los hechos "realizar una repoblación forestal de eucaliptos en sustitución de frondosas" en la resolución inicial que fue objeto de recurso de alzada", pues como se indicó en nuestro escrito de conclusiones nuestro fundamento de la concurrencia de la prescripción de la infracción administrativa resulta de aplicación a la "una corta de especies frondosas de las previstas en el Anexo 2 de la Ley 7/2012, de 28 de junio, de Montes de Galicia (entre las que figuran el bidueiro (abedul) y el salgueiro (sauce)" (sic de la contestación) el apartado 5 del artículo 130 de la Ley 7/2012, de 28 de junio , de montes de Galicia.

Desde luego esta afirmación choca frontalmente con la doctrina jurisprudencial comúnmente admitida en orden a la interpretación del instituto de la prescripción (...). En el presente caso si se ha producido la prescripción de las acciones que son imputadas al recurrente al no estar ante una infracción permanente."

En quinto lugar alega que " no concurre pues prueba de cargo de la existencia de infracción administrativa". Las fotografías de Google Earth carecen de virtualidad probatoria y, desde luego, de presunción de veracidad". En cuanto a la estimación del número y superficie de árboles talados, considera que no se explica el método utilizado.

SEGUNDO.- Sobre la prescripción de la infracción. Valoración de la fecha de la corta del arbolado anterior.

La cuestión de la fecha de la comisión de las infracciones -en este caso, corte de arbolado de frondosas y posterior repoblación con eucaliptos- tiene relevancia a los efectos de resolver la alegación de prescripción de la infracción.

No se aprecia que la sentencia le otorgue un valor probatorio ilimitado a las actas y manifestación del agente forestal, ni tampoco puede decirse en puridad que se diga que la estimación de la fecha de corte del arbolado de frondosas en función de una fotografía aérea de Google Earth -en la que ya aparecen los nuevos eucaliptos- equivalga a la fijación exacta de un hecho cierto amparada en la presunción de veracidad de la denuncia del agente forestal. Lo que se hace en la sentencia es valorar los elementos tenidos en cuenta por el técnico que formuló la denuncia para concretar los hechos, para fijar estimativamente la fecha de la corta del arbolado de frondosas, teniendo en cuenta la plantación de eucaliptos sobre marzo de 2014 en función de las ortofotos de Google Earth de 16/3/2014 donde se aprecia que la parcela tenía realizados los trabajos de plantación muy recientes, ya que ni siquiera había vegetación verde sobre la parcela.

No se trata de otorgar un valor probatorio absoluto a una determinada fotografía aérea, sino de constatar que el único elemento probatorio obrante en el expediente no sitúa la corta de arbolado anterior con la antelación necesaria de tres años para apreciar la existencia de prescripción de la infracción relativa a la corta del arbolado de frondosas.

Respecto a una corta de arbolado en una determinada finca, lo que hace el agente forestal es reflejar la fecha desde la cual tiene conocimiento propio e inmediato, por su observación de la misma. Esta fecha de constancia se remonta a agosto de 2015. Y como el denunciado alegó de forma genérica, sin mayores concreciones, y sin aportar ninguna prueba, que la corta se hizo hace más de tres años (sin indicar cuándo, ni siquiera de forma aproximada), se le pidió informe al agente forestal sobre esta cuestión. Es obvio que si toma conocimiento personal de la corta de arbolado en el año 2015 -por el desarrollo ordinario de sus labores- no se le puede reprochar que las pruebas que aporte en relación con una posible fecha anterior no van a poder responder a su percepción directa, personal e inmediata sobre el terreno. Y por eso acude a elementos auxiliares, como las fotografías aéreas de Google Earth, a partir de las cuales concluye que sobre la fecha de la corta solo puede concretar con certeza que es anterior al 16 de mayo de 2014 -y en cuanto a la plantación que es muy probable que fuese realizada aproximadamente en el mes de marzo de 2014-.

