



Roj: **STSJ BAL 110/2014 - ECLI:ES:TSJBAL:2014:110**

Id Cendoj: **07040330012014100094**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2014**

Nº de Recurso: **304/2012**

Nº de Resolución: **112/2014**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00112/2014

SENTENCIA Nº 112

En Palma de Mallorca a 28 de febrero de 2014.

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D^a: Carmen Frigola Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears el presente procedimiento nº 304/2012 seguido a instancia de la entidad mercantil BONEST, S.L., representada por el Procurador Sr. D. José Luis Nicolau Rullán y defendida por el Letrado Sr. D. Joaquín Olaguidel Álvarez-Valdés contra la DIRECCIÓN GENERAL DE SOSTENIBILIDAD DE LA COSTA Y DEL MAR representada y defendida por el Abogado del Estado Sr. D. Luis Miguel Castán Martínez.

El acto administrativo es la Resolución de fecha 18 de junio de 2012, de la DIRECCIÓN GENERAL DE SOSTENIBILIDAD DE LA COSTA Y DEL MAR que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Demarcación de Costas de Baleares de fecha 7 de octubre de 2011 que impuso a la recurrente una sanción por instalaciones en zona de dominio público marítimo-terrestre.

La cuantía del procedimiento se fijó en 13.908 euros.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: El recurrente interpuso recurso contencioso el 5 de julio de 2012 que se registró al nº 304/2012 que tras requerimiento de subsanación se admitió a trámite el 5 de septiembre de 2012 ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO: Recibido el expediente el Procurador Sr. Nicolau Rullán formalizó la demanda en fecha 12 de diciembre de 2012 solicitando en el suplico que en su día se dicte sentencia por la que se acuerde:

1º.- la acumulación del presente recurso al que se tramita en esa misma Sala con la referencia 289/2011, interpuesto en nombre de Bonest,S.L., resolviendo ambos conjuntamente en una sola sentencia.



2º.- Subsidiariamente, si la Sala entendiéndose que no procede tal acumulación, declare la existencia de prejudicialidad respecto al reseñado recurso 289/2011 y en consecuencia deje en suspenso la tramitación del presente hasta que adquiera firmeza la sentencia que se dicte en aquél.

3º.- Si se estimase el recurso 289/2011 se estime también el presente en su totalidad.

4º.- Aún en el caso de desestimarse aquél recurso, se estime el presente por prescripción de la infracción. Interesó el recibimiento del pleito a prueba.

TERCERO: El Sr. Abogado de la Comunidad Autónoma presentó su escrito de contestación y oposición a la demanda el 3 de abril de 2013 y solicitó se dictara sentencia desestimatoria del recurso interpuesto con expresa imposición de costas a la parte recurrente. No interesó práctica de prueba.

CUARTO: En fecha 27 de mayo de 2013 se dictó decreto fijando la cuantía en 13.908 euros. En fecha 26 de junio de 2013 se dicta Auto por el que se denegó la acumulación solicitada por la representación de BONEST.S.L., por tratarse de actos administrativos distintos.

En fecha 16 de julio de 2013 se dictó auto por el que se recibía el pleito con el resultado que obra en autos. Abierto el trámite de conclusiones la parte actora presentó su escrito el 25 de octubre de 2013 y lo mismo hizo la demandada el 18 de noviembre de 2013. Declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia, y se señaló para la votación y fallo el día 28 de febrero de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se ha dicho ya el acto administrativo impugnado.

Los antecedentes de los que se parte para la resolución del debate son los siguientes:

1º.- El 22 de julio de 2010 se levantó Acta por el servicio de inspección de costas al constatarse que entre los hitos 690-691 en Port Portinatx de Sant Joan de Labritja se habían colocado 19 meses y 60 sillas en zona de dominio público marítimo terrestre sin autorización. Iniciado el expediente sancionador por Acuerdo de 8 de noviembre de 2010 se proponía una sanción de 1.140 euros y la devolución del beneficio ilícitamente obtenido por importe de 11.628 euros.

2º.- Presentadas alegaciones en la que la parte exponía haber solicitado autorización e impugnando la sanción y el cálculo del beneficio efectuado, fueron desestimadas en la propuesta de resolución sancionadora de fecha 22 de agosto de 2011.

3º.- La parte presentó alegaciones el 27 de septiembre de 2011 insistiendo en lo erróneo del cálculo del beneficio y que se propusieran los técnicos competentes para evaluar ese extremo, adjuntando documentación al respecto, lo que fue desestimado por la Demarcación de Costas en Resolución sancionadora de 7 de octubre de 2011, en el que sancionó a la actora con multa de 1.140 euros como autora de una infracción prevista en el artículo 90 a) de la Ley de Costas y la devolución del importe del beneficio ilícitamente obtenido de 12.768 euros, en total 13.908 euros por ambos conceptos.

