



Roj: **STSJ GAL 3303/2009 - ECLI:ES:TSJGAL:2009:3303**

Id Cendoj: **15030330022009100386**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **15/01/2009**

Nº de Recurso: **4101/2007**

Nº de Resolución: **33/2009**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JULIO CESAR DIAZ CASALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

A CORUÑA

SENTENCIA: 00033/2009

Procedimiento Ordinario número: 4101/2007

Recurrente: VIGOBARRO, S.L.

Representante recurrente: PATRICIA BERE A RUIZ

Letrado recurrente: GLORIA PIÑEIRO RODRÍGUEZ

Recurrido: CONSELLERÍA DE POLITICA TERRITORIAL, OBRAS PÚBLICAS E TRANSPORTES DE LA XUNTA DE GALICIA

Representante recurrido: Letrado de la Xunta D. JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR

EN EL NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del T.S.J. de Galicia, ha dictado la siguiente SENTENCIA

ILMOS. SRS.

JOSE ANTONIO MÉNDEZ BARRERA Pte.

ALFONSO VILLAGÓMEZ CEBRIAN

JULIO DÍAZ CASALES

En A Coruña a quince de enero de 2009.

Vistos por esta Sala los presentes autos, seguidos por el procedimiento ordinario número 4101/2007, promovidos por la Procuradora de los Tribunales D^a. PATRICIA BERE A RUIZ, actuando en nombre y representación de VIGOBARRO, S.L., defendida por la Letrada D^a. GLORIA PIÑEIRO RODRÍGUEZ contra la CONSELLERÍA DE POLITICA TERRITORIAL, OBRAS PÚBLICAS E TRANSPORTES DE LA XUNTA DE GALICIA, representada y defendida por el Letrado de la Xunta D. JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la parte recurrente se impugnó la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto por la actora contra la Resolución de 22 de junio de 2006, dictada en el Expediente P-UL-71.01/03, por la que se impuso a la recurrente una multa de 207.365 , por la promoción de obras de construcción de viviendas en la Playa de Ouriceira, del término municipal de Poio, sin contar con la preceptiva autorización, en interpuesto el



recurso en el plazo prefijado por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LRJCA), se ordenó reclamar el expediente administrativo.

Segundo.- Recibido el expediente administrativo se puso de manifiesto a la parte recurrente para que, dentro del plazo legal, formulara demanda, lo que así hizo, en la que después de reconocer, por una parte, que las iniciales obras ejecutadas con arreglo a los planos R1 y R2 podrían determinar una invasión de la servidumbre de protección, por lo que, teniendo en cuenta las cimentaciones ya ejecutadas se procedió a la elaboración de un nuevo plano 2R3, con un retranqueo de 5 metros, que supuso incluso la pérdida de 2 viviendas y, por otra, que la realización de las obras determinó el seguimiento de las Diligencias Previas 802/2004 ante el Juzgado de Instrucción número 2 de Pontevedra, que fueron definitivamente archivadas el 8/3/2006, fundamenta su impugnación en la nulidad de pleno de derecho de la resolución recurrida por vulneración de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, por falta de práctica de la prueba propuesta en el expediente administrativo generadora de indefensión, además de vulnerar el principio de legalidad por falta de acreditación de la efectiva comisión de la infracción en atención a la inseguridad que genera el deslinde provisional, que obliga a esperar a que la Orden Ministerial apruebe el definitivo y ratifique la inclusión del terreno en la zona de servidumbre, por otra parte señala que el expediente omitió la petición de los informes exigidos con arreglo al Art. 14 b) y c) del Decreto 185/2005 , lo que determina que se haya dictado prescindiendo de trámites esenciales determinante igualmente de su nulidad.

En segundo lugar aduce que las resoluciones recaídas en el expediente JN/if y 01/191 resultan concluyentes sobre la necesidad de retranquear la urbanización en 5 metros respecto de las iniciales cimentaciones, por lo que subsanado el defecto con la aportación del plano 2R3 y ejecutadas las obras con arreglo al mismo, ha de tenerse por cumplida la obligación de restitución con arreglo a lo dispuesto en el Art. 16.3 del Decreto 158/2005 , en cualquier caso señala que la orden de reposición ha de entenderse suspendida hasta que la aprobación del deslinde definitivo ratifique la inclusión del lugar en la servidumbre de protección, por otra parte señala que la resolución vulnera el principio de proporcionalidad al no tener en cuenta solo las obras que ocupen los terrenos comprendidos en la zona de servidumbre.

Por último, después de denunciar que la administración incumplió los principios de buena fe, confianza legítima durante la tramitación de los expedientes y en el seguimiento de las diligencias previas, termina suplicando que se dicte sentencia por la que, con estimación de la demanda, se declare la nulidad absoluta de la resolución recurrida, que la actuación de la recurrente se ha ajustado al replanteo y autorización concedida, que la administración ha incurrido en responsabilidad por los daños y perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia y, subsidiariamente, que la ejecución de la resolución recurrida quede demorada hasta que se dicte la preceptiva Orden Ministerial que apruebe el deslinde definitivo y siempre que ratifique su inclusión en la servidumbre de protección, en todo caso con expresa imposición de las costas a la administración demandada.

