



Roj: **STS 266/2018 - ECLI:ES:TS:2018:266**

Id Cendoj: **28079130052018100027**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **01/02/2018**

Nº de Recurso: **95/2017**

Nº de Resolución: **145/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CESAR TOLOSA TRIBIÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4727/2016,**
STS 266/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 145/2018

Fecha de sentencia: 01/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 95/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/01/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 95/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 145/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde



D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Juan Carlos Trillo Alonso
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Jose Juan Suay Rincon
D. Cesar Tolosa Tribiño

En Madrid, a 1 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación número 95/2017, formulado por el AYUNTAMIENTO DE CABRERA DE MAR, representado por el Procurador D. Adolfo Morales Hernández-Sanjuan, bajo la dirección letrada de D. Alex Subirachs Amigo, contra la sentencia de diecinueve de julio de dos mil dieciséis, dictada por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 284/2011, sostenido contra la desestimación presunta por el hoy Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (entonces Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino), la Generalidad de Catalunya (Consejería de Territorio y Sostenibilidad) y el Consorcio Puerto de Mataró, de las solicitudes formuladas sobre responsabilidad medioambiental. Recurso posteriormente ampliado a la resolución de 15 de abril de 2013, del Secretario de Medio Ambiente y Sostenibilidad del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña, que confirma enalzada la resolución expresa desestimatoria de 8 de octubre de 2012 dictada por la Directora General de Calidad Ambiental del citado Departamento; Han sido partes recurridas la GENERALIDAD DE CATALUÑA, a través del Sr. Abogado de sus Servicios Jurídicos, el Procurador D. Álvaro José de Luis Otero en nombre y representación del CONSORCIO PUERTO DE MATARÓ, y la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, debidamente representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente Cesar Tolosa Tribiño.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó, en el recurso seguido con el número 284/2011, sentencia el día diecinueve de julio de dos mil dieciséis, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:

"1º- RECHAZAR la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo opuesto por la Generalidad de Catalunya.

2º DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CABRERA DE MAR (BARCELONA), representado por el Procurador Sr. Morales Hernández-San Juan, frente a la desestimación presunta por el hoy Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (entonces Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino), la Generalidad de Catalunya (Consejería de Territorio y Sostenibilidad) y el Consorcio Puerto de Mataró, de las solicitudes formuladas sobre responsabilidad medioambiental. Recurso ampliado a la resolución de 15 de abril de 2013, del Secretario de Medio Ambiente y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña, que confirma enalzada la resolución expresa desestimatoria de 8 de octubre de 2012 dictada por la Directora General de Calidad Ambiental.

3º.- Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes (...)"

Notificada dicha resolución a los interesados, la parte recurrente presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando se tuviese por preparado recurso de casación; a ello se accedió por Diligencia nueve de febrero de dos mil diecisiete, en la que se acordaba su emplazamiento para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

SEGUNDO.- Dentro del plazo al efecto concedido comparecieron ante esta Sala las partes expresadas en el encabezamiento de la presente. La representación procesal del AYUNTAMIENTO DE CABRERA DE MAR (Barcelona) formuló recurso, teniendo en cuenta cuatro motivos de casación: "A saber:

Primer motivo.- Al amparo del artículo 88.1 d) LJCA por incurrir la sentencia en infracción de las normas del ordenamiento jurídico: Infracción del artículo 2.11 Ley 26/2007, de 23 de octubre de 2007, de Responsabilidad medioambiental y del artículo 1.7 de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad medioambiental.

El presente motivo de casación se articula en relación con el concepto de actividad económica o profesional, establecido en los artículos 2.11 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental



(en adelante "LRM ") y 2.7 de la Directiva 2004/35/CE , de 21 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales (en adelante "Directiva") al haber infringido la sentencia de instancia dichos preceptos al no considerar que el daño medioambiental existente en las playas de Cabrera de Mar debe incluirse dentro de la actividad del Puerto de Mataró a los efectos de los preceptos indicados.

Segundo motivo.- Al amparo del artículo 88.1 d) LJCA por incurrir la sentencia en infracción de las normas del ordenamiento jurídico: infracción del artículo 3 del Código Civil

Como complementario al motivo anterior se articula el presente, puesto que al margen de la vulneración directa del propio artículo 2.11 LRM al incluir en nuestro caso únicamente los servicios portuarios como actividad económica del Puerto de Mataró consideramos que la interpretación realizada por la Sentencia de instancia vulnera el artículo 3 del Código Civil .

Tercer motivo.- Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA , por incurrir la sentencia en infracción de las normas del ordenamiento jurídico: Vulneración del artículo 45 de la Constitución Española y los artículos 3.2 , 9.1 y 13 Ley 26/2007 en relación con la determinación del responsable medioambiental.