4º.- Interpuesto recurso de alzada contra esa resolución la Administración lo desestimó en Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Medio Ambiente de 18 de junio de 2012 que es objeto de impugnación en autos.

5º.- en La Sentencia nº 676 de 14 de octubre de 2013 dictada en autos de PO 289/2011, la Sala ha resuelto la impugnación planteada contra la desestimación presunta del recurso de alzada formulado ante la Dirección general de Costas, contra la Resolución dictada el 1 de septiembre de 2010 por el Jefe de la Demarcación de Costas que denegó a la sociedad Bonest S.L. la autorización para la ocupación durante la campaña estival del año 2010 de bienes en dominio público marítimo terrestre mediante la instalación de temporada de 20 meses, 80 sillas y 10 parasoles en un tramo de la costa denominado Cala Portinatx, Hotel Restaurante Cas Mallorca. La sentencia desestima el recurso y confirma la legalidad del acto impugnado. La sanción que es objeto de impugnación en este debate por la ocupación no autorizada de zona marítimo terrestre para el año 2010, deriva de la falta de autorización para dicha ocupación cuya legalidad confirmó esa sentencia nº 676/2013, que es firme en derecho.

6º.- Igualmente en Sentencia nº 691/2013 de 18 de octubre de 2014 dictada en esta Sala en autos de PO 605/2010 y acumulado a propósito de la denegación de la ocupación de la zona marítimo terrestre solicitada para la campaña estival 2009 y la consiguiente sanción impuesta por esa ocupación no autorizada en ese año, la Sala desestimó los recursos acumulados y confirmó la denegación de la ocupación de esa zona marítimo terrestre así como la sanción impuesta para la campaña estival 2009.



SEGUNDO: El objeto de debate se centra pues en la sanción impuesta por la ocupación no autorizada de zona marítimo terrestre para la campaña estival 2010 de 20 mesas y 60 sillas, constando ya en este momento que es firme la sentencia nº 676 de 14 de octubre de 2013 que confirmó la denegación de esa autorización.

La parte alega como causas de impugnación de la sanción en primer lugar la prescripción de la infracción al considerar que la infracción es leve y por lo tanto prescribió al año de su comisión. El juego de los plazos es según la parte el siguiente: 1º.- la fecha de la denuncia es el 22 de julio de 2010; 2º.- la incoación del expediente 8 de noviembre de 2010; 3º.- el escrito de alegaciones de Bonest S.L. el 23 de noviembre de 2010; 4º.- la propuesta de resolución sancionadora notificada el 5 de septiembre de 2011. Esto supone haber transcurrido un total de 384 días desde la denuncia hasta la fecha de la notificación de la imposición de la sanción. Y que la incoación del expediente y la presentación de alegaciones no interrumpieron la prescripción por haber estado paralizado el expediente más de un mes, de hecho más de 9 meses hasta la propuesta del dictado de la resolución.

En autos de PO 778/2007 que resolvía la sanción impuesta para el ejercicio de la campaña estival 2005, se estimó el recurso porque en Sentencia nº 281 de 10 de abril de 2007 se resolvió la anulación de la Resolución que denegó la autorización para ocupación de espacio público marítimo terrestre, por lo que la sanción que se ventilaba en autos de PO 778/2007 caía de plano. Por lo tanto no se analizó el tema de la prescripción.

Dicho ello, y centrándonos en la prescripción que alega la parte. Es cierto que la Sala tiene fijada la doctrina de que la ocupación de la zona marítimo terrestre por medio de mesas y sillas es constitutiva de una infracción de carácter leve del artículo 90 a) y 91-3 de la Ley de Costas en la redacción anterior a la Ley 2/2013, y no era falta de carácter grave.

Sentada esta premisa el plazo de prescripción fijado para las infracciones leves en el artículo 92 de la Ley de Costas anterior a la reforma era de un año. Sin embargo dicho artículo ha sido modificado por la Ley 2/2013 de 29 de mayo, que establece un plazo de seis meses para perseguir la infracción en caso de tratarse de una infracción leve, que, al tratarse de un plazo más favorable para la recurrente, le es de aplicación en este momento, en atención al principio de retroactividad de la ley más favorable.

Así las cosas, levantada Acta por el celador el 22 de julio de 2010, no es hasta el 17 de noviembre de 2010 que se notifica a la parte la incoación del expediente sancionador, presentando la parte escrito de alegaciones el 24 de noviembre de 2010. Por lo tanto no había transcurrido el plazo de seis meses que señala el actual artículo 92.