Se trata de una mera valoración estimativa, por aproximación, ya que sí se refiere que en la fotografía aérea de 16 de mayo de 2014 se aprecia que la parcela tenía realizados los trabajos de plantación muy recientes, ya que no siquiera hay vegetación verde sobre la parcela.



Teniendo en cuenta que la notificación de la incoación expediente se produce el 14 de marzo de 2016, no hay certeza de que haya transcurrido el plazo de los tres años entre la corta del arbolado anterior y la notificación de la incoación del expediente; y el recurrente no aporta ningún elemento probatorio que permita situar la fecha de la corta de frondosas antes de los tres años. De hecho, ni siquiera alegó una fecha concreta, y tampoco aportó ninguna prueba al respecto.

Concordamos con la sentencia de instancia en que una vez determinadas esas fechas estimativas de la posible realización de la infracción, correspondería al demandante que alegó en el expediente administrativo que la corta que fue realizada hacía más de tres años acreditar estos extremos con prueba suficientes (documental, testifical, etc.) y no se ha justificado mínimamente cuál fue la fecha en que procedió a la corta de las especies frondosas.

En este sentido, y teniendo en cuenta que la infracción consiste en la realización de trabajos por el denunciado en su finca de forma clandestina, debemos concluir que no puede obtener beneficio de la clandestinidad en que se desarrollan los mismos y que la facilidad probatoria determina que las mejores posibilidades de concretar la fecha de ejecución de los trabajos de corta y plantación y de su acreditación corren de cuenta precisamente del infractor. Y por ello resulta pertinente la aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 8 de Junio de 1996 , 26 de Septiembre de 1988 , 19 de Febrero de 1990 , 14 de Mayo de 1990 y 8 de Junio de 1996) que ha venido afirmando que la carga de la prueba respecto de la fecha de finalización de las obras le corresponde no a la Administración sino al expedientado que voluntariamente se coloca en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras y que, por tanto, crea la dificultad para el conocimiento del dies a quo. Señala esta doctrina del Tribunal Supremo que el principio de buena fe, plenamente operante en el campo procesal, impide que el que crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad.

En definitiva, en este ámbito, y respecto a este concreto extremo de la fecha de terminación de las obras, las reglas de distribución de la carga de la prueba (artículo 217 de la LEC , antiguo artículo 1214 del Código Civil), basadas en el principio de facilidad probatoria, se imponen sobre el principio de presunción de inocencia que rige en el procedimiento administrativo sancionador, al no tratarse de hechos que afecten a la existencia de la infracción, la autoría o la culpabilidad (respecto a los cuales no hay duda de la aplicación del principio de presunción de inocencia, y que la carga de la prueba es de la Administración), sino de circunstancias alegadas por el denunciado que son el presupuesto de la causa extintiva de la responsabilidad por él invocada (prescripción de la infracción).

La identidad de razón entre la aplicación de ese criterio a la realización de obras clandestinamente sin autorización, y el presente supuesto, referido a la realización de forma clandestina, sin autorización, de trabajos de corta de arbolado y posterior repoblación con eucaliptos, justifica la aplicación del mismo criterio jurisprudencial.

En este sentido, **la Sentencia de esta Sala y Sección de 30/11/2016, N° de Recurso: 4314/2016 , N° de Resolución: 704/2016, ECLI:ES:TSJGAL:2016:8695**, recuerda el criterio señalado por esta Sala en reiteradas ocasiones, de que la carga de la prueba del *dies a quo* en los supuestos de obras ilegales recae sobre el administrado que, voluntariamente, se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de dichas obras y que, por tanto, ha generado la dificultad para el conocimiento de la fecha inicial de cómputo del plazo de prescripción de las infracciones de que se trate; todo ello, sobre la base de que quien crea una situación de ilegalidad no puede obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por la misma (en este sentido, también , entre otras, las *sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia N.º 801/2014, de 16 de octubre y N.º 840/2014, de 30 de octubre*).