La Sentencia dictada excluye la actividad del Puerto de Mataró como actividad causante de la situación de regresión de la playa de Cabrera de Mar y así excluye tanto su responsabilidad como la responsabilidad directa del Puerto de Mataró e indirecta de las administraciones demandadas, tal y como se reclamó en nuestro escrito de demanda, vulnerando así los principios de responsabilidad medioambiental establecidos por la legislación mencionada. Cuarto motivo.- al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA , por incurrir la sentencia en infracción de las normas del ordenamiento jurídico: Vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución y artículos 319 y 348 de la LEC (en relación a los artículos 1216 , 1218 y 1243 del Código Civil), así como la jurisprudencia sobre valoración de la prueba por infracción de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba.

El recurso de casación, como es bien sabido, es un recurso nomofiláctico que le impide volver a valorar la prueba practicada por el Tribunal *a quo*, sólo se admite en los extraordinarios casos en que la valoración efectuada vulnere el principio de la sana crítica; concepto a todas luces escurridizo y de difícil concreción.

Esta parte es plenamente consciente de la dificultad de demostrar dicha vulneración pero a la vez está totalmente convencida de la viabilidad del presente recurso a la vista de la evidente contradicción entre lo dictaminado por la pericial y otras pruebas documentales practicadas, y las conclusiones extraídas de la misma por parte del Tribunal *a quo*. "

En definitiva, solicita "con estimación del presente recurso y casación de la recurrida, se sirva declarar la existencia de un daño medioambiental a la costa de Cabrera de Mar por la desaparición y total erosión de la misma, atribuyendo su responsabilidad solidaria al gestor del Puerto de Mataró, la Generalitat de Catalunya y el Ministerio del Medio Ambiente, Medio Rural y Marino del Gobierno del Estado Español, y decrete que todos ellos de manera solidaria o de la manera que este Juzgador considere oportuna se ejecute, con máxima urgencia, las medidas de reparación, prevención y de evitación de futuros daños medioambientales ..."

TERCERO .- Acordada la admisión a trámite por resolución de ocho de mayo de dos mil diecisiete y, recibidas en la Secretaría las actuaciones para su sustanciación, se dio el oportuno traslado a las partes recurridas. Tanto la GENERALIDAD DE CATALUÑA, como el CONSORCIO PUERTO DE MATARÓ, como la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO presentaron sendos escritos de oposición a los motivos alegados de contrario para, expresamente, interesar una sentencia desestimatoria.

CUARTO.- Tramitado el recurso, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento, a cuyo fin se fijó para su deliberación, votación y fallo, el treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Se interpone el presente recurso contra la sentencia de diecinueve de julio de dos mil dieciséis, dictada por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 284/2011 , sostenido contra la desestimación presunta por el hoy Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (entonces Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino), la Generalidad de Catalunya (Consejería de Territorio y Sostenibilidad) y el Consorcio Puerto de Mataró, de las solicitudes formuladas sobre responsabilidad medioambiental. Recurso posteriormente ampliado a la resolución de 15 de abril de 2013, del Secretario de Medio Ambiente y Sostenibilidad del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Catalunya, que confirma en alzada la resolución expresa



desestimatoria de 8 de octubre de 2012 dictada por la Directora General de Calidad Ambiental del citado Departamento.

SEGUNDO: Según la sentencia de instancia "El Ayuntamiento de Cabrera presentó sendos escritos solicitando la incoación de expediente de responsabilidad medioambiental, al amparo de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental (LRM), ante la Administración General del Estado (el Ministerio citado más arriba), la Generalidad de Catalunya y el Consorcio Puerto de Mataró (gestor del Puerto de Mataró), por la desaparición y erosión constante y progresiva de la playa de Cabrera de Mar, solicitando se estime la existencia de un daño medioambiental, a la costa de Cabrera de Mar, atribuible al gestor del Puerto de Mataró o a quien se considere responsable y que se adopten las medidas de restauración, prevención y evitación de futuros daños medioambientales, proponiendo medidas de reposición de arena acompañadas de otras medidas complementarias como la construcción de diques.

La erosión de la costa de Cabrera, según el citado Ayuntamiento, viene originada por la construcción del Puerto de Mataró que ha interrumpido el transporte natural de sedimentos que la formaban, efectos que se conocían al tiempo de su construcción y por eso se acordaron una serie de medidas y obras necesarias para restaurar el medio ambiente y evitar esa situación que los gestores del puerto estaban obligados a adoptar y no lo hicieron, sin que tampoco les fueran exigidas por las Administraciones competentes para la defensa del medio ambiente.

Esta petición se sustenta por el Ayuntamiento en el "Estudio de la afectación del puerto de Mataró a las playas de Cabrera del Mar y Estudio de alternativas de actuación", elaborado por la empresa Europrincia en junio de 2010 por encargo del repetido Ayuntamiento, en un estudio del Cedes de 2002 etc, aportando también, entre otra documentación, informe del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 13 de abril de 1987 sobre el Proyecto de Puerto Deportivo-Pesquero situado en Mataró, etc.