Tercero.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma, para su contestación, a la administración demandada, que presentó su escrito en tiempo y forma, oponiéndose a la misma en atención a que la actora no acredita qué concreto medio probatorio propuesto se le denegó que le haya producido la indefensión que alega, no encontrándonos en ninguno de los supuestos que exijan recabar los informes establecidos en el Art. 14 del Decreto 158/2005 , por lo que respecta a la supuesta subsanación de las deficiencias señala que del Acta de 13 de julio de 2004 resulta que las obras se encuentran a una distancia que oscila entre los 98,92 m y los 87,64 m del mojón 192, por lo que constan acreditados los hechos, por otra parte indica que el margen de error resulta despreciable dada las condiciones de la estación con la que se realizó la medición y que se valoraron los apartamentos invasores en su totalidad al ser unidades constructivas no susceptibles de división, por último señala que solo cabe supeditar a la aprobación definitiva del deslinde la orden de reposición.

Por lo que se refiere a la indemnización reclamada por los incumplimientos señala que no cabe acogerla por falta de agotamiento de la vía administrativa previa, no acredita la existencia de un daño evaluable económicamente y que aunque la sanción fuera revocada esta circunstancia no supondría la existencia del derecho a la percepción de indemnización.

Cuarto.- Por providencia de 12 de noviembre de 2007 se acordó no haber lugar a recibir el trámite de prueba ni abrir el período de conclusiones, declarándose concluido el debate escrito y por providencia de 15 de diciembre de 2008 se señalaron las actuaciones para votación y fallo.

Quinto.- En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los trámites legales.

Ha sido ponente de la presente sentencia el Magistrado JULIO DÍAZ CASALES.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS



Primero.- Comenzando por los motivos de nulidad absoluta esgrimidos por la actora en la demanda, ha de recordarse que con arreglo a constante doctrina jurisprudencial la denegación de la prueba propuesta solo determina la nulidad de la resolución cuando la misma haya generado efectiva indefensión al recurrente, esto es, que la prueba propuesta e indebidamente denegada hubiera tenido virtualidad suficiente para que, previsiblemente, el resultado del expediente hubiera sido diferente y favorable al recurrente.

En el presente caso la actora se limita a denunciar una supuesta nulidad por falta de práctica de la prueba propuesta, pero como bien dice el Letrado de la Xunta de Galicia ni concreta el medio denegado ni la virtualidad que el mismo podría tener para el resultado del expediente, por el contrario, del mismo resulta que en el acta de 23 de junio de 2004 se dejó constancia de que las obras, medidas en trece puntos, se encuentran a una distancia de entre 98,92 y 87,64 metros del mojón número 192 (como resulta del acta y los planos obrantes a los folios 114, 115 y 116 del expediente) lo que determina una invasión en sierra de 8 de las 18 viviendas previstas en la urbanización, que son posteriores a la modificación de los planos iniciales y su sustitución por el 2R3 presentado el 23 de mayo de 2002 y la autorización concedida por la Delegada Territorial de 19 de junio de 2002, por lo que han de extraerse, forzosamente dos conclusiones, por una lado que las obras no se ajustaron en su realización a los planos que determinaron la autorización y, por otro, que no interesada prueba que refutara este extremo no puede entenderse producida violación del derecho de defensa determinante de nulidad, porque la actora en su escrito de alegaciones se limita a impugnar las mediciones en base a que las viviendas se retranquearon 5 metros de las cimentaciones originarias (que era la distancia en la que, en principio, se entendió que invadían la zona de servidumbre, como resulta del folio 345 del expediente) pero lo relevante no es esa medición sino la definitiva cuyas conclusiones no fueron eficazmente desvirtuadas por la entidad recurrente, lo que determina la desestimación de este motivo de impugnación.

Segundo.- Igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo de impugnación relativo a la inexistencia de infracción por falta de aprobación de un deslinde definitivo, porque con arreglo a lo dispuesto en la Disposición Transitoria 7 de la Ley 22/1988 de Costas y Disposiciones Transitorias 18 del Reglamento, aprobado por RD 1471/1989, en el caso de ausencia de deslinde aprobado definitivamente, habrá de interesarse el señalamiento de una línea probable de deslinde y la extensión de la zona de servidumbre, en el presente caso la actora, que conocedora de esta exigencia interesó la autorización y el deslinde provisional, no discute que 8 de las 18 viviendas proyectadas se encuentran a una distancia que oscila entre los 87 y los 98 metros del mojón número 192 del deslinde iniciado el 17 de julio de 1.998, por lo que ha de concluirse que las obras no se ajustan a las autorizaciones concedidas y, por ende, en principio resulta acreditada la comisión de la infracción sancionada, por lo que la imposición de la sanción pecuniaria resulta correcta, sin perjuicio de las posibilidades de revisión que se abran de modificarse posteriormente la línea de delimitación de la ribera del mar.