En conclusión, se tiene como fecha de terminación de las obras aquella que resulta de la comprobación de tal extremo por la Administración, sin perjuicio del derecho del interesado a aportar los medios de prueba para acreditar una fecha de terminación anterior. Ello no vulnera la presunción de inocencia, porque no se presume ni la realización del hecho típico, ni la autoría, ni la culpabilidad (presupuestos de la responsabilidad del infractor cuya prueba le corresponde a la Administración sancionadora), sino que se trata de una circunstancia extintiva de la responsabilidad -por prescripción de la infracción- cuya prueba corresponde a quien la alega.

Se trata de un criterio jurisprudencial consolidado, del que dan cuenta sentencias como la de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 20/05/2005, N° de Recurso: 639/2003, N° de Resolución: 315/2005, ECLI:ES:TSJCL:2005:2807**, que recuerda lo siguiente:

" Es cierto que la prueba de esta prescripción debe acreditarla el propio infractor, cuando por las circunstancias sea difícil conocer la fecha de la comisión de la infracción como es el caso; así lo recoge la sentencia de fecha 18 de diciembre de 1991 del Tribunal Supremo, Recurso núm. 783/1989 : (...) en el supuesto litigioso -parcelación, sin licencia, en suelo no urbanizable- la carga de la prueba de la prescripción no la soporta la Administración



sino el administrado que voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de una parcelación sin licencia y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del «dies a quo» en el plazo que se examina, por ello el principio de la buena fe, plenamente operante en el campo procesal - art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985578, 2635 y ApNDL 8375) - impide, como señalan las sentencias de esta Sala de 14-5-1990 (RJ 1990072) y 16-5-1991 (RJ 1991281), que el que crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad."

En el mismo sentido, la reciente **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Baleares de 15/01/2020, N° de Recurso: 168/2019 , N° de Resolución: 7/2020:**

"Conforme al art. 73 de la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística , el plazo de prescripción se iniciaba con su "finalización total". En la interpretación de dicho precepto, la doctrina de esta Sala fue contundente en fijar que la presunción de inocencia no desplaza a la administración la carga de probar cuándo se finalizaron (STSJIB del 21 de diciembre de 2011; ROJ: STSJ BAL 1518/2011 - ECLI:ES: TSJBAL:2011:1518), por lo recae en la parte que invoca la prescripción, la carga de demostrar los datos que permitan apreciarla. También interpretó esta Sala que dicha prueba debía ser clara e indiscutible, pues era el infractor situado en plano de clandestinidad quien debía contrarrestar las consecuencias de su ocultación".

A la Administración le correspondía la carga de la prueba del hecho sancionado, tipificado como infracción y de su autoría; pero una vez alegado un hecho extintivo de la responsabilidad -prescripción de la infracción-, respecto al cual es el denunciado el que mejor conoce todas sus circunstancias y el que puede disponer de los medios de prueba para la fijación exacta de la fecha de realización del hecho típico, y una vez que la Administración ha incorporado los elementos probatorios que estaban a su disposición para investigar esa circunstancias fácticas (informe del agente forestal, fotografías aéreas datadas en un determinado momento), si el denunciado discrepa de la conclusión probatoria a la que llega la Administración no le basta con alegar la presunción de inocencia, o cuestionar la certeza de esos elementos indiciarios -de cuya autenticidad no hay razón para dudar- sino que tendrá que aportar prueba por su parte de la realización de los trabajos en fecha anterior a la que resulta de los elementos probatorios que ha conseguido reunir la Administración.