Al amparo del artículo 7 de la LRM se dictó por la Generalidad de Catalunya y en concreto por la Directora General de Calidad Ambiental, resolución expresa de 8 de octubre de 2012 desestimatoria por falta de responsabilidad ambiental, confirmada en alzada por la resolución del Secretario de Medio Ambiente y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña, de 15 de abril de 2013. La resolución expresa argumenta, en esencia, que si como invoca el Ayuntamiento de Cabrera el daño es provocado por la propia existencia física del puerto, producida a raíz de su construcción entre 1988 y 1991, y no por la actividad que desarrolla el puerto, el caso difícilmente puede ser incardinado en el ámbito de aplicación de la Ley 26/2007 pues el *artículo 3.1 de la Ley 26/2007* exige que los daños sean causados por actividades económicas o profesionales y no existe un vínculo entre la actividad de gestión del puerto y el daño causado. Señala que la construcción del puerto, además de quedar excluida temporalmente de la Ley, parece no encajar con la finalidad tanto de la citada Ley como de la Directiva 2004/35/CE, esencialmente orientadas a cubrir episodios puntuales de contaminación, como pueden ser las emisiones a la atmósfera, los vertidos, contaminación derivada de actividades económicas.

Añade dicha resolución que, pese a que de entrada se llegaría a la inexistencia de responsabilidad de acuerdo con el ámbito de aplicación de la norma y la disposición transitoria única de la Ley, tampoco existe relación de causalidad entre la construcción del Puerto de Mataró y el daño medioambiental alegado (la pérdida de playa en Cabrera de Mar), a la vista del informe del Servicio de Puertos de 19 de abril de 2012, que se basa en los resultados de dos estudios (el estudio "Estado de la zona costera en Catalunya" de abril de 2010, del laboratorio de ingeniería marítima de la Universidad Politécnica de Catalunya y el dictamen de julio de 2012 del laboratorio de ingeniería marítima de la citada Universidad) que atribuyen la pérdida generalizada de sedimento en la costa catalana no a un único hecho sino a diversas causas y señalan que la situación de pérdida generalizada de playa seca ni es un hecho singular de la costa de Cabrera ni se ha producido después de la construcción de puertos deportivos sino a lo largo del siglo XX".

TERCERO: Según la tesis de la parte recurrente: "La construcción del Puerto de Mataró ha interrumpido el transporte natural de sedimentos a la costa mediterránea de norte a sur y ha supuesto que Cabrera del Mar, situada al sur de dicha infraestructura, se haya quedado sin playa por una erosión y pérdida constante y progresiva de los elementos que la formaban causando una degradación o daño medioambiental de la citada costa, afirmando que la playa de Cabrera de Mar ha desaparecido por razón de la construcción del Puerto de Mataró, que es la causa principal de la erosión de la playa de Cabrera de Mar. Consideraciones que apoya en el "Estudio de la afectación del puerto de Mataró a las playas de Cabrera del Mar y estudios de alternativas de actuación", elaborado por la empresa Europrincia en junio de 2010, por encargo del Ayuntamiento demandante, en un estudio del Cedes de 2002, etc. haciendo hincapié en el informe interno de la Secretaría del Cambio Climático de 14 de julio de 2011.



La desaparición de la playa ha supuesto un gravísimo perjuicio, no solo ecológico sino también económico y turístico, pues ha implicado la destrucción de uno de los mayores activos de Cabrera de Mar y está impidiendo construir un paseo marítimo y otorgar de manera estable concesiones para chiringuitos de playa".

CUARTO: En el Fundamento de Derecho tercero, la sentencia desestima la cuestión previa opuesta por la Generalidad de Catalunya, consistente en la falta de constancia del cumplimiento de los requisitos exigidos a las Corporaciones Locales para entablar recursos y, más en concreto, del informe exigido por el artículo 54 del Real Decreto 781/1986, de 18 de abril. Mientras que en el Fundamento de Derecho Cuarto, hace lo propio con "la causa de nulidad de la resolución de 8 de octubre de 2012, opuesta por la actora ex artículo 62.1.b) de la LRJPAC, al considerar que la Directora General de Calidad Ambiental del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Catalunya que la dictó, carece de competencia por razón de la materia para resolver expedientes de responsabilidad ambiental".

QUINTO: Entrando ya en el examen del fondo del recurso, aborda la resolución recurrida la legitimación para exigir la responsabilidad medioambiental, pasando a continuación a señalar que "El Ayuntamiento de Cabrera del Mar alega que la existencia del Puerto de Mataró ha producido el daño medioambiental consistente en la desaparición de la playa de Cabrera, pues al haber interrumpido el transporte natural de sedimentos a la costa mediterránea de norte a sur, dicha playa ha sufrido una erosión y pérdida constante y progresiva de los elementos que la formaban causando una degradación o daño medioambiental de la costa, además de haberse incumplido por los gestores del Puerto una serie de medidas necesarias para restaurar el medio ambiente respecto a las playas adyacentes y evitar dicho daño medioambiental, que tampoco les fueron exigidas por las Administraciones competentes para la defensa del medio ambiente. Por el contrario, para las partes demandadas no resulta aplicable la LRM al supuesto de autos, no sólo por razones temporales, sino también porque no se incluye dentro de su ámbito de aplicación y por no existir daño ambiental en el sentido de la LRM al entender que la erosión de la costa a la altura de Cabrera obedece a múltiples causas o que no existe relación de causalidad entre esa erosión y pérdida de playa y la existencia y actividad del puerto de Mataró.