Tercero.- Por lo que hace a la omisión de los informes prevenidos en el Art. 14 del Decreto 158/2005 de la Consellería de Urbanismo y de la Demarcación de Costas, los mismos vienen condicionados a que por el expedientado se alegue bien la aplicabilidad de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas, esto es, la clasificación como urbanos de los terrenos a la entrada en vigor de la ley de Costas, en cuyo caso la extensión de la servidumbre de protección habría de quedar reducida a 20 metros, o bien la incorrección de la medición de la distancia entre la ribera del mar y las obras, por lo que no aducidos ninguno de estos supuestos huelga ahora la exigencia de los referidos informes, por lo que también este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

Cuarto.- En relación con el cumplimiento tanto por parte de la recurrente como por los profesionales intervinientes de las obligaciones impuestas en la Ley de Ordenación de la Edificación, dicho extremo resulta irrelevante a los efectos de la resolución recurrida, habida cuenta de que de lo que se trata es de sancionar una infracción tipificada en la Ley de Costas, cual es la ejecución de unas obras en condiciones distintas a las que vienen autorizadas, porque como se declaró por este Tribunal en la St. recaída en el recurso 4336/2006 ha de reputarse equivalente, a efectos de tipificación, la ejecución de obras distintas de las autorizadas a la realización de obras sin autorización, que es lo que literalmente prevé el Art. 91.2 letra e) de la Ley 22/1988 de Costas.

En relación a la improcedencia de la orden de restitución la recurrente la fundamenta en la estricta adecuación de las obras a la autorización concedida el 19 de junio de 2002 con arreglo al plano reformado presentado en mayo del mismo año, ha de señalarse que si bien el Art. 16.3 del Decreto 158/2005 establece que cuando la obligación de restitución derive del incumplimiento de una resolución autorizatoria se entenderá cumplida con la ejecución de las obras necesarias para su estricta adecuación a los términos de aquélla, en el presente caso lo acreditado es justamente lo contrario, esto es, que pese al proyecto reformado y la autorización, en la que las obras habrían de situarse a 100 metros de la línea interior de la ribera del mar, la realidad comprobada en el acta de 23 de junio de 2004 es que las obras se encuentran entre 1,28 y 12,36 metros adentradas en la servidumbre de protección, según resulta del deslinde provisional.



No obstante lo anterior y con arreglo a lo dispuesto en el apartado 5 del mismo Art.16 y la Disposición Transitoria 2 del Decreto 158/2005 la efectividad de la orden de restitución queda condicionada a la aprobación del deslinde definitivo y la ratificación por el mismo de la infracción sancionada por inclusión de las obras en la zona de la servidumbre de protección, pronunciamiento que ya se contiene en la resolución recurrida, por lo que también este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

Quinto.- Por lo que hace a la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad, se fundamenta la actora en que para la imposición de la sanción debió atenderse al valor de las obras efectivamente llevadas a cabo en la servidumbre de protección, que valora en 11.151.820 Ptas. según resulta del informe de su arquitecto fechado el 18/10/2001, pero del informe del técnico de la administración, que no fue convenientemente atacado por la recurrente, resulta que las mismas afectan a una pluralidad de viviendas cuya valoración en conjunto asciende a 829.462 , pero a cada una de ellas se le asignó un importe en función del estado de construcción, resultando una prácticamente rematada y las otras con un proceso muy avanzado, lo que se reflejó en los respectivos importes (folio 172 del expediente) por lo que estableciéndose en el Art. 97.1 apartado b) la procedencia de una multa equivalente al 25% del valor de las obras, ha de concluirse que también en este aspecto la resolución recurrida se ajusta al ordenamiento jurídico.

Por último en relación con la supuesta procedencia de una indemnización por las irregularidades cometidas por la administración recurrida, que se trata de ejercitar como reconocimiento de una situación jurídica individualizada del Art. 31.2 de la LRJCA , ha de concluirse, con lo que hasta aquí se lleva expuesto, que la desestimación de la totalidad de los motivos de impugnación determinan la improcedencia de dicha pretensión, por lo que en definitiva, se impone la íntegra desestimación de la demanda.

Sexto.- De conformidad con lo establecido, con carácter general, en el artículo 139 de la vigente LRJCA en primera instancia se impondrán las costas a la parte que sostuviere la acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad.

Vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS:

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS íntegramente el recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. PATRICIA BEREJA RUIZ, en nombre y representación de VIGOBARRO, S.L., contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto por la actora contra la Resolución de 22 de junio de 2006, dictada en el Expediente P-UL- 71.01/03, por la que se impuso a la recurrente una multa de 207.365 , por la promoción de obras de construcción de viviendas en la Playa de Ouriceira, del término municipal de Poio, sin hacer expresa imposición de costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que habrá de prepararse ante esta Sala, dentro de los diez días a contar desde el siguiente a su notificación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACION.

La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. JULIO DÍAZ CASALES, en audiencia pública de la Sección Segunda del TSJ de Galicia, en el día de su fecha, de lo que yo, Secretaria, doy fe.