El adecuado tratamiento de la valoración de las pruebas sobre este extremo realizado por la sentencia se corrobora si se tiene en cuenta que el art. 130.2 de la Ley del Parlamento de Galicia 7/2012 de 28 de junio, de Montes de Galicia, establece que el plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se haya cometido o desde que se haya tenido conocimiento de su comisión. El día de conocimiento de la comisión se fija en el expediente en agosto de 2015. Así lo manifiesta el agente y la mera crítica del recurrente, que considera que ese conocimiento tenía que remontarse a fecha anterior, no responde más que a una opinión subjetiva, no a ningún hecho constatable. Siendo esa la fecha en que el agente forestal toma conocimiento del hecho, si el denunciado quiere conseguir la extinción de su responsabilidad por prescripción tendrá que probar la realización de la corta de arbolado con tres años de antelación respecto a la notificación del procedimiento sancionador. Y respecto a este particular, nada ha probado, ni siquiera ha proporcionado ningún dato o elemento de juicio del que poder inferir esa mayor antigüedad de los trabajos de corta, y los elementos probatorios que ha recabado la Administración no han evidenciado esa antigüedad.

TERCERO.- Sobre la prescripción en relación a la infracción relativa a la repoblación con eucaliptos.

En cuanto a la infracción leve relativa a la plantación con eucaliptos, se razona en la resolución administrativa y en la sentencia que se trata de una infracción permanente, por lo que no cabe apreciar la prescripción. Y ningún alegato realiza el apelante que permita reconsiderar esa calificación de la infracción como permanente, que resulta conforme a derecho. A este respecto, resulta aplicable el artículo 130.5 de la Ley 7/2012 de Montes de Galicia, conforme al cual " *En las infracciones permanentes, el plazo de prescripción no comenzará a computarse hasta que cesase la situación infractora. A estos efectos, se entiende que existe una infracción permanente cuando una actividad concreta produce efectos que perduran en el tiempo. Se consideran, asimismo, comprendidas dentro de las infracciones permanentes las infracciones por omisión en que el incumplimiento en un determinado momento de una obligación produce efectos permanentes*".

El apelante se limita a afirmar que no se trata de infracción permanente, pero la repoblación con eucaliptos, con independencia de la fecha en que se realizó, implica efectos que perduran en el tiempo, y toda vez que los árboles estaban plantados en el momento de la incoación del expediente, no puede considerarse iniciado el plazo de prescripción. Se trata de una infracción distinta a la de la corta del anterior arbolado de frondosas, por lo que la fecha de inicio del plazo de prescripción respecto de esta no es aplicable a la repoblación.

CUARTO.- Sobre la incorporación del informe del agente forestal.



En atención a lo razonado en el fundamento de derecho segundo, no se puede considerar que haya ningún vicio formal por la incorporación del informe del agente forestal, al versar el mismo sobre un extremo que la instrucción del procedimiento tuvo que verificar para dar respuesta a una alegación del denunciado.

Tras la denuncia y la notificación de la incoación del expediente sancionador, el denunciado alegó la prescripción de la infracción por haberse realizado la corta de las frondosas hace más de tres años. A la vista de este alegato, y para dar respuesta al mismo, se pide informe al agente forestal sobre esa cuestión y se incorpora al procedimiento. Se trata de una actuación lógica, que entra dentro de las facultades de la instrucción del procedimiento administrativo sancionador, que no determina ninguna indefensión. Por el contrario, se trataba de verificar un extremo fáctico alegado por el denunciado, no avalado por ninguna prueba aportada por este, para comprobar la certeza de esa alegación. Se cumplió, por tanto, la finalidad de la fase probatoria del procedimiento sancionador, en cuanto se acordó la práctica de una prueba para la comprobación de un hecho alegado por el denunciado. Y no se dejó de practicar ningún medio probatorio que este hubiera propuesto.

La petición de informe se amparó en el art. 83 de la Ley 30/1992. Por tanto, sí hubo fase probatoria en el procedimiento, y se practicó la prueba pertinente para comprobar los hechos alegados por el denunciado, el cual no propuso ninguna prueba a lo largo del procedimiento. Es evidente que no hubo, en este punto, ninguna merma al ejercicio de su derecho de defensa.