Por tanto, debe examinarse si la LRM resulta de aplicación al presente caso, en especial teniendo en cuenta el concepto de daño medioambiental fijado en la misma que debe ser ocasionado por las actividades profesionales o económicas llevadas a cabo por los operadores".

Según la sentencia "La aplicación de la LRM requiere que los daños medioambientales hayan sido ocasionados por las actividades profesionales o económicas llevadas a cabo por los operadores y el artículo 2.11 define la "actividad económica o profesional" como " *Toda aquella realizada con ocasión de una actividad de índole económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter público o privado y de que tenga o no fines lucrativos*".

La LRM, acorde con la Directiva que traspone, contiene un concepto amplio de actividad económica o profesional, pero en el caso de autos hay que examinar si el daño proviene de una actividad de este tipo que se haya realizado por el operador, es decir el Puerto de Mataró.

El citado Puerto está construido entre determinados mojones del deslinde vigente en el término de Mataró y mediante Real Decreto 2876/1980 el Estado traspasó a la Generalidad de Catalunya la titularidad de una serie de puertos estatales y la competencia de autorización o concesión de los nuevos y la ampliación o modificación de los ya existentes, lo que afectó al puerto de Mataró. La Generalidad otorgó en marzo de 1988 a la entidad Puerto de Mataró S.A., la concesión para la construcción de un Puerto Deportivo Pesquero en Mataró, de acuerdo con un proyecto de julio de 1984, versando alguna de las prescripciones sobre la realización de trasvases de arenas para mantener la estabilidad de las playas afectadas tanto al norte como al sur del puerto deportivo. El puerto se construyó entre 1989 a 1991 y en julio de 1994 por problemas económicos de la entidad Puerto de Mataró S.A., mediante acuerdo de Gobierno de la Generalidad de 23 de julio de 1996 se acordó la extinción anticipada de la concesión otorgada a dicha entidad, revertiendo la infraestructura a la Generalitat que mediante Decreto de 2 de septiembre de 1997 constituye el Consorcio Puerto de Mataró, formado por la Generalidad de Catalunya y el Ayuntamiento de Mataró, para gestionar directamente dicha infraestructura.

De acuerdo con la Ley 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña, la actividad propia del Puerto de Mataró es la prestación de servicios portuarios que la actividad económica propia del Puerto de Mataró es la prestación de servicios portuarios que se definen en el artículo 88.1, como " *las prestaciones que se ofrecen al público para satisfacer las operaciones y las necesidades marítimas, de acuerdo con lo que establece esta Ley y las normas que la desarrollan*".

El daño que se invoca no deriva realmente de la actividad que desarrolla el Puerto, que consiste básicamente la gestión y explotación de la actividad portuaria, sino que en una primera alegación de la actora se identifica con la propia existencia del Puerto, por lo que derivaría del mismo en cuanto infraestructura, a raíz de su construcción situada entre 1988 y 1991. Sin embargo, si el daño fuera provocado únicamente por la existencia



del Puerto y no por su actividad, a juicio de esta Sala, no supondría un caso de responsabilidad mediambiental de la LRM. En efecto, si hipotéticamente el Puerto no tuviera ninguna actividad, también se produciría el daño alegado, lo que no se encuentra previsto en la LRM, pues la responsabilidad medioambiental exige que el daño sea causado por la actividad del operador.

La actora, quizás consciente de lo anterior, alega también que el Consorcio Puerto de Mataró tiene las mismas obligaciones que le fueron impuestas al gestor inicial por razón del artículo 13.2.c) de la LRM, de manera que el daño mediambiental vendría provocado realmente porque no se han tomado medidas para paliar los efectos de la existencia del Puerto, a lo que añade que tanto la Administración General del Estado como la Generalidad de Catalunya (responsables indirectos) eran conocedores de las perturbaciones y consecuencias medioambientales que el Puerto de Mataró ocasionaría, lo que suponía una serie de actuaciones paliativas que nunca han sido ejecutadas ni exigidas a sus responsables, es decir el Consorcio de Mataró (antes la entidad Puerto de Mataró S.A.).

Por tanto, hay que examinar si la falta de ejecución de posibles medidas paliativas, de la que la actora hace responsables indirectos a la Administración General del Estado y a la Generalidad de Catalunya, provoca la responsabilidad medioambiental regulada en la LRM, en cuanto deriva de una actividad económica o profesional a que se refiere el citado artículo 2.1 de la LRM.