Entre el escrito de alegaciones de la parte y el dictado de la propuesta de resolución sancionadora que es de fecha 22 de agosto de 2011 notificada a la parte el 16 de septiembre de 2011 han pasado más de 9 meses.

Dispone el artículo 92 de la ley de Costas que "(...) interrumpirá la prescripción la iniciación con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudando el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizada durante mas de dos meses por causa no imputable al presunto responsable". Igualmente señala el artículo 132 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que "Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable." Pues bien, opera en este caso lo dispuesto en este apartado y artículo, en tanto que la interrupción de la tramitación administrativa por un espacio de más de 9 meses sin causa imputable a la parte, comporta la operatividad de la llamada caducidad impropia, reanudándose el plazo prescriptivo de la infracción, que se interrumpió inicialmente por el dictado de la resolución de incoación y la presentación de alegaciones, pero después y ante la inoperatividad de la Administración, se reanudó, de forma que se agotó el plazo prescriptivo de seis meses para poder perseguir y sancionar esa conducta.

Por lo tanto debemos declarar prescrita la acción y anular la sanción impuesta de 1.140 euros.

TERCERO: Respecto a si la prescripción de la infracción determina que la devolución del beneficio ilícitamente obtenido haya de confirmarse, o si por el contrario, esa devolución queda desvirtuada por causa de la prescripción de la sanción impuesta.

Pues bien, tal y como ya dijimos en sentencia 419/2013 de 15 de mayo a propósito de esa misma cuestión pese a la anulación de la sanción por prescripción, persiste la obligación de restituir el beneficio ilícitamente obtenido. Y aunque pueda alegar la parte que "sin infracción no hay beneficio ilícito", sin embargo, la infracción está, aunque prescrita, tal y como acertadamente afirma la Abogacía del Estado.

En el presente caso el beneficio ilícitamente obtenido lo cuantifica la Administración a razón de 19 unidades compuestas de 1 mesa y 4 sillas. Por lo tanto 19 unidades por 34 días de colocación y a razón de 18 euros



de beneficio diarios dan un total de 11.628 euros. Sin embargo en la resolución impugnada rectifica esa suma al considerar que sólo el beneficio ilícitamente obtenido asciende a 12.768 euros y le añade el importe de la multa de 1.140 euros, sumando esos dos conceptos la cantidad de 13.908 euros. Y eso sí constituye un error material, porque el beneficio ilícitamente obtenido asciende sólo a 11.628 euros (19 unidades x 34 días x 18'00 euros diarios) pues la cantidad de 12.768 euros ya englobaba ambos conceptos, o sea, la multa de 1.140 euros más el beneficio ilícitamente obtenido de 11.628 euros.

Sentado pues que el importe del beneficio ilícitamente obtenido es de 11.628 euros, hemos de remitirnos a lo ya dicho por esta Sala en la sentencia nº 49/2013 de 16 de enero seguido contra idéntica sanción cometida en 2007. A tal efecto decíamos:

"La discrepancia del recurrente se ha centrado en el valor del conjunto de mesa y cuatro sillas y en la determinación del beneficio ilícito obtenido con la ocupación e instalación del caso.

Sobre el valor de una mesa y cuatro sillas de las denunciadas, de lo que el recurrente decía que pagó 189 euros, el emisor de la factura presentada por el Sr. Narciso no lo confirma ya que no identifica con las facturadas las denunciadas que figuran en las fotografías acompañadas con la denuncia, desconoce el valor de las que en esas fotografías aparecen y tampoco afirma que esas mesas y sillas que figuran en las fotografías hubieran sido suministradas por Gesifred Suministro e Instalación.

(...)

Conforme a lo previsto en los artículos 95.1 . y 100.2.d. de la Ley de Costas y en el artículo 186 del Real Decreto 1471/89 , el aquí recurrente se encontraba obligado a entregar a la Administración la totalidad del beneficio obtenido con la actividad infractora.

Don. Narciso toma como punto de referencia, primero, que cuenta con un chiringuito autorizado junto a explotación ilegal de las mesas, sillas y sombrillas del caso; y, segundo, Don. Narciso atiende -y pretende que la Sala atienda- a los ingresos que el Don. Narciso declara a efectos fiscales, sin que mencione ya si declara o no los que obtiene de la actividad ilícita denunciada en el caso.

En cuanto al beneficio ilícito obtenido por Don. Narciso , su discrepancia trata de sustentarla, pues, en lo que resultaría de sus propias declaraciones fiscales y en el resultado de ellas extraído en los dictámenes del Sr. Serafin y del Sr. Carlos José , apoyados ambos en esas declaraciones mismas fiscales, como el propio Don. Narciso les pidió.

En primer lugar, ha de tenerse presente que no es el beneficio neto lo que debe devolverse sino la cantidad que con esos elementos -mesas, sillas, hamacas, etc.- se ha obtenido, con independencia de si ha habido o no beneficio para el infractor.