En cuanto al alegato de que no se justifica la razón de conocimiento de la fecha 18 de agosto de 2015, debemos indicar que se trata de un extremo que consta documentado en un informe, amparado por la presunción de veracidad -en cuanto referido a un extremo relativo a la propia percepción personal del agente forestal- y no hay ningún dato ni prueba que acredite un conocimiento anterior. El art. 139.2 de la Ley 7/2012 de Montes de Galicia establece que los hechos constatados por funcionarios públicos, a los cuales se reconoce la condición de autoridad, que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes tendrán valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pudieran señalar o acompañar los propios administrados.

No se infringen los artículos 137.4 y 135 de la LRJPAC 30/1992, ya que no se ha extendido más allá de su ámbito el valor probatorio de los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, y se ha respetado el derecho del interesado a proponer las pruebas que en defensa de sus derechos o intereses podía haber señalado o aportado. Y además se han garantizado al presunto responsable los derechos del art. 135: a ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia (así consta en la notificación del acuerdo de incoación y de la propuesta de resolución). También se ha respetado el derecho a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes: consta la presentación de escrito de alegaciones tras la incoación, en el que no propone prueba, e incluso la presentación de escrito de alegaciones tras la propuesta de resolución. El hecho de que se hubiese dictado la resolución sancionadora antes del transcurso del plazo alegatorio concedido tras la propuesta de resolución y, por tanto, sin poder tener en cuenta dichas alegaciones, presentadas con posterioridad a la resolución, será objeto de análisis en fundamento separado, al ser objeto de un motivo de impugnación autónomo.

Tampoco hay falta de concreción en los hechos denunciados. A este respecto solo cabe reproducir lo razonado por la sentencia apelada, con una argumentación que asumimos, al resultar avalada por la documentación obrante en el expediente administrativo:

"En el EA consta acreditado mediante la denuncia e informe del técnico forestal que instó la denuncia que ha dado origen al expediente sancionador cuáles eran los hechos concretos que se le imputaban y así se concretaron con exactitud en el informe denuncia y posterior acuerdo de incoación. La acreditación de los hechos consistente en la tala de especies del Anexo I de la Ley 7/2012 y posterior plantación de eucalipto, se realizaron por dicho técnico, funcionario público que constata la existencia de la infracción, por la observación directa de éste y por el análisis de la documentación gráfica y fotografías de la finca que aparecen en Google Earth. Además el propio demandante con sus alegaciones se acompañó informe pericial de ingeniero técnico agrícola D. Isaac, de fecha 29/3/2016 en cuyo apartado segundo recoge que "realizado un reconocimiento general por la finca, se observó que los tocones de frondosas que existían en la parcela eran de pequeño diámetro y apenas unos pocos tocones tenían un diámetro suficiente para entrar en aserradero" (madera de roble, castaño y abedul), esto es, constató que en la finca del demandante existían vestigios y tocones de especies que se incluyen en el Anexo I de la Ley 7/2012. Por lo demás, ninguna prueba se ha practicado en el juicio para tratar de desvirtuar los hechos constatados por el agente forestal".

QUINTO.- Sobre la vulneración del trámite de alegaciones a la propuesta de resolución.



En cuanto al hecho de que la resolución administrativa se dictase antes de la preclusión del plazo para la presentación de alegaciones a la propuesta de resolución de 28 de octubre de 2.016, que fue notificada el día 9 de noviembre, no cabe apreciar que sea determinante de nulidad de la resolución, ya que como se razona en la sentencia apelada, ello no ha determinado indefensión material para el denunciado.

En este sentido, tal y como argumenta la sentencia de instancia, el elemento clave para juzgar sobre la trascendencia de un vicio formal en la tramitación del procedimiento es la existencia o no de indefensión material, tanto por aplicación del art. 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como de la jurisprudencia, que ha declarado que las formas y los requisitos procedimentales no son en sí mismos un fin al que esencialmente tienda la Ley sino que tienen un valor instrumental y funcional para alcanzar los fines de carácter superior protegidos por el Ordenamiento Jurídico como pilares básicos del mismo, por lo que no todos los vicios o infracciones que hubieran podido cometerse en la tramitación de un procedimiento administrativo tienen entidad jurídica suficiente para amparar una pretensión anulatoria por causa formal, ya que sólo son susceptibles de originar la nulidad de pleno derecho la inexistencia de todo procedimiento o la de un trámite esencial, y de originar la anulabilidad del acto administrativo los defectos de forma sustanciales o los determinantes de efectiva indefensión, careciendo, en otro caso, las infracciones o defectos procedimentales de virtud invalidante.