La actora en la ampliación de la demanda dice que la realización de medidas paliativas impuestas al gestor del Puerto de Mataró "*...sí forma parte de la actividad propiamente dicha del Puerto por la sencilla razón de que se trata de condiciones puestas en la concesión para la explotación*" y se apoya, como prueba, en la documentación aportada por el Consorcio al expediente instruido por la Generalidad de Catalunya, en la que se reflejan diversas actuaciones que se han realizado o proyectado para trasvasar tierras o restaurar sedimentos. De esto concluye la actora que "*es evidente que si el Port de Mataró no tuviera obligación alguna y si las actuaciones a realizar en las playas de Cabrera de Mar no fueran parte de su actividad económica como puerto, entonces no haría nada de lo que ha hecho, nada*", por lo que considera malintencionado y temerario afirmar que el daño causado en las playas de Cabrera no puede ser incluido en la actividad económica del operador y también recuerda el Informe del Ministerio de 15/11/2011 que considera que no deja lugar a dudas respecto a la cuestión.

Sin embargo, esta argumentación debe ser rechazada, pues cuando la propia actora reconoce que el Consorcio del Puerto ha realizado algunas actuaciones y trata de encuadrarlas como parte de la actividad económica, lo que realmente debe concluirse es que las mismas, en su caso, vendrían exigidas por la concesión otorgada y no por la actividad realizada o desarrollada por el Puerto. Como argumenta la Generalidad, se intenta traer a un supuesto de una presunta responsabilidad medioambiental cuestiones ajenas a este marco jurídico y que se deberían plantear a través de otras acciones si lo que se pretende defender es un presunto incumplimiento de obligaciones concesionales, que es un tema ajeno al daño mediambiental causado por una actividad económica o profesional a que se refiere el artículo 2.1 de la LRM".

SEXTO: Termina la Sala valorando la prueba practicada para concluir que "no resulta acreditado que la regresión de la playa de Cabrera de Mar se deba sólo al puerto de Mataró, sino que obedece a múltiples causas, habiéndose constatado ya erosión en dichas playas antes de la construcción del puerto. En efecto, el "Estudio de afectación del Puerto de Mataró a las Playas de Cabrera del Mar y estudio de alternativas de actuación", de julio de 2010, elaborado por Europrincipia, aportado por el Ayuntamiento de Cabrera y ratificado a presencia judicial por su autor el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos D. Edmundo , destaca en sus conclusiones que es "*especialmente preponderante el rol negativo jugado desde su construcción en 1989 por el puerto de Mataró*", pero no excluye que existan otras causas, aunque no las evalúa en dichas conclusiones. Además, en su página 36 señala "*...la zona de Cabrera de Mar que se encuentra situada entre el puerto de Mataró al norte y el de Premiá de Mara al sur sufre desde la década de los 70 severos problemas erosivos que han llevado a una pérdida progresiva de arena. La consiguiente disminución de la playa emergida ha significado una merma importante del uso recreativo de las playas y ha afectado profundamente la función de protección que ésta juega sobre las infraestructuras interiores frente a la acción del oleaje. Es por ello que una parte importante de la playa de Cabrera de Mar presenta un ancho de playa muy reducido (tramo de poniente) o simplemente no presenta playa (tramo de levante)*". Es decir, se reconoce que la situación regresiva de las playas de Cabrera de Mar, se inicia antes de la construcción del Puerto de Mataró.

Además, en el acto de ratificación del informe a presencia judicial reconoció el perito que la aportación principal de sedimentos que alimenta las playas, el Tordera y que ahora "*baja poco y si queremos mantener las anchuras de playa correspondiente porque se considera que es un atractivo turístico y es beneficioso para los municipios del Maresme, pues la única solución es desgraciadamente aportando arena y rigidizando algunos tramos*". Interesa destacar como el perito no habla de afección medioambiental sino de atractivo turístico .



Añadió que " *el Maresme está perdido para siempre tiene un problema inicial de que el río Tordera no aporta los sedimentos que antes aportadaza, y en segundo lugar todas las obras portuarias que se han hecho en el Puerto de Arenys, junto a Masnou, Balis, Premiá etc suponen barreras al transporte de sedimento*". Reconoció también la influencia de la existencia de la línea de ferrocarril e incluso que el paseo marítimo de Cabrera de Mar pudiera resultar contraproducente a efectos de estabilización de la playa.

Por otro lado, las conclusiones técnicas del Laboratorio de Ingeniería Marítima de la Universidad Politécnica de Cataluña, reflejan que la situación de las Playas de Cabrera obedece a múltiples causas y no solo a la existencia del Puerto, no siendo un hecho singular pues afecta a muchos tramos de la costa del Maresme y se ha constatado la erosión en dichas playas antes de la construcción del Puerto.