Pues bien, qué es lo que en estos casos sea que el sancionado hubiera declarado a efectos fiscales por la actividad que desarrollaba en el chiringuito de la playa o que, así declarado, tampoco hubiera sido comprobado por la Administración Tributaria, al fin, no tiene especial relevancia para lo que aquí ha de importar ya que, como sencillamente puede comprenderse, no hay ninguna razón para creer que el ahora recurrente declaró ingresos procedentes de elementos ilícitamente incorporados a la actividad con la que, es de suponer, se sujetó a uno u otro régimen fiscal.

La prueba pericial practicada en el juicio, llevada a cabo, como ya hemos dicho, sobre la base de la documentación suministrada por el mismo recurrente, incluido el informe que encargó en su día y que acompañó con el recurso de alzada, puede resumirse en que considera exagerado el beneficio tomado en cuenta por la Administración pero, en definitiva, consideramos que no lo desvirtúa, es decir, que no justifica que fuese irrazonable, exagerada o desmesurada ya que no lo es el ingreso de la cantidad de 18, 00 euros /día por la colocación de una mesa y cuatro silla situadas en el exterior, en tiempo de verano y y en tan primera línea de playa que se encuentra ocupando el dominio público marítimo- terrestre.

En consecuencia, consideramos prudencialmente que es correcto el beneficio considerado por la Administración en estos casos, esto es, 18,00 euros/día de ingreso o beneficio bruto por cada conjunto de mesa y cuatro sillas en temporada turística y como en el caso ya hemos indicado

Pretender que esas ganancias sean de incluso menos de una tercera parte, que es lo que finalmente se pretende por Don. Narciso , resulta contrario a la lógica.

Y por supuesto, tampoco podemos aceptar que sea comparable esa cuantía de 18,00 euros por el conjunto de mesa y cuatro sillas, pensada para concretas mesas y sillas en un determinado entorno y en un periodo temporal muy definido, con el resultado de dividir esos beneficios obtenidos a partir de calcular la media resultante según



el método de estimación objetiva. Ese método, como también ya hemos indicado en otras ocasiones anteriores, responde a otra metodología y finalidad.

Naturalmente, si el recurrente supiese con certeza que el beneficio o ingreso fue realmente menor, es más probable que no reincida en la infracción, pero si ocurre lo contrario, es decir, si sabe del beneficio que se desprende de la ocupación ilegal a pesar de que después sea sancionada y retirada una parte menor de ese beneficio, la codicia puede llevarle a continuar la ocupación sin autorización. Véase, por ejemplo, lo que en este mismo caso ha ocurrido, es decir, que pese a que se le comunicó Don. Narciso que la sanción se reduciría si retiraba los elementos denunciados, no lo hizo.

Y no solo es eso sino que, olvidándose de esa indicación, sostiene ahora, como también ya hemos visto, que es la Administración la que no ha probado, sea cuanto tiempo realmente duró la ocupación o sea que durase los 104 días considerados, que son los que van del 9 de mayo de 2007 hasta antes incluso de la sanción, es decir, hasta el 23 de agosto de 2007. Además, tampoco existe dato alguno de que esos elementos se retirasen ni antes de que la temporada turística terminase a final de octubre de 2007 ni antes de la sanción -23 de noviembre de 2007-, con lo que, desde luego, no es descartable sino probable que el ahora recurrente continuase la ocupación y la extracción de beneficio más allá del momento al que se ha visto limitada la decisión de la Administración ."

Procede así, la estimación parcial del recurso, anulando la multa, pero no la restitución del beneficio ilícitamente obtenido.

CUARTO: En materia de costas el artículo 139 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa posterior a la ley 37/2011 determina que al ser la estimación parcial no se haga pronunciamiento de las devengadas en esta instancia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

PRIMERO: ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO seguido a instancias de BONEST S.L. contra la Resolución de fecha 18 de junio de 2012, de la DIRECCIÓN GENERAL DE SOSTENIBILIDAD DE LA COSTA Y DEL MAR que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Demarcación de Costas de Baleares de fecha 7 de octubre de 2011 que impuso a la recurrente una sanción por instalaciones en zona de dominio público marítimo-terrestre.

SEGUNDO: ANULAMOS el acto administrativo impugnado en cuanto a la sanción de multa impuesta, **CONFIRMÁNDOLO** en cuanto a la obligación de restitución del beneficio ilícitamente obtenido en la cantidad de 11.628 .

TERCERO: Todo ello sin costas.

Notifíquese esta Resolución y adviértase que contra la misma conforme previene el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no cabe recurso ordinario.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. D^a Carmen Frigola Castellón que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.