En suma, para formular un pronunciamiento sobre la trascendencia que el vicio procedimental haya podido ocasionar a la esencia misma del acto administrativo habrá que tener en cuenta la relación existente entre el defecto de forma y la decisión de fondo adoptada por el acto recurrido y ponderar, sobre todo, lo que habría podido variar el acto administrativo origen del recurso, en caso de observarse el trámite omitido.

A este respecto la **sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29/03/2017, nº recurso 1598/2016, nº resolución 542/2017, ECLI:ES:TS:2017:1286**, declara:

"Por otra parte, es claro que a la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1.992, que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste dé lugar a la indefensión del interesado. Y, precisamente, si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello.

Así pues, según hemos dicho reiteradamente y como señala la sentencia impugnada, no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso administrativa (entre muchas, pueden verse las sentencias de 26 de enero de 1.979 - RJ 232/1.979 -; de 18 de noviembre de 1.980 - RJ 4546/1.980 -; de 18 de noviembre de 1.980 - RJ 4572/1.980 -; de 30 de noviembre de 1.995 -recurso de casación 945/1.992 -; o, muy recientemente, la de 30 de mayo de 2.003 -recurso de casación 6.313/1.998 -).

Lo anterior tampoco supone que la simple existencia de recurso administrativo o jurisdiccional posterior subsane de manera automática la falta de audiencia anterior al acto administrativo, puesto que las circunstancias específicas de cada caso pueden determinar que estos recursos no hayan posibilitado, por la razón que sea, dicha defensa eficaz de los intereses del ciudadano afectado, lo que habría de determinar en última instancia la nulidad de aquél acto por haberse producido una indefensión real y efectiva determinante de nulidad en los términos del art. 63.2 de la Ley 30/1992".

En este caso el interesado pudo alegar y probar lo que tuvo por conveniente. Y aunque se dictó resolución sancionadora antes de que presentase su segundo escrito de alegaciones, tras la notificación de la propuesta de resolución, lo cierto es que este vicio formal -cuya existencia no se niega- no ha determinado indefensión, porque dichas alegaciones fueron examinadas y tenidas en cuenta en la resolución del recurso de alzada, que expresamente declaró a este respecto que esta omisión procedimental queda convalidada con el recurso de alzada, en el que se garantiza su derecho de defensa.

Por tanto, a pesar del vicio formal, sí se garantizó que el denunciado conociese la integridad del expediente y que pudiese realizar alegaciones y proponer prueba, con la notificación de la incoación, y también tras



la notificación de la propuesta de resolución, constando presentadas también alegaciones en ese segundo momento procedimental.

El vicio formal consistente en dictar resolución antes del vencimiento del plazo presentado para la presentación de este segundo escrito alegatorio no ha supuesto que haya quedado alguna alegación sin resolver, ya que la respuesta expresa a tales alegaciones se produce con el recurso de alzada, eliminando por tanto la indefensión material. Y en todo caso no hay ninguna alteración en la propuesta de resolución respecto a lo indicado en el acuerdo de incoación, manteniéndose los hechos denunciados y la tipificación. Además, tras las alegaciones del denunciado no se incorporó al expediente más elemento probatorio que el informe del agente forestal, explicativo de algunas cuestiones en relación a la fecha de los hechos y el valor de la madera, y tras tener conocimiento del mismo, las segundas alegaciones, presentadas tras la notificación de la propuesta de resolución, pudieron ser valoradas con ocasión del recurso de alzada.