Y el informe de la Subdirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar de 22 de junio de 2011, también reconoce que la construcción del puerto de Mataró no es la única causa de la erosión de la costa de Cabrera del Mar, si bien la ha potenciado.

Finalmente se ha aportado por la actora al evacuar el trámite de alegaciones conferido respecto a la incidencia en el presente recurso de la derogación de la *Disposición adicional décima de la Ley 26/2007, por la Ley 11/2014*, un informe del Cedex que lleva por título "Estudios de dinámica litoral, defensa y propuesta de mejora en las playas con problemas erosivos, considerando los efectos del cambio climático: Estrategia de actuación en el Maresme", de 3 de diciembre de 2014, y que por tanto pudo ser aportado con el escrito de conclusiones que tuvo su entrada en la Sala el 21 de enero de 2015, lo que de entrada vedaría su admisión por extemporáneo.

Pero en todo caso, interesa subrayar que se trata de un informe que versa sobre una estrategia de actuación en el Maresme, lo que confirma que la regresión de la playa de Cabrera de Mar no es un hecho puntual, sino que la regresión afecta a todo el Maresme. Así, señala dicho informe- página 6 - que la estructura actual de la costa del Maresme viene condicionada por las sucesivas actuaciones que se han realizado para situar infraestructuras en el borde litoral. Primeramente la construcción del ferrocarril Barcelona a Mataró (1848) que se situó en el borde litoral condicionando tanto el desarrollo de las ciudades como la actividad y el uso de las playas que ha llevado a tener que escoger gran parte de su frente para proteger las vías del tren, circunstancia que hace que el litoral existente después de la playa y en ocasiones la playa misma, se encuentre rigidizado . A continuación se han ido construyendo puertos en el frente: el primero el de Arenys de Mar, seguido costa hacia el sur de los de Balis, Mataró, Premiá de Mar y Masnou que han fragmentado longitudinalmente la costa, impidiendo el transporte de sedimentos que discurre básicamente de norte a sur, y descompensado sedimentariamente el tramo, con playas apoyadas al norte de los puertos y playas erosionadas al sur de ellos. Además, los arroyos y rieras han condicionado su actividad sedimentaria, pues -página 5- la costa del Maresme es actualmente deficitaria de sedimento debido a la falta de aportes del río Tordera, su principal fuente de alimentación y a que las rieras que aportaban discontinuamente material a la costa debido a la actividad humana tampoco lo hacen en la actualidad. Y por último cita al uso humano de la costa del Maresme -páginas 6 y 7- y a una presión urbanística que ha condicionado toda su recuperación.

Finalmente cabe destacar como al tratar de las variables de priorización de las actuaciones que se proponen, se citan por el Cedex en segundo lugar las medioambientales - página 111- que según se expresa, se englobarían parcialmente dentro de las funciones demandadas a las playas, como habitat, tratando de incluir los tramos de costa que sean más naturales posibles y el problema es que la costa del Maresme, en mucha de su longitud - y en concreto en el tramo que nos ocupa- se encuentra en un grado de artificialización, o transformación de la mano del hombre muy importante, habiendo perdido hace mucho tiempo ese elemento natural inicial, adaptándose la costa a la realidad actual y condicionada a las obras que se han realizado a lo largo de su costa.

En definitiva, por todo lo expuesto y sin necesidad de examinar si la Ley 26/2007 es aplicable *ratione temporis*, al hallarnos ante un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la LRM, procede la desestimación del recurso interpuesto".

SÉPTIMO: La representación procesal del AYUNTAMIENTO DE CABRERA DE MAR (Barcelona) formuló recurso y en el primer motivo denuncia, al amparo del artículo 88.1 d) LJCA, la infracción del artículo 2.11 Ley 26/2007, de 23 de octubre de 2007, de Responsabilidad medioambiental y del artículo 1.7 de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad medioambiental.

El motivo de casación se articula en relación con el concepto de actividad económica o profesional, establecido en los artículos 2.11 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental y 2.7 de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, al haber infringido la sentencia de instancia dichos preceptos al no considerar que el daño medioambiental existente en las playas de Cabrera de Mar debe incluirse dentro de la actividad del Puerto de Mataró a los efectos de los preceptos indicados.



Para dar adecuada respuesta a este motivo, se hace preciso delimitar el ámbito subjetivo de la responsabilidad medioambiental, ámbito que se configura a partir del concepto "operador", que se define como cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración (artículo 2.10).

De esta definición extraemos dos notas destacadas: por un lado, que se pretende establecer un concepto muy amplio, ya que incluye no sólo al que directamente desarrolla una actividad económica o profesional, sino al que la controla; esta última idea amplía notablemente el círculo de personas que en una primera instancia son los que "desarrollan" una actividad.

Por otro lado, y al menos en un primer estado de la identificación del operador, será dato muy relevante quién se presente frente a la Administración como la persona que desempeñe dicha actividad a través del correspondiente permiso, autorización, inscripción registral o comunicación.

La Ley también define lo que debe entenderse por "actividad económico-profesional" en su artículo 2.11: toda aquella realizada con ocasión de una actividad de índole económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter público o privado y de que tenga o no fines lucrativos. Se trata, de nuevo, de una definición muy amplia.

Por lo que respecta a la responsabilidad de los operadores, el apdo. 1 del Art. 9 de la Ley, dispone que los operadores de las actividades económicas o profesionales incluidas en la ley están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos. El cumplimiento de los requisitos, de las precauciones y de las condiciones establecidos por las normas legales y reglamentarias o de los fijados en cualesquiera títulos administrativos cuya obtención sea necesaria para el ejercicio de una actividad económica o profesional, en particular, en las autorizaciones ambientales integradas, no exonerará a los operadores incluidos en el anexo III de responsabilidad medioambiental.

En el presente caso, el daño que se invoca no deriva realmente de la actividad que desarrolla el Puerto, que consiste básicamente en la gestión y explotación de la actividad portuaria, sino que en el fondo la actora lo identifica con la propia existencia del Puerto, por lo que derivaría del mismo en cuanto infraestructura, a raíz de su construcción situada entre 1988 y 1991.

Como vemos, la sentencia llega a la conclusión de que, tal y como se planteó la cuestión por la parte actora, ahora recurrente, el daño que alega, esto es, la erosión y pérdida de la playa de Cabrera Mar no se debe a la actividad del gestor del puerto, sino a la existencia misma de la infraestructura, y por tanto no se aprecia la necesaria relación de causalidad entre la actividad económica o profesional y el presunto daño.

Por otra parte, la sentencia, al examinar el alegato según el cual el daño vendría provocado porque no se han tomado las medidas para paliar los efectos de la existencia del Puerto -que nunca se tomaron y que las administraciones competentes nunca exigieron-, entiende que las medidas paliativas no derivan de la actividad portuaria sino de la concesión del puerto (quedando obligada en su caso la concesionaria original). De manera que tampoco en este caso el daño deriva de la actividad económica, sino de la relación concesional.

OCTAVO: Con independencia de lo anterior, no podemos olvidar que la sentencia, procede a desestimar la pretensión, dado que no ha quedado acreditado que la regresión de la playa se deba al puerto de Mataró en exclusiva, por cuanto que se había constado previamente la erosión en dichas playas. En definitiva, no sólo es que los daños en la playa no sean consecuencia de una actividad económica o profesional, sino que tampoco queda acreditado que sean exclusiva consecuencia de la propia construcción del puerto, tal y como se concluye del examen de la prueba practicada. En cualquier caso, si tal relación pudiera establecerse, la construcción del puerto y el deterioro de la playa, no conviene olvidar que dada la fecha en la que se llevó a cabo tal construcción, no resultaría aplicable "rationes temporis", la Ley de Responsabilidad Ambiental por aplicación de lo dispuesto en su Disposición transitoria única.

NOVENO: En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 3 del Código Civil, "puesto que al margen de la vulneración directa del propio artículo 2.11 LRM al incluir en nuestro caso únicamente los servicios portuarios como actividad económica del Puerto de Mataró consideramos que la interpretación realizada por la Sentencia de instancia vulnera el artículo 3 del Código Civil".

Por su parte en el tercer motivo se denuncia la vulneración del artículo 45 de la Constitución Española y los artículos 3.2, 9.1 y 13 Ley 26/2007 en relación con la determinación del responsable medioambiental.



Según la parte recurrente, "La Sentencia dictada excluye la actividad del Puerto de Mataró como actividad causante de la situación de regresión de la playa de Cabrera de Mar y así excluye tanto su responsabilidad como la responsabilidad directa del Puerto de Mataró e indirecta de las administraciones demandadas, tal y como se reclamó en nuestro escrito de demanda, vulnerando así los principios de responsabilidad medioambiental establecidos por la legislación mencionada".

Como puede observarse ambos motivos están directamente relacionados con el anterior, en cuanto las infracciones y vulneraciones denunciadas lo son en relación con la conclusión de la resolución recurrida, que excluye que la actividad portuaria sea la causante del daño ambiental del que se hace derivar la responsabilidad que se reclama, por lo que las razones expresadas para su desestimación son extensibles a estos dos motivos.

DÉCIMO: El último motivo denuncia, al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, la vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución y artículos 319 y 348 de la LEC (en relación a los artículos 1216, 1218 y 1243 del Código Civil), así como la jurisprudencia sobre valoración de la prueba por infracción de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba.

Según la recurrente "Esta parte es plenamente consciente de la dificultad de demostrar dicha vulneración pero a la vez está totalmente convencida de la viabilidad del presente recurso a la vista de la evidente contradicción entre lo dictaminado por la pericial y otras pruebas documentales practicadas, y las conclusiones extraídas de la misma por parte del Tribunal a quo."