En cuanto a la alusión a la inminencia de la caducidad del procedimiento, en realidad no era tal, ya que el plazo de tramitación del procedimiento se extendía nueve meses desde la incoación, llegando hasta el 4 de diciembre de 2016, y el vencimiento del plazo concedido al interesado para alegaciones para la propuesta de resolución vencía el día 26 de noviembre de 2016 (no en el 29 de noviembre de 2016, como se alegaba en la demanda, ya que sí procede incluir en el cómputo del plazo los sábados, dado que la tramitación del expediente sancionador, hasta el dictado de la resolución sancionadora, se regía por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y por el Real Decreto 1398/1993, al haberse iniciado en fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, en atención a la Disposición Transitoria Tercera de esta última ley).

Por ello, en todo caso la caducidad del expediente sancionador no era tan inminente como para haber impedido el dictado de la resolución respetando el plazo de alegaciones y el plazo máximo de tramitación del expediente, puesto que el plazo de alegaciones vencía el 26 de noviembre de 2016, mientras que el plazo máximo de tramitación del procedimiento vencía el 4 de diciembre de 2016. Por ello, no se aprecia que el carácter prematuro de la resolución obedezca al intento de sortear el instituto de la caducidad del procedimiento administrativo, tratándose de una irregularidad en este caso no invalidante, habida cuenta de que tal y como señala la sentencia apelada al interesado " *se le permitió presentar alegaciones tras la incoación del expediente, aportó prueba que estimó pertinente con el escrito de alegaciones tras la notificación del acuerdo de incoación del expediente sancionador*" y además " *tampoco se le impidió probar los hechos ni formular las alegaciones que estimase pertinente y en todo caso, no consta tampoco se justifica que la falta o ausencia de alguno de los trámites le hubieran supuesto una efectiva indefensión desde el punto de vista material*".

SEXO.- Sobre la prueba de cargo.

En contra de lo que afirma el apelante, la imposición de las dos sanciones sí se apoya en prueba de cargo suficiente: la denuncia del agente forestal y el informe posterior. En cuanto a los hechos constitutivos de infracción en su misma realidad física, se acreditan con esas pruebas y ni siquiera se niegan por el denunciado, que en sus alegaciones lo que hace es discutir la fecha en que se produjeron.

Como advierte el Letrado de la Xunta de Galicia en su oposición a la apelación, el documento que goza de la presunción de veracidad es el referido Informe-denuncia levantado por el Agente Forestal nº 0578, perteneciente al Distrito Forestal I de Ferrol, el 5 de febrero de 2016, que obra unido a los folios 1 y 2 del expediente administrativo. En dicho informe se hace constar la parcela en que se observa la tala ilegal de frondosas (la nº 2 del Polígono 22 del ayuntamiento de As Somozas), sin que el recurrente opusiese ninguna objeción a su correcta identificación, tanto de superficie (0,11 Ha) como de linderos, por cuanto la misma aparece en la ficha catastral unida al expediente administrativo, por lo que carece por completo de sentido objetar ahora en este proceso, sin aportar prueba alguna al respecto, la identificación de la finca que se hace en dicho informe.

Hay motivación en cuanto a la identificación de los hechos, y en concreto de los árboles talados, y no se ofrece por el apelante ninguna argumentación que ponga de manifiesto ninguna incorrección respecto a los datos tenidos en cuenta por la resolución sancionadora. La sentencia contiene un fundamento relativo a la aplicación del principio de presunción de inocencia y razona sobre las pruebas de cargo que en este caso la desvirtúan. El denunciado con su primer escrito alegatorio habla de una limpieza de algunos árboles de fronda hace más de tres años y de una plantación de eucaliptos que ahora tienen 2 años. Y el informe pericial aportado discute el valor de la madera, cifrándolo en 40 euros, mientras que el informe complementario a la denuncia lo cifraba en 160 euros. No se trata de un extremo esencial que afecte ni a la tipicidad ni a la sanción, ya que no se desvirtúa que la corta realizada sin autorización respecto a determinadas especies - entre las que figuran bidueiro y salgueiro, que fueron las especies taladas-, o formando parte de espacios sujetos a régimen de protección, es constitutivo de infracción del art. 128 ñ 1) de la Ley 7/2012 de Montes de Galicia.