Con carácter general esta Sala ha mantenido que el error en la apreciación de la prueba no se encuentra entre los motivos del artículo 88.1 de la ley de la Jurisdicción que permiten fundamentar un recurso de casación, sin embargo esta regla general admite excepciones, como advierten numerosas sentencias de esta Sala, por todas la de 3 de diciembre de 2001 (recurso 4244/1996), que señala que, entre otras cuestiones relacionadas con la prueba, puede ser objeto de revisión en sede casacional la infracción de las reglas de la sana crítica, cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, que consagra el artículo 24 de la Constitución, comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y, por ende, infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo.

En consonancia con ello, son principios en este ámbito casacional en relación con la valoración de la prueba, (por todas SSTS de 13 y 20 de marzo de 2012):

- Que "la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en este cometido por el este Tribunal de casación", STS de 30 de octubre de 2007.

- Que, como regla general (STS de 3 de diciembre de 2001) "la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso- administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se coherente con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia". Y, como consecuencia de ello,

- Que, no obstante dicha regla general, en muy limitados casos declarados por la jurisprudencia, y por el cauce procesal oportuno, pueden plantearse en casación -para su revisión por el Tribunal ad quem- supuestos como el quebrantamiento de las formas esenciales de/juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba; o como la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba -ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o a las reglas que disciplinan la carga de la prueba, o a la formulación de presunciones-; o, en fin, cuando se alegue que el resultado de dicha valoración es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad. [de 15 de marzo de 2011 (RC 1247/2007), de 3 de febrero de 2011 (RC 3009/2006), 10 de noviembre de 2010 (RC 5095/2006), 24 de septiembre de 2009 (RC 5239/2006) ó 19 de junio de 2000 (RC 224/1994) entre otras muchas].

- Las excepciones a la regla general tienen carácter restrictivo, por lo que no basta su mera invocación para franquear su examen por este Tribunal Supremo. Al contrario, partiendo de la base de que la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia queda excluida del análisis casacional, la revisión de esa valoración en casación únicamente procederá cuando la irracionalidad o arbitrariedad de la valoración efectuada por la Sala de instancia se revele patente o manifiesta, siendo carga de la parte recurrente en casación aportar los datos y razones que permitan a este Tribunal llegar a la convicción de que así efectivamente ha sido (STS de 17 de febrero de 2012, RC 6211/2008).



- Por otra parte, la prueba pericial es de libre apreciación por el Tribunal según las reglas de la sana crítica (artículo 348 LEC), quien no queda vinculado por lo que en él se exprese sino que puede alcanzar su propia conclusión de forma motivada".

A la vista de la anterior doctrina, no cabe concluir, vistos los razonamientos que contiene la sentencia recurrida, que nos encontremos ante un supuesto de valoración irracional o arbitraria de la prueba propuesta.

La Sala no ha obviado la existencia de la prueba pericial practicada en las actuaciones, sino que, a la vista de su contenido y del resto del material probatorio, ha llegado a la conclusión de que "no resulta acreditado que la regresión de la playa de Cabrera de Mar se deba sólo al puerto de Mataró, sino que obedece a múltiples causas, habiéndose constatado ya erosión en dichas playas antes de la construcción del puerto".

DECIMOPRIMERO: La desestimación de todos los motivos de casación invocados comporta la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto con imposición a la recurrente de las costas procesales causadas, según establece el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción , si bien, como autoriza el apartado tercero del mismo precepto, procede limitar su cuantía a la cantidad de cuatro mil euros, para cada una de las partes que se han opuesto al recurso, dada la actividad desplegada por los mismos.

FALLO

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

No ha lugar al recurso de casación número 95/2017, formulado por el AYUNTAMIENTO DE CABRERA DE MAR, contra la sentencia de diecinueve de julio de dos mil dieciséis, dictada por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 284/2011 , sostenido contra la desestimación presunta por el hoy Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (entonces Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino), la Generalidad de Catalunya (Consejería de Territorio y Sostenibilidad) y el Consorcio Puerto de Mataró, de las solicitudes formuladas sobre responsabilidad medioambiental. Recurso posteriormente ampliado a la resolución de 15 de abril de 2013, del Secretario de Medio Ambiente y Sostenibilidad del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña, que confirma en alzada la resolución expresa desestimatoria de 8 de octubre de 2012 dictada por la Directora General de Calidad Ambiental del citado Departamento

Imponer a la parte recurrente las costas procesales, con la limitación y salvedades expresadas en el último fundamento jurídico de la presente sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez. Rafael Fernandez Valverde, Octavio Juan Herrero Pina

Juan Carlos Trillo Alonso, Wenceslao Francisco Olea Godoy, Jose Juan Suay Rincon, Cesar Tolosa Tribiño,

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, **D. Cesar Tolosa Tribiño** , estando la Sala reunida en audiencia pública; Doy fe.