En cuanto a la reforestación con eucaliptos, también es un hecho comprobado por el agente forestal, que incurre en la prohibición del art. 67.4 de la Ley 7/2012. Y se degradó el tipo en la resolución del recurso de alzada, pasando a infracción leve, beneficiando al infractor respecto a la calificación aplicada en la resolución sancionadora.

Se han fijado las sanciones en el mínimo del arco sancionador, y ni el hecho de la tala de especies del anexo I sin autorización ni el hecho de la repoblación con eucalipto ha sido desvirtuado. Antes al contrario, el informe pericial aportado por el denunciado confirma la existencia de tocones de frondosas en la parcela. Los hechos constitutivos de las dos infracciones están probados y no se aplicó ninguna circunstancia agravante.

En suma, como alegaba el Letrado de la Xunta de Galicia, lo relevante en este caso es la existencia previa de frondosas en dicha parcela, de las incluidas en el anexo 1 de la ley de montes de Galicia (en este caso bidueiros y salgueiros), y su desaparición por tala (existencia de tocones cortados que ponen de manifiesto que no desaparecieron ni por incendio ni por el efecto de fuertes vientos), así como la posterior repoblación con especies prohibidas a estos efectos, como es el eucalipto.

Por tanto, todos los elementos conformadores de ambos tipos infractores aparecen constatados y debidamente reflejados en el Informe-denuncia del agente forestal, unos por la observación directa de dicho funcionario in situ y, a su vez, contrastados con las fotografías aéreas referenciadas, y otros por mera deducción de tales hechos, sin que el recurrente haya aportado prueba alguna que desvirtúe esos hechos y las conclusiones a que llega el agente forestal informante.

La estimación del número y superficie de árboles talados sí es explicada en el informe del agente forestal, aunque el apelante sostenga lo contrario. Se indica en su informe que hizo una estimación de acuerdo a los tocones y a restos de corta que se apreciaban con claridad en el momento de la inspección, excepto los que ya habían sido destruidos por los trabajos de saca de la madera y posterior preparación para la plantación. Su estimación fue realizada por muestreo de parcelas en zonas que no estaban afectadas por dichos trabajos. A este respecto, señala el Letrado de la Xunta de Galicia que se trata de la aplicación del conocimiento del agente y de la utilización de un método habitual de medir el número de especies afectadas, multiplicando el número de tocones existentes en una zona de la finca, y extrapolando ese dato a la superficie que se observa talada.

En suma, el expediente incorpora prueba de cargo de la transformación de una fraga consolidada en la Red Natura 2000 en un eucaliptal, si bien no se llegó a tener en cuenta la circunstancia de que se tratase de zona incluida en la Red Natura 2000, ni a efectos de tipicidad, ni a efectos de agravar la sanción. Se le impuso la mínima sanción posible-con la obligación de restauración del monte al estado anterior a la comisión de las infracciones- en función de los hechos acreditados del talado de determinadas especies y de la repoblación con eucaliptos sin autorización.

En atención a lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación, confirmando la sentencia apelada, por resultar conforme a derecho la resolución sancionadora recurrida.

SÉPTIMO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA en los recursos de apelación las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

La desestimación del recurso de apelación determina la imposición de las costas procesales a la parte apelante, con el límite máximo de 1.000 euros por todos los conceptos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1º. DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Eduardo contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ferrol nº 23/2020, de 11 de febrero de 2020, dictada en el procedimiento ordinario 113/2019, y CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia recurrida.

2º. Con imposición de las costas procesales a la parte apelante, con el límite máximo de 1.000 euros, por todos los conceptos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que



se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